

Análisis y síntesis de la
jurisprudencia del TJUE
interpretadora de la
Directiva 93/13 sobre cláusulas
abusivas, con propuestas *de
lege ferenda* a fin de elevar la
protección del consumidor

Francisco Verdún Pérez

Prólogo por **Carmen Jerez Delgado**



Derecho Privado

ANÁLISIS Y SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE
INTERPRETADORA DE LA DIRECTIVA 93/13 SOBRE CLÁUSULAS
ABUSIVAS, CON PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA* A FIN
DE ELEVAR LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, Registrador de la Propiedad. Notario. Abogado del Estado. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

**ANÁLISIS Y SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TJUE INTERPRETADORA DE LA
DIRECTIVA 93/13 SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS,
CON PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA* A FIN
DE ELEVAR LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

FRANCISCO VERDÚN PÉREZ



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición: septiembre de 2024.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, su autor

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-194-0 (edición en papel)

144-24-195-6 (edición en línea, PDF)

144-24-196-1 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3004-6

Depósito legal: M-19643-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A mi mujer, Carmen,
a mis hijos, Francisco y Elena,
y a la memoria de mis padres*

Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación «Hacia un
Derecho procesal de consumo: un paso en la modernización de la
jurisdicción civil en el contexto europeo», PID2020-117624GB-100.

ÍNDICE

	Páginas
ÍNDICE	9
AGRADECIMIENTOS	23
PRÓLOGO, por Carmen Jerez Delgado	25
LISTA DE LAS PRINCIPALES ABREVIATURAS	29
PLANTEAMIENTO	31
FINALIDAD PERSEGUIDA, NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN	35
ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA	37
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN: CONFIGURACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13 DESDE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	41
1.1 Introducción	41
1.2 Aproximación al principio de tutela judicial efectiva: fundamentación jurídica y jurisprudencia del TJUE	44
1.2.1 Antecedentes	44
1.2.2 El artículo 47 de la Carta y el artículo 19.1.2 del TUE	46
1.2.3 Ámbito de aplicación del artículo 47 de la Carta	48

	Páginas
1.3 El derecho a la tutela judicial efectiva y los principios de equivalencia y efectividad frente al principio de autonomía procesal nacional	50
1.4 La ponderación de los derechos de la Carta por parte del TJUE en el marco de la interpretación de la Directiva 93/13	59
1.5 El papel del TJUE en la contraposición entre las dimensiones económica y social de la protección de consumidores	61
PARTE PRIMERA: ANÁLISIS	63
SECCIÓN 1	63
ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ÁMBITO SUBSTANTIVO	63
CAPÍTULO 2. EL DESARROLLO CONCEPTUAL DE DERECHO SUBSTANTIVO A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL TJUE	65
2.1 Introducción	66
2.2 El concepto de consumidor en la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13	66
2.2.1 Contexto normativo	66
2.2.2 Análisis jurisprudencial	68
2.2.3 Algunos puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial	119
2.3 El concepto de profesional en la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13	125
2.3.1 Contexto normativo	125
2.3.2 Análisis jurisprudencial	126
2.3.3 Algunos puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial	140
2.4 El concepto de cláusula abusiva	144
2.4.1 Contexto normativo	144
2.4.2 Análisis jurisprudencial	148
2.4.2.1 Sobre el concepto de cláusula abusiva contenido en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13	148
2.4.2.2 Sobre el Anexo de la Directiva 93/13 según su artículo 3.3	167
2.4.2.3 Sobre la doble problemática del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 consistente en la exclusión de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y bienes o servicios, por un lado, y, por	

otro, la excepción a la exclusión cuando las cláusulas no están redactadas de manera clara y comprensible (la transparencia –artículo 4.2 <i>in fine</i> y artículo 5 de la Directiva 93/13–)	177
2.4.3 Algunos puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial	299
CAPÍTULO 3. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13	307
3.1 Introducción	307
3.2 La exclusión de las cláusulas negociadas individualmente	311
3.2.1 Problema previo. La exigencia de que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente: ¿delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 o requisito para la apertura del juicio de abusividad? La controvertida configuración por parte del Tribunal de Justicia	311
3.2.2 Concepto de cláusulas no negociadas individualmente	314
3.2.3 Análisis jurisprudencial	317
3.3 La exclusión de las cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas y supletorias	321
3.3.1 Introducción	321
3.3.2 Análisis jurisprudencial	324
3.3.3 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial	383
CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTROVERTIDAS PLANTEADAS MAYORITARIAMENTE POR LA JUSTICIA ESPAÑOLA	387
4.1 Introducción	387
4.2 La cláusula de intereses moratorios	389
4.3 La cláusula abusiva de vencimiento anticipado y su sustitución por una disposición supletoria de Derecho nacional	420
4.4 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial con respecto a la cláusula de intereses moratorios y la cláusula de vencimiento anticipado	464
4.5 La cláusula suelo y los acuerdos novatorios sobre ella	470

	Páginas
4.6 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial con respecto a la cláusula suelo y a los acuerdos novatorios sobre ella	500
4.7 La cláusula IRPH	506
4.8 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial con respecto a la cláusula IRPH	551
4.9 La cláusula de comisión de apertura	555
 CAPÍTULO 5. CONTRIBUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA DEFINICIÓN DE LOS EFECTOS DE LA IDENTIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA	 569
5.1 Introducción	569
5.2 Efectos de la identificación de una cláusula abusiva	571
5.2.1 Análisis jurisprudencial	571
5.2.2 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial	742
5.3 El inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias a resultas de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva	751
5.3.1 Análisis jurisprudencial	752
5.3.2 Recientes planteamientos de cuestiones prejudiciales por tribunales españoles y opiniones doctrinales	777
5.3.3 Opinión del autor sobre la posible respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales	785
 CAPÍTULO 6. CONDICIONES DE COMPATIBILIDAD DE LOS REGISTROS NACIONALES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	 789
6.1 Introducción	789
6.2 Análisis jurisprudencial	790
6.3 El Registro español de Condiciones Generales	798
 CAPÍTULO 7. RELACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13 CON NORMATIVAS SECTORIALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN	 803
7.1 Introducción	803
7.2 Análisis jurisprudencial	803
 SECCIÓN 2	 813
ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ÁMBITO PROCESAL (LA LABOR DE LOS JUECES COMO PUNTO CENTRAL)	813

CAPÍTULO 8. LA DOCTRINA DE LA OBLIGADA TUTELA JUDICIAL DE OFICIO EN EL MARCO DE LA DIRECTIVA 93/13	837
8.1 Introducción	837
8.2 Análisis jurisprudencial	841
8.3 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial ...	905
CAPÍTULO 9. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LA TUTELA DEL CONSUMIDOR	909
9.1 Introducción	909
9.2 Análisis jurisprudencial relativo a la competencia territorial	910
9.3 Análisis jurisprudencial relativo a la competencia objetiva por razón de la materia	926
9.4 Distribución de competencias o funciones entre el TJUE y los tribunales nacionales	936
9.5 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial ...	939
CAPÍTULO 10. CONCRECIÓN DE CIERTAS REGLAS Y PRINCIPIOS PROCESALES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TJUE	943
10.1 Introducción	943
10.2 Cuestiones sobre legitimación activa	944
10.2.1 Jurisprudencia del TJUE en materia de acciones colectivas: su relación con las acciones individuales	945
10.2.2 Jurisprudencia del TJUE en materia de asociaciones de consumidores: su intervención en acciones individuales	957
10.3 El principio de equivalencia de orden público	963
10.4 El principio de igualdad de armas	967
10.5 El principio de cosa juzgada	983
10.6 Cuestiones relativas al plazo para formular oposición	1017
10.7 Exigencia de fianza para suspender la ejecución	1032
10.8 Adopción de medidas cautelares	1044
10.9 <i>Reformatio in peius</i>	1056
10.10 Cuestiones sobre condena en costas al profesional	1062
10.11 Introducción de nuevo recurso y de instancia adicional	1080
10.12 Puntos controvertidos entre doctrina y jurisprudencia	1082

CAPÍTULO 11. LA REVISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES NACIONALES, ASÍ COMO DEL MONITORIO EUROPEO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TUTELA DEL CONSUMIDOR A RESULTAS DE LA DOCTRINA DEL TJUE	1089
11.1 Introducción	1089
11.2 El procedimiento de ejecución hipotecaria. La gran convulsión: Aziz y sus consecuencias	1090
11.3 El procedimiento de ejecución extrajudicial	1112
11.4 El procedimiento monitorio	1144
11.4.1 A nivel nacional	1144
11.4.2 A nivel europeo	1203
11.5 El expediente de jura de cuentas español	1213
11.6 El procedimiento concursal	1237
11.7 Puntos controvertidos entre doctrina y jurisprudencia	1247
PARTE SEGUNDA: SÍNTESIS	1255
SECCIÓN 1	1255
SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA SUSTANTIVA Y PROCESAL DEL TJUE	1255
CAPÍTULO 12. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO SUSTANTIVO	1257
12.1 Introducción	1259
12.2 La delimitación de conceptos según la jurisprudencia del TJUE	1260
12.2.1 Consumidor	1260
12.2.1.1 Noción de consumidor	1260
12.2.1.2 Situaciones especiales: avalistas, novación, consumidor empleado del profesional	1261
12.2.1.3 Interpretación amplia del concepto de consumidor en los contratos con doble finalidad: las claves para su apreciación	1262
12.2.1.4 La postura errónea del Tribunal Supremo al remitirse en asuntos de cláusulas abusivas a la interpretación estricta del concepto de consumidor propia del ámbito de la competencia judicial	1264
12.2.1.5 El concepto de consumidor en relación con otras situaciones	1265
12.2.1.6 Conclusiones	1266

	Páginas
12.2.2 Profesional	1267
12.2.3 Cláusula abusiva	1268
12.2.3.1 Pasos a seguir por el juez nacional para la apreciación de la cláusula abusiva	1269
12.2.3.2 La «tríada» del juicio de abusividad: falta de transparencia, desequilibrio importante e incumplimiento de las exigencias de la buena fe	1270
12.2.3.3 La lista indicativa de cláusulas abusivas del Anexo de la Directiva 93/13	1274
12.2.3.4 La doble problemática del artículo 4.2 de la Directiva 93/13	1274
12.3 Ámbito material de aplicación de la Directiva 93/13	1283
12.3.1 Exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 de las cláusulas negociadas individualmente	1283
12.3.2 Exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 de las cláusulas que reflejen normas imperativas o supletorias o disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte	1285
12.4 Cláusulas controvertidas planteadas mayoritariamente por la justicia española	1294
12.4.1 La cláusula de intereses moratorios	1295
12.4.2 La cláusula de vencimiento anticipado	1298
12.4.3 La cláusula suelo y los acuerdos novatorios sobre ella	1301
12.4.3.1 Conclusiones en cuanto a la configuración de la naturaleza abusiva de la cláusula suelo otorgada por el Tribunal Supremo y sus relaciones con la Directiva 93/13	1301
12.4.3.2 Conclusión en cuanto a los criterios jurisprudenciales del TJUE en relación con la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la cláusula suelo	1303
12.4.3.3 Conclusiones en cuanto a los criterios jurisprudenciales del TJUE con respecto a los acuerdos novatorios concernientes a la cláusula suelo	1305
12.4.4 La cláusula IRPH	1307
12.4.5 La cláusula de comisión de apertura	1310

	Páginas
12.5 Los efectos de la identificación de una cláusula abusiva	1312
12.5.1 Los posibles efectos de la identificación de una cláusula abusiva	1313
12.5.1.1 La anulación de la cláusula abusiva	1314
12.5.1.2 La sustitución de la cláusula abusiva por una norma nacional	1316
12.5.1.3 La anulación total del contrato	1319
12.5.1.4 La mediación judicial (negociación de las partes)	1322
12.5.1.5 La supresión únicamente del elemento abusivo de una cláusula	1323
12.5.2 Pautas para la fijación de efectos por parte del juez nacional	1324
12.5.3 Propuesta de actuación por parte del juez ante la inexistencia de una solución clara y efectiva por parte del TJUE a la situación en la que el ordenamiento nacional no prevé disposición supletoria para sustituir la cláusula abusiva	1328
12.5.4 Implicaciones adicionales expuestas por el TJUE en las resoluciones analizadas con relación a los efectos de la identificación de una cláusula abusiva	1329
12.6 El inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones reparatorias a resultas de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva	1333
12.6.1 Conclusiones con carácter general	1334
12.6.2 Alternativas rechazadas por el TJUE como dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución	1337
12.6.3 Sobre la aplicación del principio de equivalencia a las normas nacionales relativas al plazo de prescripción de la acción reparatoria	1337
12.6.4 Razones que justifican, a nuestro juicio, la fijación de la fecha de la declaración judicial firme de abusividad como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción reparatoria	1338
12.7 El efecto erga omnes de la declaración judicial de la abusividad de una cláusula inscrita en un registro frente al derecho a la tutela judicial efectiva del profesional que no ha intervenido en el procedimiento: cómo debe configurarse un registro de cláusulas abusivas	1339
12.7.1 Sobre el posible efecto erga omnes de la declaración judicial de abusividad de una cláusula	1340

	Páginas
12.7.2 Criterios para la configuración de un registro de cláusulas abusivas	1341
12.8 El Registro español de Condiciones Generales de la Contratación	1342
12.9 Relación de la Directiva 93/13 con normativas sectoriales del Derecho de la Unión Europea	1344
CAPÍTULO 13. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO PROCESAL	1347
13.1 Introducción	1348
13.2 La doctrina de la obligada tutela judicial de oficio	1348
13.2.1 Visión de conjunto	1348
13.2.2 Los pilares en la construcción de la doctrina en el marco de la Directiva 93/13 y la situación actual	1350
13.3 Competencia judicial	1362
13.4 Reglas y principios procesales especiales	1364
13.4.1 Acciones colectivas y asociaciones de consumidores: su relación con acciones individuales	1364
13.4.2 El principio de equivalencia de orden público	1365
13.4.3 El principio de igualdad de armas	1366
13.4.4 El principio de cosa juzgada	1366
13.4.5 Cuestiones relativas al plazo para formular oposición	1368
13.4.6 Exigencia de fianza para suspender la ejecución	1370
13.4.7 Adopción de medidas cautelares	1370
13.4.8 <i>Reformatio in peius</i>	1371
13.4.9 Cuestiones sobre condena en costas al profesional	1372
13.4.10 Introducción de nuevo recurso y de instancia adicional	1372
13.5 El examen de los procedimientos judiciales y extrajudiciales nacionales, así como del proceso monitorio europeo por parte del TJUE	1373
13.5.1 El procedimiento de ejecución hipotecaria	1373
13.5.2 El procedimiento de ejecución extrajudicial	1374
13.5.3 El proceso monitorio nacional y el proceso monitorio europeo	1378
13.5.4 El procedimiento de jura de cuentas español	1381
13.5.5 El procedimiento concursal, en particular, y los procedimientos (en general)	1381
13.5.6 Reformas legislativas realizadas	1382

	Páginas
SECCIÓN 2	1383
PROPUESTAS <i>DE LEGE FERENDA</i>	1383
CAPÍTULO 14. LA INTEGRACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE PENDIENTE DE CONSOLIDARSE: PROPUESTAS A NIVEL NACIONAL Y PROPUESTA A NIVEL EUROPEO	1385
14.1 Introducción	1387
14.2 Propuestas a nivel nacional	1389
14.2.1 Medidas genéricas	1389
14.2.1.1 La doctrina del TJUE sobre la obligada tutela judicial de oficio de consumidores y su reflejo normativo	1389
14.2.1.1.1 Introducción en el libro I («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles») de la Ley de Enjuiciamiento Civil de un nuevo título dedicado a la obligada tutela judicial de oficio de los consumidores conteniendo un primer capítulo con disposiciones estructuradas en tres secciones: 1ª) la apreciación de oficio de la eventual naturaleza abusiva de una cláusula en las relaciones de consumidores; 2ª) la apreciación de oficio de una norma imperativa del Derecho de consumidores; 3ª) la apreciación de oficio de la cualidad de consumidor que no ha sido invocada por el litigante	1390
14.2.1.1.2 Introducción en el libro I («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles») de la Ley de Enjuiciamiento Civil de una o varias disposiciones sobre la obligación del juez de adoptar de oficio diligencias de prueba cuando no dispone de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para llevar a cabo su apreciación, que constituirían el capítulo segundo del nuevo título	1397
14.2.1.1.3 La doctrina de la obligada tutela judicial de oficio y los principios dispositivo, de congruencia y de cosa juzgada	1399
14.2.1.2 La ampliación del plazo de diez días para formular oposición	1404
14.2.1.3 La aplicación de la Directiva 93/13 a los contratos de arrendamientos entre profesional y consumidor:	

	conveniencia de introducir una disposición en la Ley de Arrendamientos Urbanos que prevea la obligación del juez de actuar de oficio en materia de cláusulas abusivas cuando se den las circunstancias necesarias para ello	1407
14.2.2	Medidas sobre determinados procedimientos	1409
14.2.2.1	La reforma del proceso monitorio: explicación de los motivos relativos a la no apreciación y advertencia de los efectos de la falta de oposición	1409
14.2.2.2	Modificación del apartado 2 de la disposición final vigésima tercera de la LEC y otras medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento que establece el proceso monitorio europeo	1411
14.2.2.3	La obligada adaptación del juicio cambiario español a la jurisprudencia del TJUE: ampliación del plazo de oposición y advertencia de las consecuencias de no formular oposición	1413
14.2.2.4	La necesaria modificación del procedimiento de jura de cuentas previsto en los arts. 34 y 35 LEC para que exista control de oficio por parte del juez de la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales suscritas entre procurador o abogado, por una parte, y consumidor, por otra	1418
14.2.2.5	El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria: algunas propuestas para su mejora	1420
14.2.2.6	Necesidad de excepcionar en el ámbito de consumidores la prohibición impuesta al juez por el artículo 721 LEC de adoptar de oficio medidas cautelares	1422
14.2.2.7	La reforma del artículo 551.2 de la LEC sobre el contenido del auto despachando ejecución	1424
14.2.2.8	Sobre la modificación del proceso de desahucio por falta de pago: introducción del control judicial de oficio de cláusulas abusivas y de nueva causa de oposición al desahucio consistente en la naturaleza abusiva de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la demanda o que hubiese determinado el importe de las rentas o cantidades asimiladas a ella adeudadas	1427

	Páginas
14.2.3 Otras medidas	1430
14.2.3.1 Sobre la conveniencia de que se incorpore en el Código Civil una disposición que refleje el plazo de prescripción de la acción restitutoria derivada de la declaración de la naturaleza abusiva de una cláusula, así como el día que comienza el cómputo de dicho plazo	1430
14.2.3.2 Sobre la mejora del Registro de Condiciones Generales de la Contratación y sobre la creación de un órgano consultivo y divulgativo al estilo de la «Commission des clauses abusives» existente en Francia desde 1978	1432
14.3 Propuesta a nivel europeo: adaptación del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo a la doctrina del TJUE sobre la obligada tutela judicial de oficio de las cláusulas abusivas	1434
14.4 Recapitulación	1436
CAPÍTULO 15. OTRAS VÍAS PARA EL AVANCE EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR	1443
15.1 Introducción	1443
15.2 Ampliación del ámbito material de la Directiva 93/13	1444
15.2.1 Aplicación de la Directiva 93/13 a cláusulas que reflejen normas supletorias	1444
15.2.2 Aplicación de la Directiva 93/13 a cláusulas negociadas individualmente	1446
15.3 Extensión del juicio de abusividad a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y a las que se refieren a la adecuación entre precio y servicio o producto entregado en contraprestación	1449
15.4 Recapitulación	1452
ANEXO 1. BIBLIOGRAFÍA CITADA	1455
ANEXO 2. ACTOS INSTITUCIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA CITADOS	1467
1. Tratados	1467
2. Actos sobre derechos fundamentales	1467
3. Directiva 93/13 y actos relacionados con ella	1468
4. Actos relativos a protección de consumidores	1469
5. Actos relativos a cooperación judicial internacional	1470
6. Actos sobre otros aspectos del Derecho de la Unión Europea	1470

ANEXO 3. SENTENCIAS Y AUTOS DEL TJUE INTERPRETADORES DE LA DIRECTIVA 93/13 OBJETO DE ANÁLISIS (ORDENADOS POR CAPÍTULO Y MATERIA)	1473
ANEXO 4. SENTENCIAS Y AUTO DEL TJUE NO INTERPRETADOS DE LA DIRECTIVA 93/13 CITADOS	1509
ANEXO 5. CONCLUSIONES PRESENTADAS POR ABOGADOS GENERALES DEL TJUE CITADAS (ORDENADAS CRONOLÓGICAMENTE POR ASUNTO)	1515
ANEXO 6. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CITADAS	1525
ANEXO 7. SENTENCIAS Y AUTOS DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES CITADOS	1527
1. Sentencias y autos del Tribunal Constitucional	1527
2. Sentencias y autos de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo	1528
3. Sentencias y autos de órganos jurisdiccionales españoles inferiores al Tribunal Supremo	1530

AGRADECIMIENTOS

Siento la obligación de mostrar la profunda gratitud que adeudo a personas e instituciones, sin cuya ayuda la realización de la tesis y su publicación a través de la presente obra no hubiera sido posible.

Debo agradecer a la Prof. Dra. Carmen Jerez Delgado, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, su dedicación y esfuerzo en la dirección de este trabajo. Sus acertados consejos y valiosas aportaciones académicas, a la vez que su constante ánimo y motivación, me han permitido llevar a buen puerto esta empresa.

Quiero expresar mi agradecimiento a la Universidad Autónoma de Madrid, a los miembros del proyecto «Hacia un Derecho procesal de consumo: un paso en la modernización de la jurisdicción civil en el contexto europeo», a los miembros del Tribunal de la tesis, Prof. Dr. Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid (Presidente), Prof. Dra. Isabel González Pacanowska, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Murcia y Prof. Dra. Sonia Calaza López, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) por sus apreciados comentarios y reflexiones acerca del trabajo, así como al Instituto Max Planck de Derecho procesal europeo e internacional de Luxemburgo y al European Legal Studies Institute (ELSI) de la Universidad de Osnabrück, por haberme acogido durante mis estancias de investigación.

Finalmente, he de dar las gracias a mi familia, entendida en sentido amplio, que ha compartido el sacrificio de esta etapa, en particular, a mis hijos y, muy especialmente, a mi mujer, Carmen, por su apoyo incondicional e incesante. La tesis también es suya.

PRÓLOGO

Algo más de treinta años han pasado desde que se publicó la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ¹. A la vuelta de los mismos, se constata que hablamos de la Directiva que mayor repercusión ha causado en el sistema interno, no sólo por la cantidad de leyes que se han visto afectadas y los virajes jurisprudenciales necesarios para adaptarse a ella, sino porque ha hecho que se tambaleen los principios clásicos del Derecho procesal, y que sea necesario estudiar de nuevo el sistema de fuentes, para comprenderlo en su profundidad tras la entrada de España en la UE.

Esta Directiva ha tenido un fuerte impacto en el Derecho interno español, al afectar de lleno no solo al Derecho sustantivo sino al Derecho procesal, a través de la interpretación que de ella ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tantas veces a impulsos de la cuestión prejudicial planteada por jueces españoles. Francisco Verdún, autor de la presente monografía, describe este fenómeno como un terremoto jurídico.

Después de tanta agitación, parece que llega la calma con el trabajo que aquí se presenta. El análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE en la materia a lo largo de este periodo, realizado por el autor, permite apreciar el fuerte impacto de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en nuestro Ordenamiento. La propuesta *de lege ferenda* que concluye el estudio tiene el potencial de elevar el nivel de protección del consumidor, al dotarlo de seguridad jurídica.

Tres son por tanto las aportaciones de esta obra, en sentido estricto: 1) Un completo análisis de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas; 2) Una síntesis exhaustiva de las cuestiones

¹ *DOCE*» núm. 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29-36 (*DOUE* L-1993-80526).

afectadas por la misma; y, 3) Una propuesta *de lege ferenda* que permita culminar la adaptación del Derecho interno español a la citada Directiva.

El análisis jurisprudencial que ofrece el autor puede calificarse como una «valiosa colección única» de comentarios a todas y cada una de las sentencias dictadas por el TJUE en la materia² (y los autos correspondientes). Con una prosa más que clara, transparente, se desgranar ordenada y separadamente los hechos y la doctrina jurisprudencial de cada sentencia, para ofrecer un comentario documentado que recoge la opinión del autor de la monografía y la referencia a la voz de otros expertos³. La colección de comentarios se presenta ordenada sistemáticamente.

La síntesis posterior que realiza el autor permite distinguir el modo en que la Directiva ha incidido en cada uno de los dos planos antes citados, sustantivo y procesal, con la remisión constante a las sentencias causantes de los diversos cambios.

Por último, la propuesta *de lege ferenda* es una brillante aportación, no sólo para el legislador español sino para los operadores jurídicos. El autor, buen conocedor de la importancia central de la Ley de Enjuiciamiento Civil para abogados y jueces, ha empleado una técnica difícilmente superable al proponer trasladar a este texto importantes cambios operados por la interpretación jurisprudencial de la Directiva realizada por el TJUE. Sólo ocasionalmente, se propone la modificación de otros textos legales cuando se considera conveniente.

Si esto ya es mucho, a mi juicio no lo es todo. La obra que el lector tiene en sus manos es relevante –más allá del estricto ámbito de la transformación del sistema causada por la Directiva sobre cláusulas abusivas, en los planos sustantivo y procesal– para comprender qué supone la integración en la Unión Europea desde el punto de vista del sistema de fuentes y el engranaje de la Jurisprudencia del TJUE en el plano de las instituciones y poderes nacionales y europeos.

Esta obra permite comprender cómo una norma europea de Derecho sustantivo o material –la Directiva citada– puede permeabilizar el Derecho formal o procesal. Y lo hace porque solo así es posible «la eficacia de la norma», la tutela efectiva de los titulares de los derechos que se trata de amparar (en este

² En total, más de ciento treinta sentencias extractadas, comentadas y ordenadas por el autor.

³ Francisco Verdún ha realizado estancias de investigación en el Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law (MPI) de Luxemburgo y en el European Legal Studies Institute (ELSI) de la Universidad de Osnabrück (Alemania), que avalan la calidad de la investigación que se presenta.

caso, los consumidores). El principio de autonomía procesal de los Estados miembros encuentra aquí sus límites, nítidamente definidos por el autor.

Se intuye que, la calma anhelada tras la tormenta –aportación indudable de este trabajo–, nos permitirá divisar aspectos de mayor calado. Esta obra no sólo cumple su objetivo (aumentar la protección del consumidor, a través del análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas, cristalizando el resultado en una propuesta *de lege ferenda*), sino que es fuente de luz para el estudioso de las instituciones europeas. En particular, estoy convencida de su utilidad para profundizar en el rol de la jurisprudencia del TJUE en nuestro sistema de fuentes; así como en el rol que juega el juez nacional en el rediseño del Ordenamiento jurídico para adaptarlo a los imperativos europeos. Estos aspectos son novedosos y, aunque no constituyen el objeto directo de estudio que aquí se presenta, a mi juicio no pueden ser bien comprendidos sin conectarlos con su dimensión práctica, que es precisamente lo que aquí se trata, en el campo de muestras por excelencia constituido por la normativa en materia de cláusulas abusivas.

Como es sabido, el juez nacional, por serlo, es juez europeo. Si a esto añadimos que el juez español gana por goleada en lo que se refiere al planteamiento de la cuestión prejudicial en la materia de cláusulas abusivas, podemos concluir que el ámbito de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores constituye, en efecto, el *paradigma* para reflexionar sobre las cuestiones aludidas.

Quiero felicitar al autor por la excelencia y rigor con que ha trabajado, empleando a fondo en ello sus naturales dotes de análisis y claridad en la expresión escrita. No en vano, la tesis que presentó –y que ahora se publica– mereció la máxima calificación y su presentación al premio extraordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid⁴. Creo que no es aventurado considerar que su apellido –Verdún– quedará asociado al conocimiento de la jurisprudencia europea en materia de cláusulas abusivas, no solo en España sino en la UE. Por todo ello, termino este prólogo con mi enhorabuena.

CARMEN JEREZ DELGADO

*Catedrática de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid
Miraflores de la Sierra, Madrid, 21 de julio de 2024*

⁴ Pendiente de resolución al tiempo de redactar este prólogo.

LISTA DE LAS PRINCIPALES ABREVIATURAS

<i>AP</i>	<i>Audiencia Provincial</i>
<i>apdo./apdos.</i>	<i>apartado/apartados</i>
<i>Art.</i>	<i>Artículo</i>
<i>As.</i>	<i>Asunto</i>
<i>ATC</i>	<i>Auto del Tribunal Constitucional</i>
<i>ATS</i>	<i>Auto del Tribunal Supremo</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978</i>
<i>CEE</i>	<i>Comunidad Económica Europea</i>
<i>CHF</i>	<i>Franco suizo</i>
<i>CC</i>	<i>Código Civil, de 24 de julio de 1889</i>
<i>DA</i>	<i>Disposición adicional</i>
<i>dir.</i>	<i>dirigido/a</i>
<i>disp.</i>	<i>Disposición</i>
<i>DOCE</i>	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
<i>DOUE</i>	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
<i>DT</i>	<i>Disposición transitoria</i>
<i>EEE</i>	<i>Espacio Económico Europeo</i>
<i>HUF</i>	<i>Forinto húngaro</i>
<i>Ibid</i>	<i>allí mismo</i>
<i>LAU</i>	<i>Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos</i>
<i>LCS</i>	<i>Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil</i>
<i>LH</i>	<i>Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Hipotecaria</i>
<i>LOPJ</i>	<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i>
<i>LIBOR</i>	<i>Tasa de oferta interbancaria de Londres</i>
<i>núm.</i>	<i>Número</i>
<i>op. cit.</i>	<i>obra citada</i>

<i>p./pp.</i>	<i>página/páginas</i>
<i>PE</i>	<i>Parlamento Europeo</i>
<i>PLN</i>	<i>Eslovaquia</i>
<i>R.D.</i>	<i>Real Decreto</i>
<i>SJPI</i>	<i>Sentencia Juzgado Primera Instancia</i>
<i>SKK</i>	<i>Corona eslovaca</i>
<i>ss.</i>	<i>Siguientes</i>
<i>STEDH</i>	<i>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>STJUE</i>	<i>Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TAE</i>	<i>Tasa Anual Equivalente</i>
<i>TCE</i>	<i>Tratado de la Comunidad Europea</i>
<i>TCEE</i>	<i>Tratado de la Comunidad Económica Europea</i>
<i>TEDH</i>	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>TFUE</i>	<i>Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</i>
<i>TJUE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TRLGDCU</i>	<i>Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>TUE</i>	<i>Tratado de la Unión Europea</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>
<i>Vid.</i>	<i>Véase</i>
<i>vol.</i>	<i>Volumen</i>

PLANTEAMIENTO

Transcurridos treinta años desde la adopción de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la presente tesis lleva a cabo, en primer lugar, el análisis caso por caso de cada una de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha interpretado sus disposiciones desde la sentencia dictada el 27 de junio de 2000 *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* hasta el 30 de junio de 2023, fecha a la que hemos cerrado nuestro trabajo de investigación.

Ese estudio –contemplado desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva– se encuentra dividido en dos grandes secciones que responden al impacto de la doctrina jurisprudencial en los ámbitos sustantivo y procesal y da paso a la presentación, en segundo lugar, de la síntesis del análisis jurisprudencial, proporcionando un conjunto de ideas y conclusiones que resultan clave para comprender el alcance y la trascendencia de la Directiva 93/13 a resultas de la extraordinaria labor realizada por el Tribunal de Justicia a lo largo de todos estos años, impulsada por el activismo de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión, dentro de los cuales los jueces españoles han tenido un papel muy destacado.

En el marco de esa síntesis, fruto del análisis, llegamos a la última parte de la tesis, que constituye el objetivo fundamental de esta, consistente en la elaboración de un conjunto de propuestas *de lege ferenda*, cerradas a noviembre de 2023, dirigidas primordialmente al legislador español, bajo la pretensión de contribuir –si ello fuera posible– a incrementar el grado de protección de los consumidores a fin de alcanzar ese ansiado alto nivel de protección de estos que las políticas de la Unión deben garantizar conforme al artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Euro-

pea y al artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que, a nuestro juicio, en la actualidad, está aún lejos de conseguirse.

Entre otras medidas, se propone la incorporación en el libro primero de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de un nuevo título destinado a plasmar la doctrina del TJUE sobre la obligada tutela judicial de oficio en materia de consumo. Este nuevo título podría estructurarse en tres capítulos, el primero con tres secciones relativas a la apreciación de oficio de la naturaleza abusiva de una cláusula, a la apreciación de oficio de una norma imperativa del Derecho de consumidores y a la apreciación de oficio de la cualidad de consumidor, respectivamente. El segundo capítulo se dedicaría a la adopción de oficio de diligencias de prueba cuando el juez no dispone de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para llevar a cabo su apreciación. El tercer capítulo se dedicaría a la flexibilización de los principios dispositivo, de congruencia y de cosa juzgada en el ámbito de consumo. También se proponen otras medidas genéricas como la ampliación del plazo de diez días para formular oposición —en consonancia con determinados pronunciamientos del TJUE— y la inclusión de una disposición en la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre la obligación del juez de actuar de oficio en materia de cláusulas abusivas cuando se den las circunstancias necesarias para ello en orden a dotar de visibilidad a esa doctrina jurisprudencial en el ámbito arrendaticio. Las medidas genéricas enunciadas son complementadas con un conjunto de medidas sobre determinados procedimientos y que pretenden adaptar el juicio ejecutivo, el proceso monitorio, el juicio cambiario, la jura de cuentas, el procedimiento de adopción de medidas cautelares y el juicio de desahucio, entre otros, a los pronunciamientos establecidos por el Tribunal de Justicia.

Estas propuestas se realizan en unos casos con la finalidad de reformar normas que han sido declaradas incompatibles con la Directiva 93/13 por parte del TJUE, constituyendo, por tanto, una obligación del Estado español que está siendo incumplida hasta que el legislador no adopte la correspondiente modificación y, en otros casos, con el propósito de evitar futuras declaraciones de incompatibilidad por parte del Tribunal de Justicia.

En ese afán de conseguir elevar el nivel de protección de los consumidores en el ámbito de las cláusulas abusivas también se proponen la mejora del Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la creación de un órgano consultivo y divulgativo al estilo de la «Commission des clauses abusives» existente en Francia desde 1978.

A nivel del legislador europeo se propone la adaptación del Reglamento 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo a la doctrina del TJUE sobre el obligado control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

Finalmente, se presentan otras vías para el avance en la protección del consumidor que pueden ser impulsadas por el legislador europeo, o más previsiblemente, por el legislador español, relativas a la aplicación de la Directiva 93/13 a las cláusulas que reflejen normas supletorias y a las cláusulas negociadas individualmente, así como la extensión del juicio de abusividad a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y a las que se refieren a la adecuación entre precio y servicio o producto entregado en contraprestación, aunque sean claras y comprensibles.

FINALIDAD PERSEGUIDA, NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN

Como se ha avanzado, la finalidad perseguida, en última instancia, es la contribución a la elevación del nivel de protección de los consumidores. Para alcanzar ese fin último e incierto, se han planteado unos objetivos en la elaboración de la presente tesis. Un primer objetivo sería tener una visión global de la aplicación e interpretación de la Directiva 93/13 por parte del Tribunal de Justicia. Para llevarlo a cabo hemos procedido a un examen pormenorizado de todas las resoluciones del TJUE interpretadoras de la Directiva 93/13 hasta la fecha de cierre de nuestra investigación (30 de junio de 2023) reuniendo el análisis de 151 resoluciones. Un segundo objetivo estaría constituido por la emisión de un conjunto de conclusiones e ideas fruto del examen realizado para que los operadores jurídicos en general dispongan de una síntesis del trabajo desarrollado por el TJUE con relación a la Directiva 93/13, incorporando dentro de las mismas, en menor medida, opiniones subjetivas sobre determinados problemas planteados. Esas conclusiones deben estar ordenadas sistemáticamente por materias a fin de su fácil consulta, para que también representen una herramienta sobre el estado de la cuestión en cada uno de los problemas que los jueces nacionales han planteado al TJUE sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13. Un tercer y último objetivo responde a la intención de elaborar un conjunto de propuestas *de lege ferenda*, destinadas fundamentalmente al legislador español, planteando la normativización de los avances conseguidos en la protección de consumidores por la jurisprudencia del TJUE. Este objetivo, al que se le dota de la máxima importancia por ser el corolario del proceso seguido tras el análisis y la síntesis, pretende proponer el reflejo legislativo de figuras surgidas de la doctrina del TJUE como la obligada intervención de oficio del juez en el ámbito de consumidores. Para tratar de cumplir los objetivos marcados ha sido necesario el estudio pormenorizado de

las resoluciones del Tribunal de Justicia interpretadoras de la Directiva 93/13 desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, examinando también los comentarios de la doctrina académica y, a partir del análisis de todo el material, elaborar las conclusiones, que han servido de base para las propuestas *de lege ferenda*.

ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA

La presente tesis tiene una estructura diferenciada con respecto a la mayoría de las tesis que se defienden en programas de doctorados de Derecho. Está compuesta de introducción, análisis, síntesis y propuestas *de lege ferenda*. La parte dedicada al análisis tiene una gran extensión motivada por el hecho de que contiene el examen pormenorizado de las 151 resoluciones del TJUE que han interpretado la Directiva 93/13 hasta el 30 de junio de 2023 –fecha de cierre de nuestra investigación–, de las cuales 109 han adoptado la forma de sentencia y 42 la de auto. Cada resolución examinada incorpora una descripción de los hechos, doctrina del TJUE y comentarios. Los hechos y la doctrina del TJUE son transcripciones resumidas de los que figuran como tales en las resoluciones publicadas oficialmente por el Tribunal de Justicia en su página web (<https://curia.europa.eu/Curia>). Una parte importante de los autos dictados por el TJUE en la materia no han sido traducidos al español por los servicios de traducción del Tribunal de Justicia. Por tanto, la descripción de hechos y la doctrina contenida en dichos autos responden a la traducción del francés al español efectuada por el autor de la tesis. Cuando ello sucede, se hace constar por nota a pie de página. En el análisis efectuado también se hace referencia a las conclusiones de los Abogados Generales en los asuntos en los que se han emitido, dadas las importantes valoraciones que contienen, en unos casos seguidas por el Tribunal de Justicia y en otros no. Hemos entendido que la única forma de proporcionar una visión global y, a la vez, detallada de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 era llevando a cabo ese análisis, plasmando los hechos y la doctrina de cada resolución para que el lector pudiera tener el conocimiento exacto de cada caso, previo a nuestros comentarios. Frente a la opción de escoger únicamente un aspecto concreto de la Directiva 93/13 y analizar las sentencias y autos que lo estudien, nos hemos

inclinado por la alternativa consistente en analizar todas las resoluciones interpretadoras de la Directiva 93/13, lo que nos ha permitido abordar el conjunto de problemas que presenta la Directiva, según han sido planteados por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y dar una perspectiva en conjunto de esta, pero, a la vez, tratando de profundizar en determinadas temáticas. Advertimos, por tanto, que aquellos eventuales aspectos de la Directiva 93/13 que no han dado lugar a la tramitación de ninguna cuestión prejudicial durante los más de treinta años desde la promulgación de la Directiva 93/13 no son tratados en el presente trabajo.

Nuestro estudio ha intentado compaginar las perspectivas normativa, jurisprudencial y doctrinal. No obstante, por las características del trabajo, la jurisprudencial ha ocupado una posición central. Los comentarios de la doctrina académica están contenidos mayoritariamente en la introducción y en el análisis de la jurisprudencia, no así en la síntesis y en la parte dedicada a las propuestas *de lege ferenda*, por las particularidades propias de estas dos partes.

Las conclusiones alcanzadas fruto del análisis llevado a cabo han sido plasmadas en la parte dedicada a la síntesis, que trata de transmitir, de forma sistematizada, las ideas y premisas más importantes que hemos podido deducir, siguiendo el mismo orden que en la parte dedicada al análisis.

En cuanto a la cita de la jurisprudencia del TJUE, se hace habitualmente mediante referencia a la denominación recibida en la página web del Tribunal de Justicia (<https://curia.europa.eu/>) coincidente con el nombre de una de las partes, que figura en cursiva. Como regla general, cuando citamos por primera vez una resolución dentro de una parte de la tesis la nota explicativa a pie de página contiene, entre otros, los siguientes elementos: el número del asunto, el tipo de resolución (sentencia o auto) y su fecha, el nombre de las partes, el órgano jurisdiccional que ha planteado la cuestión prejudicial y el ECLI (identificador europeo de jurisprudencia). En la segunda y siguientes ocasiones en las que se cita una resolución del TJUE su nota a pie de página contiene el número de asunto, tipo y fecha de resolución y la denominación dada por el TJUE, salvo cuando se reitera la cita en el mismo epígrafe en cuyo caso únicamente se menciona la denominación –que figura en cursiva– otorgada por el TJUE a la resolución concernida, coincidente con una de las partes. Dada la circunstancia de que el TJUE repite el título de las sentencias en asuntos diferentes (por ejemplo, *Ibercaja Banco*), cuando ello sucede añadimos al título entre paréntesis o guiones largos el nombre de la contraparte (así, distinguimos *Ibercaja Banco –contra XZ–*, asunto C-452/18, STJUE de 9 de julio de 2020, de *Ibercaja Banco –contra MA–*, asunto C-600/19, STJUE de 17 de mayo de 2022).

Hemos elaborado dos tablas de jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se adjuntan como anexos. La primera tabla comprende las ciento cincuenta y una resoluciones interpretadoras de la Directiva 93/13 que son objeto de examen individualizado. Dado su elevado número y su vinculación con la parte dedicada al análisis, está ordenada por capítulos y materias y, dentro de estas, cronológicamente. A dicha tabla se ha añadido como nota informativa una clasificación del número de resoluciones en función del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial. La segunda tabla comprende –por orden cronológico– las restantes resoluciones del TJUE que son citadas en la tesis. Salvo excepciones justificadas, no se han examinado aquellos asuntos en los que el TJUE ha resuelto su archivo por falta de competencia.

También se incorporan como anexos las respectivas tablas comprensivas de las conclusiones de Abogados Generales y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citadas en la tesis, así como las correspondientes tablas de las resoluciones dictadas por tribunales españoles (clasificadas según hayan sido pronunciadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y órganos jurisdiccionales inferiores) y de los actos de instituciones de la Unión citados en el presente trabajo. Todas las sentencias y autos citados del Tribunal Supremo han sido dictados por la Sala Primera, razón por la cual hemos obviado hacer referencia a la sala en el texto, sin perjuicio de que en la tabla de jurisprudencia se especifica ese dato con carácter genérico. En el texto y en la tabla las sentencias del Tribunal Supremo son referenciadas mediante la abreviatura STS o la expresión sentencia del Tribunal Supremo seguida del número de sentencia y su fecha, acompañando también el ECLI, conforme a la publicación oficial efectuada por el Consejo General del Poder Judicial en CENDOJ. El número de la sentencia coincide con el número de «Resolución» en CENDOJ y, para evitar confusiones, no se referencia el Roj.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN: CONFIGURACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13 DESDE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

SUMARIO:

- 1.1 Introducción.
- 1.2 Aproximación al principio de tutela judicial efectiva: fundamentación jurídica y jurisprudencia del TJUE.
 - 1.2.1 Antecedentes.
 - 1.2.2 El artículo 47 de la Carta y el artículo 19.1.2 del TUE.
 - 1.2.3 Ámbito de aplicación del artículo 47 de la Carta.
- 1.3 El derecho a la tutela judicial efectiva y los principios de equivalencia y efectividad frente al principio de autonomía procesal nacional.
- 1.4 La ponderación de los derechos de la Carta por parte del TJUE en el marco de la interpretación de la Directiva 93/13.
- 1.5 El papel del TJUE en la contraposición entre las dimensiones económica y social de la protección de consumidores.

1.1 INTRODUCCIÓN

Desde que en 2000 dictara la sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*¹, el Tribunal de Justicia ha contribuido a fortalecer la protección de

¹ Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000. Océano Grupo Editorial, S. A. y Rocío Murciano Quintero y entre Salvat Editores, S. A. y José M. Sánchez Alcón Prades y otros. Peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 del Tratado CE por el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona. EU: C:2000:346.

los consumidores a través de una interpretación de la Directiva 93/13 en la que el principio de autonomía procesal de los Estados miembros ha ido debilitándose frente a los principios de equivalencia, efectividad y tutela judicial efectiva. Detrás de una parte importante de los supuestos en los que el TJUE ha considerado contraria a la Directiva 93/13 la normativa o la jurisprudencia nacionales o ha facilitado una interpretación de la Directiva 93/13 que permitía alejarse de los márgenes de las disposiciones nacionales se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva que ha adquirido el rol de protagonista en la aplicación e interpretación de la Directiva 93/13. El TJUE ha plasmado esa situación afirmando «que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables implica, en particular en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13, una exigencia de tutela judicial efectiva, reafirmada por el artículo 7, apartado 1, de esa Directiva y consagrada también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos» (apdo. 45 de *Ibercaja Banco – contra MA*–² y apdo. 29 de *Unicaja Banco – contra L*–³, ambas dictadas el 17 de mayo de 2022). Es decir, la regulación procesal interna ha de ser contemplada desde la perspectiva de la exigencia de la tutela judicial para conseguir que los derechos otorgados por la Directiva 93/13 puedan ser ejercitados de manera efectiva por los consumidores, con la particularidad de que el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva ha de beneficiar a todos los litigantes –consumidores y profesionales–. Siguiendo esa configuración elaborada por el Tribunal de Justicia, en la presente tesis se contempla la Directiva 93/13 sobre la base de su inquebrantable vínculo con el derecho a la tutela judicial efectiva. En los asuntos examinados –en los que el TJUE interpreta la Directiva 93/13– es frecuente que nos encontremos con referencias al artículo 47 de la Carta, que se ha vuelto más visible en las decisiones judiciales, lo que está en línea con la finalidad de la Carta de reforzar la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea incrementando la visibilidad de estos, que no es únicamente simbólica: cuando un problema es configurado como una cuestión de derechos fundamentales, el asunto adquiere una dimensión constitucional

² Asunto C-600/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022, *MA contra Ibercaja Banco S. A.*, con intervención de PO. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, EU: C:2022:394.

³ Asunto C-869/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022, *L contra Unicaja Banco S. A.* Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo, EU: C:2022:397.

—cuando los derechos de los consumidores a ejercer acciones o a defenderse son severamente restringidos o completamente excluidos, el artículo 47 de la Carta entraría en juego—⁴. Se produce una interacción entre el artículo 47 de la Carta (protector de derechos sustantivos y procesales) y la Directiva 93/13, paralelamente al hecho de que «la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha traspasado los límites del Derecho material —propio de la Directiva— y ha entrado de lleno en el ámbito procesal»⁵.

Detrás de ese impulso judicial se encuentra el contexto social y económico en el que fueron dictadas las resoluciones del TJUE que se inclinaron por fortalecer la protección de los consumidores, dando preponderancia a los principios de equivalencia, efectividad y tutela judicial efectiva frente al principio de autonomía procesal de los Estados miembros. Las situaciones de extrema angustia para los consumidores (en especial, pérdida de la vivienda familiar), como consecuencia de la crisis económica que sufrió la Unión Europea durante el periodo 2008-2014, con un fuerte impacto en países como España, Hungría, Eslovaquia y con diferente incidencia en otros Estados miembros, confirió un sentido social a los problemas analizados por el TJUE. El interés social que está vinculado al Derecho de consumidores se convirtió en extrema necesidad social en aquellos asuntos en los que los consumidores podían perder su vivienda familiar y eran representativos de la situación de cientos de miles de consumidores, siendo consciente el TJUE de que en justicia debía garantizar los mecanismos procesales de protección de los consumidores, lo que le llevó a dictar numerosas sentencias declarando la incompatibilidad de normas procesales nacionales con el Derecho de la Unión, y, en particular, con la Directiva 93/13. Esos avances proporcionados por la jurisprudencia del TJUE en el marco de ese contexto social han de consolidarse a través de la plasmación normativa. Por ello, vamos a tratar de aportar no solo los juicios críticos a que dan lugar las resoluciones dictadas, sino también una serie de propuestas sobre los cambios legislativos que deberían propiciar las contribuciones del TJUE, puesto que, como considera Orduña Moreno al desarrollar la figura de la transparencia como valor del cambio social, los nuevos valores resultantes de la labor jurisprudencial requieren de un necesario desarrollo conceptual y concreción técnica que

⁴ VAN DUIN, A., *Effective Judicial Protection in Consumer Litigation, Article 47 of the EU Charter in Practice*, Intersentia, Cambridge, 2022, p. 3.

⁵ JEREZ DELGADO, C., «A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, núm. 1, marzo, 2023, p. 443.

posibilite su más lograda realización⁶, constituyendo la construcción de esos nuevos valores, en esencia, la gran aportación del Derecho como motor o factor de progreso y de cambio social⁷. A mi modo de ver, la doctrina del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva ha construido figuras como la obligada intervención de oficio del juez que puede tener la consideración de nuevo valor en el sentido empleado por el Prof. Orduña al referirse a la transparencia. Además de esta figura, de trascendental importancia, la labor jurisprudencial ha proporcionado numerosos parámetros de gran utilidad. Por todo ello, el reflejo legislativo de determinados pronunciamientos del TJUE es, en mi opinión, ineludible para lograr una completa penetración de las consecuencias jurídicas que implican en el seno de nuestro ordenamiento. La normativización de los avances jurisprudenciales constituye el corolario del proceso. Por ese motivo, la parte final de la presente tesis está dedicada a presentar un conjunto de propuestas *de lege ferenda* con base en el análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE que ha interpretado la Directiva 93/13 contemplada desde el derecho a la tutela judicial efectiva.

1.2 APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA DEL TJUE

1.2.1 Antecedentes

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sucedida el 1 de diciembre de 2009, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasó a tener el mismo valor jurídico que los Tratados por virtud del artículo 6.1 del TUE y «ha demostrado ser un importante punto de referencia para los tribunales europeos y nacionales»⁸. Ha sido a partir de esa incorporación de los derechos establecidos en la Carta al Derecho primario de la UE cuando el TJUE –generalmente mediante la interpretación de los apartados primero y segundo del artículo 47 de la Carta– ha abordado con mayor asiduidad el derecho a la tutela

⁶ ORDUÑA MORENO, F. J., y SÁNCHEZ MARTÍN, C., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 26.

⁷ *Ibid.*, p. 30.

⁸ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Informe de 2015 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. COM (2016) 265 final. Bruselas, 19.5.2016, p. 2.

judicial efectiva⁹. No solo en relación con la tutela judicial, sino también con respecto a otros ámbitos, la Carta se ha convertido en el punto de enfoque del discurso del Tribunal de Justicia después de Lisboa¹⁰.

Sin embargo, es necesario indicar que la invocación del derecho a un recurso efectivo en orden a que las personas afectadas puedan demandar los derechos conferidos ante los tribunales nacionales no es reciente en el Derecho comunitario, sino que tal y como recogen las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales¹¹ al aclarar su artículo 47 «el Tribunal de Justicia consagró este derecho en su sentencia de 15 de mayo de 1986 como un principio general del Derecho de la Unión (*Johnston*¹², [...])».

⁹ Son muchos los autores que destacan el impacto de la Carta en el tratamiento de los derechos fundamentales por parte del TJUE. Así, viene a decir Sara Iglesias Sánchez que la Carta ha incrementado la importancia y el peso de los derechos fundamentales, reforzando tanto su visibilidad en el discurso del Tribunal como su papel a modo de parámetros de constitucionalidad («The Impact of the Entry Into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights», *Common Market Law Review*, 49, 2012, p. 1576), extremos con los que coincide Anna Van Duin, que viene a sostener que ya facilite la Carta un nuevo marco de referencia o ya reafirme únicamente los derechos preexistentes, esos derechos han adquirido más visibilidad y posiblemente más preeminencia («Metamorphosis? The role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93/13/EEC», *Researchgate*, 2017). Según afirman Micklitz y Benöhr, la Carta puede ser considerada como el comienzo de un proceso de acercamiento a los ciudadanos europeos, haciendo los derechos humanos más visibles y esenciales dentro del proceso de integración (H-W. Micklitz, I. Benhöhr: «Consumer protection and human rights», en *Handbook of Research on International Consumer Law*, dir. por G. Howells, I. Ramsay y T. Wilhelmsson, editorial Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Reino Unido, 2018, p. 31).

¹⁰ BOBEK, M., «The effects of EU law in the national legal systems», en *European Union Law*, dir. por C. Barnard and S. Peers, Oxford University Press, 2017, p. 163.

¹¹ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C303/02) publicadas en el *DOCE* el 14.12.2007.

¹² Asunto 222/84. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986. Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary. La sentencia tuvo por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, en aplicación del artículo 177 del Tratado CEE, por el Industrial Tribunal of Northern Ireland, en Belfast, destinada a obtener en el litigio pendiente ante este órgano jurisdiccional una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres (*DO L* 39, p. 40; *EE* 05/02, p. 70) y del artículo 224 del Tratado CEE. EU: C:1986:206. El Tribunal de Justicia afirma: «18. El control jurisdiccional impuesto por dicho artículo [se refiere al artículo 6 de la Directiva 76/207] es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Este principio está igualmente consagrado por los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Como ha sido reconocido en la declaración común [sobre los Derechos Fundamentales] del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, de 5 de abril de 1977 (*DO C* 103, p. 1), y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conviene tener en cuenta, en el marco del Derecho comunitario, los principios en los que se inspira dicho Convenio. 19. En virtud del artículo 6 de la Directiva, interpretada a la luz del principio general antes mencionado, todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente contra aquellos actos que, en su opinión, vayan en contra de la igualdad de trato entre hombres y mujeres prevista por la Directiva 76/207. Corresponde a los Estados miembros garantizar un control jurisdiccional efectivo para que se respeten las disposiciones aplicables de Derecho comunitario y las de la legislación nacional destinada a garantizar la posibilidad del ejercicio de los derechos previstos en la Directiva» (p. 1682).

Con anterioridad a ese asunto, en la sentencia *Van Colson y Kamann*¹³ el Tribunal de Justicia había hecho referencia a la necesidad de que, en caso de violación de la prohibición de discriminación, el sistema de sanciones previsto por la legislación nacional «pueda garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz» (apartado 23)¹⁴.

1.2.2 El artículo 47 de la Carta y el artículo 19.1.2 del TUE

También el Tratado de Lisboa, mediante la introducción del párrafo segundo del apartado primero del artículo 19 del TUE¹⁵, instauró la obligación de los Estados Miembros de disponer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión Europea, asumiendo la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia¹⁶, que, a su vez, invoca el principio de cooperación leal previsto en los Tratados y complementando así la declaración del párrafo primero del mismo precepto

¹³ Asunto 14/83. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984. Sabine Von Colson y Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen. La sentencia tuvo por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Arbeitsgericht Hamm, destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE. EU: C:1984:153.

¹⁴ *Ibid.*, el Tribunal de Justicia consideró que aunque la Directiva 76/207/CEE para sancionar la violación de la prohibición de discriminar dejaba a los Estados miembros la libertad de elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para realizar su objeto, implicaba, sin embargo, que si un Estado miembro elegía sancionar la violación de la prohibición citada mediante la concesión de una indemnización, esta, en todo caso, para garantizar su eficacia y su efecto disuasorio, debía ser adecuada a los perjuicios sufridos y, por consiguiente, ir más allá de una indemnización puramente simbólica.

¹⁵ Artículo 19.1.2 TUE: «Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

¹⁶ En este sentido cabe mencionar la sentencia *UPA/Consejo*. Asunto C-50/00 P. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002. Unión de Pequeños Agricultores/Consejo. EU: C:2002:462. La sentencia tuvo por objeto un recurso de casación interpuesto contra el auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 1999, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo (T-173/98, Rec. p. II-3357), por el que se solicitaba que se anulase dicho auto. El Tribunal de Justicia desestimó el recurso. El asunto se refería a la eterna discusión sobre la legitimación para interponer un recurso de anulación contra un Reglamento comunitario y la interpretación del entonces artículo 173, párrafo cuarto del Tratado y su dicción «[...] decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente». El Tribunal de Justicia declara: «41. Así, corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva. 42. En este contexto, y de conformidad con el principio de cooperación leal enunciado en el artículo 5 del Tratado, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto» (pp. 6734 y 6735).

en cuya virtud el Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

A través de la interacción del artículo 47 de la Carta y el artículo 19, apartados 1 y 2 del TUE emerge una Unión de tutela judicial efectiva, caracterizada por un único y común estándar de protección, reflejando la estructura constitucional y los principios de la Unión Europea¹⁷. El artículo 47 de la Carta goza de una doble dimensión, la de previsión positiva y la de principio inspirador, a la que «el constituyente» de la Unión ha añadido una tercera perspectiva constituida por el artículo 19 TUE en sus párrafos primero y segundo, dotando de un punto de mayor intensidad, ya que, al tratarse de un derecho fundamental de prestación, limita la soberanía de los Estados miembros, exigiéndoles un determinado *modus operandi*¹⁸.

Tal y como precisan las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, el párrafo primero del artículo 47 de la Carta se basa en el artículo 13 del CEDH y el párrafo segundo del artículo 47 se corresponde con el apartado primero del artículo 6 del CEDH, si bien en ambos supuestos la protección en el Derecho de la Unión es más amplia¹⁹. En el primer caso porque la Carta garantiza un derecho a un recurso efectivo ante un juez, aplicándose «a toda persona que quiera hacer valer un derecho que le confiere el ordenamiento de la Unión Europea ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) [actualmente, TJUE] (ante todas sus instancias) o ante los jueces nacionales»²⁰. En el segundo caso porque el derecho a un juicio justo previsto en el artículo 47.2 no está limitado a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil [y penales]²¹, sino que cubre todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión²². El Tribunal de Justicia integra los distintos derechos previstos en el artículo 47 dentro del principio de la tutela judicial efectiva.

¹⁷ SAFJAN, M., y DÜSTERHAUS, D., «A Union of Effective Judicial Protection. Addressing a multi-level challenge through the lens of Article 47 CFREU», *Yearbook of European Law*, Vol. 33, Núm. 1, 2014, p. 1.

¹⁸ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión», *Elderecho.com*, 24.11.2011, p. 2.

¹⁹ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C303/02) publicadas en el DOCE el 14.12.2007. C 303/29 y C 303/30.

²⁰ LÓPEZ ESCUDERO, M., «Título VI: Justicia», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, dir. por A. Mangas Martín, Fundación BBVA, Madrid, 2008, p. 743.

²¹ A pesar de que las Explicaciones de la Carta refiriéndose al artículo 6.1 del CEDH alude únicamente a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil, es claro que dicho precepto del CEDH también señala los procedimientos penales.

²² MAK, C., «Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters», *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No.88, 2012, p. 4.

También se afirma en las Explicaciones sobre la Carta que el artículo 47 se aplica respecto de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, para todos los derechos que garantiza el Derecho de la Unión.

1.2.3 **Ámbito de aplicación del artículo 47 de la Carta**

Uno de los aspectos más importantes para tener en cuenta cuando hablamos del artículo 47 de la Carta es determinar su ámbito de aplicación en cumplimiento de lo previsto por el artículo 51.1 de la Carta. Este precepto precisa que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión» y para que no quepa duda alguna el párrafo segundo del mismo artículo 51 declara que la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados. En términos casi idénticos, el párrafo segundo del artículo 6.1 TUE dispone que las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. La Carta únicamente se aplica si el asunto afecta no solo a un precepto de la Carta, sino también a otra norma del Derecho de la Unión, debiendo existir una norma o un principio de Derecho comunitario primario o secundario que es directamente relevante al asunto²³, lo que se denomina una norma *in concreto*²⁴.

En ese sentido, el TJUE se ha encargado de aclarar a los jueces nacionales cuándo resulta de aplicación el artículo 47 de la Carta por tratarse de un asunto que entra dentro del ámbito del Derecho de la Unión y cuándo queda al margen de este. Esta cuestión va a tener gran importancia en los litigios de consumidores en los que el juez nacional se cuestiona sobre la posible incompatibilidad de normas procesales domésticas con el Derecho de la Unión, invocando con frecuencia el artículo 47 en relación con la Directiva 93/13. En determinadas resoluciones el TJUE ha resuelto que el asunto no entraba dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no resultando de aplicación,

²³ ROSAS, A., «When is the EU Charter of Fundamental Rights applicable at national level?» *Mikolas Romeris University*, 19 (4), 2012, p. 1277.

²⁴ *Ibid.*, p. 1284.

por tanto, ni la Directiva 93/13, ni el artículo 47 de la Carta. Así, por ejemplo, en *Banco Popular Español* y *PL Salvador* (C-7/16) ²⁵.

No basta con solicitar la interpretación del artículo 47 de la Carta y del derecho a la tutela judicial efectiva en él consagrado, sino que deben existir otra u otras normas del Derecho de la Unión aplicables directamente al caso para que el asunto se sitúe dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Es indudable que la diferenciación puede resultar complicada de establecer en determinados supuestos. Por ello, desde un punto de vista más general en cuanto al ámbito de aplicación de la Carta hemos de tener en cuenta lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Akerberg Fransson* ²⁶—una de las más importantes de los últimos años—. Afirma el Tribunal de Justicia que conforme a su jurisprudencia «los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas» y que «cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar» ²⁷. Según el Tribunal de Justicia «esta definición del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión [que implica un concepto amplio de la expresión contenida en el art. 51.1 de la Carta: “cuando apliquen el Derecho de la Unión”] viene corroborada en las explicaciones relativas al artículo 51 de la Carta, explicaciones que con arreglo al artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo tercero, y al artículo 52, apartado 7, de la Carta, deben tenerse en cuenta para la interpretación de ésta [...]. Según las citadas explicaciones, “la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”» (apartado 20). A continuación, el Tribunal de Justicia asevera: «puesto que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no existe

²⁵ Asunto C-7/16. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de julio de 2016. *Banco Popular Español*, S. A. y *PL Salvador* S. A. R. L. contra María Rita Giráldez Villar y Modesto Martínez Baz. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 11 de Vigo (Pontevedra), EU: C:2016:523.

²⁶ Asunto C-617/10. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013. *Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson* Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Haparanda tingsrätt (Suecia). EU: C:2013:105.

²⁷ *Ibid.*, apartado 19.

ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales», «la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta» (apartado 21) y «cuando, por el contrario, una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia» (apartado 22). Esa interpretación del Tribunal de Justicia en relación con el artículo 51.1 de la Carta ha tenido una enorme trascendencia y fue adoptada en contra de las conclusiones del Abogado General que proponía que el Tribunal se declarase incompetente para responder a las cuestiones planteadas, si bien de forma subsidiaria sí proponía determinadas respuestas a las cuestiones planteadas²⁸. El propio Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de aclarar y desarrollar lo expuesto en *Akerberg Fransson* y así en el apartado 37 de la sentencia *Julián Hernández y otros*²⁹ afirmó lo siguiente: «Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar si una normativa nacional guarda relación con la aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 de la Carta se ha de comprobar, entre otros aspectos, si la finalidad de la normativa nacional considerada es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa normativa, si esta persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar [...]».

1.3 EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD FRENTE AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL NACIONAL

El Tribunal de Justicia ha venido enunciando el principio de tutela judicial efectiva como «un principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH, y que por otra parte ha sido reafirmado

²⁸ Asunto C-617/10. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 12 de junio de 2012. Apartados 116 y 117.

²⁹ Asunto C-198/13. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014. Víctor Manuel Julián Hernández y otros contra Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) y otros. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Benidorm (Alicante) EU: C:2014:2055.

en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (declarado así, entre otras, en la sentencia *Alassini*³⁰—apartado 61— y en la sentencia *Mono Car Styling*³¹—apartado 47—, que habla de principio general del Derecho comunitario). Posteriormente, el Tribunal de Justicia en la sentencia *Berlioz Investment Fund*³² define el principio de tutela judicial efectiva como «un principio general del Derecho de la Unión, actualmente plasmado en el artículo 47 de la Carta», garantizando este artículo en el Derecho de la Unión «la protección conferida por los artículos 6, apartado 1, y 13 del CEDH». Matiza el Tribunal de Justicia que «en consecuencia, procede referirse únicamente a aquella primera disposición»³³.

Para analizar la relación entre el principio de tutela judicial efectiva y los principios de equivalencia y efectividad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁴ hemos de partir de la declaración efectuada por este en la sentencia *Rewe*³⁵ en el sentido de que «en virtud del principio de cooperación enunciado en el artículo 5 del Tratado, se ha encomendado a los órganos jurisdiccionales nacionales la protección jurídica que deriva, en favor de los justiciables, del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario; que, por consiguiente, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos

³⁰ Asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 2010. Rosalba Alassini/ Telecom Italia SpA y otros. Peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el Giudice di pace di Ischia (Italia). EU: C:2010:146.

³¹ Asunto C-12/08. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009. Mono Car Styling SA, en liquidación/ Dervis Odemis y otros. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la cour du travail de Liège (Bélgica). EU: C:2009:466.

³² Asunto C-682/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de mayo de 2017. Berlioz Investment Fund SA contra Directeur de l'administration des contributions directes. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Cour administrative (Luxemburgo). EU: C:2017:373.

³³ *Ibid.*, apartado 54.

³⁴ Si abordáramos la temática más general de «los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario» nos situaríamos aún más atrás en el tiempo, concretamente en el fundamento de Derecho 7 de la sentencia *Stauder* (asunto 29/69, sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1969, Eric Stauder/ Stadt Ulm, Sozialamt, petición con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE por el Verwaltungsgericht, Stuttgart, EU: C:1969:57). Un año más tarde, en *Internationale Handelsgesellschaft* (asunto 11/70, sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, petición con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE por el Verwaltungsgericht, Frankfurt am Main, EU: C:1970:114) el Tribunal de Justicia afirmó: «Que, en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia; que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad» (apartado 4 de los Fundamentos de Derecho).

³⁵ Asunto 33/76. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1976. Rewe-Zentralfinanz eG y Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland. Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania). EU: C:1976:188.

jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario, quedando claro que estas normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno; [...] que, a falta de tales medidas de armonización, los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional; que sólo podría ser de otro modo si estas modalidades y plazos hicieran imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar» (Fundamento de Derecho 5).

Es decir, los órganos jurisdiccionales nacionales, en ejercicio del principio de cooperación leal ³⁶, han de velar por la protección de los derechos que el ordenamiento comunitario confiere a los justiciables. De la misma forma, es el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro –a falta de normativa comunitaria en la materia– el que ha de disponer los mecanismos procedimentales a través de los recursos pertinentes que permitan a los justiciables salvaguardar esos derechos, no pudiendo ser estas normas procesales previstas a tal fin menos favorables que las prevenidas para recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia), ni tampoco estar configuradas de forma que hagan imposible en la práctica el ejercicio de los derechos que concede el Derecho de la Unión (principio de efectividad). Por ello, a mi modo de ver, los principios de equivalencia y efectividad son facetas que parten del derecho a la tutela judicial efectiva, entendido este como el principio que protege los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión otorga a los justiciables y que debe materializarse a través de los recursos procesales previstos en los ordenamientos internos de los Estados miembros. El estudio de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 depara una constante comprobación a cargo del Tribunal de Justicia sobre el respeto de ambos principios (equivalencia y efectividad) por parte de los mecanismos procesales internos, constituyendo ambos principios, desde nuestro punto de vista, instrumentos de proyección del derecho a la tutela judicial efectiva, que es el tronco común de ambos.

El planteamiento presentado por parte del Tribunal de Justicia por vez primera en la sentencia *Rewe*, en 1976, se ha desplegado reiteradamente desde entonces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de forma que las normas

³⁶ Actualmente, el principio de cooperación leal está enunciado en el artículo 4.3 TUE: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados».

procesales nacionales de aplicación en cada caso concreto en virtud del llamado principio de autonomía procesal nacional se ven sometidas a un doble examen, el denominado *test Rewe*, que han de superar.

Por un lado, esas normas procesales que regulan una situación que entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión no pueden ser menos favorables que las normas procesales de aplicación a una situación similar puramente interna, y, por otro lado, esas normas procesales nacionales no pueden estar configuradas de forma que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.

Esta construcción ha sido utilizada durante décadas por el Tribunal de Justicia en estrecha relación con el objetivo del garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva como principio general del Derecho de la Unión. Durante este periodo en el que el principio de autonomía procesal ha ido debilitándose³⁷, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una serie de razonamientos que complementan esta construcción, bajo una perspectiva unitaria del Derecho comunitario, habida cuenta de la interrelación existente entre el principio de efecto directo, el de primacía y la consecución de la plena efectividad del Derecho comunitario y dado que sin esta confluencia el Derecho comunitario perdería su esencia.

En *Simmenthal*³⁸, el Tribunal de Justicia no menciona el principio de autonomía procesal, pero establece con meridiana claridad que «el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (apdo. 24).

³⁷ En ese sentido, Michal Bobek defiende la inexistencia del principio de autonomía procesal al sostener que cuando se trata de implementación en los Estados miembros del Derecho de la Unión, no existe a nivel nacional espacio autónomo libre del Derecho de la Unión. En sus palabras, «when it comes to national enforcement of EU law, there is no “autonomous” space free of EU law on the national level» (BOBEK, M., «The effects of EU law...», *op. cit.*, p. 160). Esta idea fue desarrollada por el autor anteriormente en un trabajo cuyo título (en español se traduciría como «Por qué no existe el principio de autonomía procesal de los Estados miembros») era una clara declaración de intenciones: «Why there is no principle of “procedural autonomy” of member states», en *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*, dir. por H-W. Micklitz y B. De Witte, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 305-322.

³⁸ Asunto 106/77. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978. *Amministrazione delle Finanze dello Stato/SpA Simmenthal* Petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Pretore de Susa (Italia). EU: C:1978:49.

Fundamentándose precisamente en lo declarado en la sentencia *Simmenthal*, el Tribunal de Justicia estableció en *Factortame*³⁹ que un órgano jurisdiccional nacional debe tener la facultad de conceder una medida provisional en contra de una norma nacional que podría ser considerada contraria al Derecho comunitario. En palabras del Tribunal, «la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario. De ello resulta que el Juez que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiese a ello una norma de Derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma» (apartado 21) y, en consecuencia, «el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales» (apartado 23).

Más recientemente, en *Unibet*⁴⁰, a propósito de la justicia cautelar, el Tribunal de Justicia reitera lo manifestado en *Factortame* en el sentido de que «el juez nacional que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario debe estar facultado para conceder medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho comunitario» (apartado 67), pero añade un claro y explícito elemento nuevo a su argumentación que es la necesidad del respeto de la tutela judicial efectiva de los derechos individuales en el marco del Derecho comunitario, estableciendo que los aspectos procedimentales del recurso a las medidas cautelares y las reglas de aplicación se encuentran dentro de la autonomía procesal, con los requisitos de equivalencia y efectividad⁴¹. De esta forma, el Tribunal de Justicia analiza la cuestión desde la perspectiva del principio de tutela judicial efectiva y afirma que «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el

³⁹ Asunto C-213/89. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990. The Queen y Secretary of State for Transport, ex parte/ Factortame Ltd y otros. Petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por la House of Lords (Reino Unido). EU: C:1990:257.

⁴⁰ Asunto C-432/05. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd y Justitiekanslern, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Högsta domstolen (Suecia). EU: C:2007:163.

⁴¹ PRECHAL, S., y WIDDERSHOVEN, R., «Redefining the Relationship between Rewe-effectiveness and Effective Judicial Protection», *Review of European Administration Law*, vol.4 nr.2.,2011, p. 33. Disponible en https://www.uitgeverijparis.nl/scripts/read_article_pdf?id=5332.

ordenamiento jurídico comunitario debe interpretarse en el sentido de que no exige que en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el artículo 49 CE, cuando otros cauces procesales efectivos, que no sean menos favorables que los relativos a las acciones nacionales similares, permitan apreciar con carácter incidental dicha compatibilidad, extremo este que ha de verificar el órgano jurisdiccional nacional» (apartado 65)⁴². También asevera que «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario debe interpretarse en el sentido de que, en caso de duda sobre la conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, la concesión de medidas cautelares para suspender la aplicación de dichas disposiciones hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de estas con el Derecho comunitario se rige por los criterios establecidos por el Derecho nacional aplicable ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que dichos criterios no sean menos favorables que los referentes a recursos semejantes de naturaleza interna ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil la tutela judicial cautelar de tales derechos» (apartado 83)⁴³.

Por tanto, queda constatado que pronunciamientos relativamente recientes que van a ser objeto de nuestro análisis en la presente tesis, como, por ejemplo, el auto dictado en el asunto *Fernández Oliva*⁴⁴ –relativo a la incompatibilidad del artículo 721.2 LEC con la Directiva 93/13 por prohibir al juez la adopción de oficio de medidas cautelares–, siguen la línea marcada por el Tribunal de Justicia desde hace más de treinta años.

No obstante, la incorporación de la Carta –y, dentro de ella, su artículo 47– al Derecho primario ha supuesto la entrada de un nuevo elemento en juego en la construcción del Tribunal de Justicia, particularmente por lo que se refiere al principio de efectividad. En este sentido, la inserción del artículo 47 de la Carta ha cambiado aparentemente la naturaleza del test *Rewe*, introduciendo una balanza de intereses sobre la base de la proporcionalidad⁴⁵.

⁴² Asunto *Unibet*, apdo. 65.

⁴³ *Ibid.*, apdo. 83.

⁴⁴ Asuntos acumulados C-568/14 a C-570/14. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2016, Ismael Fernández Oliva y Caixabank, s.a. (asunto C-568/14), y entre Jordi Carné Hidalgo, Anna Aracil Gracia y Catalunya Banc, S. A. (Asunto C-569/14) y entre Nuria Rubirosa Carrera, César Romera Navales y Banco Popular Español, s.a. (Asunto C-570/14). Peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. EU: C:2016:828.

⁴⁵ MAK, C., «Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters», *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No.88, 2012, p. 19.

Se produce una evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde una inicial dimensión eminentemente negativa de la efectividad, que excluye normas nacionales que hacen imposible o excesivamente difícil la aplicación de los derechos de la Unión (*Rewe*) considerando su ubicación en el ordenamiento interno y realizando un juicio de proporcionalidad de sus principios inspiradores (*Peterbroeck*⁴⁶/*Van Schijndel*⁴⁷), hacia la atribución a la misma de una función positiva o transformadora, en virtud de la cual se exige a los Estados no solo que existan medios de protección jurisdiccional, sino que, además, estos proporcionen una tutela adecuada. De esta forma, el principio de efectividad funciona como un parámetro complejo de control en cuya virtud los criterios de *Rewe* se aplican desde la perspectiva de la efectiva protección jurisdiccional del artículo 47 de la Carta⁴⁸.

Este nuevo control es denominado test *Rewe* 47⁴⁹.

Según Carmona Contreras, en resoluciones como *Unibet, Impact*⁵⁰, *Pontin*⁵¹ o *Alassini* existe un razonamiento argumental complejo, articulado sobre la base del tándem efectividad-tutela judicial efectiva y en el que la efectividad opera como un subprincipio de la tutela judicial efectiva⁵². También afirma —citando a Safjan y Düsterhaus— que «la herramienta que permite alcanzar este efecto de irradiación de un mayor estándar de garantías procesales es el entendimiento del principio de efectividad como subprincipio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 47 de CDFUE»⁵³. Por nuestra parte, nos inclinamos por esa configuración expuesta por Carmona Contreras. Basamos nuestra postura en las razones ya argumentadas anteriormente: el derecho a la tutela judicial efectiva como tronco común del que parten como ramas el principio de efectividad y el principio de equivalencia, en la

⁴⁶ Asunto C-312/93. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995. *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS / État belge*. Petición dirigida con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE por la cour d'appel de Bruxelles. EU: C:1995:437.

⁴⁷ Asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995. *Jeroen van Schijndel y otros / Stichting Pensionenfonds voor Fysiotherapeuten*. Peticiones dirigidas con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE por el Hoge Raad der Nederlanden. EU: C:1995:441.

⁴⁸ CARMONA CONTRERAS, A., «La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un estándar común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 315-316.

⁴⁹ SAFJAN, M., y DÜSTERHAUS, D., «A Union of effective Judicial Protection...», *op. cit.*, p. 10.

⁵⁰ Asunto C-268/06. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008. *Impact / Minister for Agriculture and Food* y otros. Petición de decisión prejudicial dirigida con arreglo al artículo 234 CE por la Labour Court (Irlanda). EU: C:2008:223.

⁵¹ Asunto C-63/08. Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2009. *Virginie Pontin contra T-Comalux SA*. Petición de decisión prejudicial dirigida con arreglo al artículo 234 CE por el Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette (Luxemburgo). EU: C:2009:666.

⁵² CARMONA CONTRERAS, A., «La construcción ...», *op. cit.*, p. 315.

⁵³ *Ibid.*, p. 331.

medida en que ambos instrumentalizan la protección de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario que debe ser proporcionada por los mecanismos procesales de los Estados miembros.

Además, consideramos que la necesidad del análisis caso por caso de la adecuación de las normas procesales nacionales en juego a los principios de equivalencia y efectividad y al principio de la tutela judicial efectiva genera unas connotaciones diferentes en cada asunto.

En unos asuntos el Tribunal de Justicia trae a colación el artículo 47 de la Carta (como ejemplos, *Banif Plus Bank*⁵⁴ o *Sánchez Morcillo y Abril García*⁵⁵) y en otros no lo menciona, sino que se refiere exclusivamente al principio de efectividad (asunto *Aziz*⁵⁶). Puede suceder incluso que los mismos obstáculos procesales impuestos por la legislación nacional sean considerados por la Abogada General contrarios al principio de efectividad y por el TJUE contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47 de la Carta (*Profi Credit Polska*)⁵⁷.

Desde nuestro punto de vista, la perspectiva del asunto desde el principio de efectividad o desde el derecho a la tutela judicial efectiva tiene que ver con variadas circunstancias concurrentes en el caso concreto (contenido de la formulación de la pregunta por el juez nacional, razonamientos y/o exigencias del Abogado General que propone la respuesta, intencionalidad del propio Tribunal de Justicia, etc.). Sin embargo, en el marco de la posición actual del Tribunal de Justicia en la que el principio de autonomía procesal se ve debilitado frente a la exigencia de que el justiciable tenga medios efectivos y reales para defender los derechos conferidos por el Derecho de la Unión, considero que no es tan importante que el Tribunal de Justicia se ampare en el principio de efectividad o lo haga en el derecho a la tutela judicial efectiva como que capte el

⁵⁴ Asunto C-472/11. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2013. *Banif Plus Bank Zrt* contra *Csaba Csipai y Viktória Csipai*. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Fővárosi Bíróság (actualmente Fővárosi Törvényszék) (Hungría). EU: C:2013:88.

⁵⁵ Asunto C-169/14. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014. *Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.* Petición dirigida con arreglo al artículo 267 TFUE por la Audiencia Provincial de Castellón. EU: C:2014:2099.

⁵⁶ Asunto C-415/11. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013. *Mohamed Aziz* contra *Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. EU: C:2013:164.

⁵⁷ Asunto C-176/17, STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska S. A. w Bielsku Bialej* contra *Mariusz Wawrzosek*, petición dirigida al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Tribunal de Distrito de Siemianowice Slaskie, Sala Primera de lo Civil, Polonia. EU: C:2018:711. En *Profi Credit Polska*, los requisitos impuestos por la legislación procesal polaca son considerados por la Abogada General Sra. Kokott contrarios al principio de efectividad. El análisis de los mismos requisitos es efectuado por el TJUE en su sentencia desde la óptica del derecho a la tutela judicial establecido en el artículo 47 de la Carta considerándolos contrarios a este. En cualquier caso, tanto TJUE como Abogada General concluyen que dichos requisitos se oponen a la Directiva 93/13.

alcance real de las normas procesales nacionales de aplicación en el asunto concreto –lo cual es muchas veces ciertamente difícil– y pueda concluir si son compatibles o no con las normas del Derecho de la Unión primario o secundario que ha de interpretar. Se trata de ubicarse en el escenario del litigio nacional concreto y comprobar si el justiciable tiene medios efectivos para ejercer la defensa de los derechos que le confiere el Derecho de la Unión. Por nuestra parte, no observamos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretadora de la Directiva 93/13 líneas de diferenciación nítidas entre el principio de efectividad y el principio de derecho a la tutela judicial, sino que su respectivo tratamiento va a variar caso por caso⁵⁸.

Desde nuestro punto de vista, lo importante es que el TJUE a la hora de interpretar el Derecho de la Unión y de analizar la situación nacional planteada pueda evaluar la existencia de medios reales y efectivos de defensa del justiciable y no si la apreciación de esa existencia se instrumentaliza a través del principio de efectividad o del artículo 47 de la Carta.

Como veremos a lo largo del presente trabajo al analizar las resoluciones del TJUE, en determinadas ocasiones –pocas, afortunadamente–, en nuestra opinión, el Tribunal de Justicia no llega a captar correctamente determinadas particularidades del Derecho nacional, lo que lleva al TJUE a no poder apreciar la posible vulneración del principio de efectividad o del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en *Banco Santander* (C-598/15)⁵⁹, a nuestro modo de ver, el TJUE evalúa erróneamente el régimen transitorio de la Ley 1/2013⁶⁰, inadmitiendo varias preguntas del juez nacional, lo que le impide apreciar la posible incompatibilidad de ese régimen transitorio con el principio de efectividad o, hablando más genéricamente, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es la acertada comprensión del funcionamiento de las normas procesales nacionales y el alcance de los posibles obstáculos o restricciones existentes

⁵⁸ Sobre la diferencia entre el principio de efectividad en *Rewe* (*Rewe effectiveness*) y el principio de tutela judicial efectiva resulta muy ilustrativo el examen realizado por Jasper Krommendijk en «Is there light on the horizon? The distinction between “Rewe effectiveness” and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after *Orizzonte*» en *Common Market Law Review*, núm. 53, pp. 1395-1418, (2016). El autor se refiere a la diferencia en cuanto a que: 1) el principio de tutela judicial efectiva se ha desarrollado en el contexto de los derechos fundamentales mientras que el principio de efectividad *Rewe* funciona como un límite a la autonomía procesal de los Estados miembros y su razón de ser es la aplicación efectiva del Derecho de la Unión. 2) Este último se formula de forma negativa.

⁵⁹ Asunto C-598/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de diciembre de 2017. *Banco Santander S. A. contra Cristobalina Sánchez López*. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jerez de la Frontera (Cádiz). EU: C:2017:945.

⁶⁰ Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

una de las claves para que el Tribunal de Justicia pueda –interpretando correctamente la Directiva 93/13–evaluar la compatibilidad o no con esta de las normas procesales nacionales.

1.4 LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA CARTA POR PARTE DEL TJUE EN EL MARCO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13

Es conveniente traer a colación las observaciones que efectúa Cherednychenko⁶¹ en relación con la ponderación de los derechos de la Carta por parte del TJUE en tres asuntos (*Aziz*, *Kusionova*⁶² y *Sánchez Morcillo*). El autor critica que en ninguna de esas sentencias el TJUE llevó a cabo una clara y comprensiva ponderación de los derechos fundamentales en juego. Así, dado que las normas procedimentales nacionales afectaban a los intereses del acreedor, la buena fe del adquirente de la vivienda y del consumidor deudor, el equilibrio debería ponderarse según el autor entre el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor (art. 47 de la Carta), en conjunción con el derecho a la propiedad (art. 17.1 de la Carta) frente al derecho del deudor a la tutela judicial efectiva en conjunción con el derecho a una vivienda (art. 7 de la Carta) y el principio de protección del consumidor (art. 38 de la Carta). Considera Cherednychenko que, en estos casos, la inclusión de los derechos fundamentales de la Carta dentro del test de efectividad podría haber trasladado la evaluación de la «imposibilidad» o «excesiva dificultad» de los derechos del consumidor conferidos por el ordenamiento de la Unión hacia un proceso de ponderación en el cual todos los derechos fundamentales de todas las partes hubieran sido tenidos en cuenta⁶³.

Según Beka, en el caso de las ejecuciones hipotecarias los derechos de la Carta que concurren son el artículo 47, el artículo [7] (derecho a la vida familiar y al domicilio) y el artículo 34.3 (sobre la exclusión social y la ayuda a la vivienda). El derecho del acreedor hipotecario para ejecutar es una expresión del derecho a la propiedad, pero este derecho tiene que ser ponderado frente a un elevado nivel de protección del consumidor, al derecho a la tutela

⁶¹ CHEREDNYCHENKO, O., «The EU Charter of Fundamental Rights and Consumer Credit, Towards Responsible Lending?», en *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, dir. por H. Collins, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 139-166.

⁶² Asunto C-34/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2014. Monika Kusionová contra SMART Capital, a.s.. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Krajský sud v Presove (Eslovaquia). EU: C:2014:2189.

⁶³ *Ibid.*, p. 162.

judicial efectiva y a la condición de la vivienda hipotecada como vivienda familiar. El deudor al que se le ejecuta la vivienda familiar no puede tener el mismo tratamiento que en otras circunstancias. Paralelamente, el acreedor hipotecario no puede ser privado de su derecho a ejecutar. No obstante, la ley impone ciertos límites sobre el derecho absoluto del acreedor hipotecario a ejecutar y adjudicarse la propiedad en la medida en que esos límites tengan una finalidad legítima y sean proporcionales a la finalidad perseguida. No puede sostenerse concebir la ejecución hipotecaria como un ámbito aislado de su relación con los derechos fundamentales, particularmente en tiempos de grave crisis económica⁶⁴.

A nuestro modo de ver, es evidente que confluyen una serie de derechos de la Carta en esos asuntos esencialmente procedimentales y no solo el derecho a la tutela judicial efectiva. De hecho, por ejemplo, el TJUE, en *Kusionová*, reconoce el derecho a la vivienda⁶⁵. Esos derechos han de ser ponderados y lo son, generalmente, por parte del TJUE, aún sin mencionarlo expresamente. Así, podemos recordar que el requisito que introduce el TJUE en la sentencia *Banif Plus Bank*⁶⁶, consistente en que el juez debe informar a las partes del posible carácter abusivo de una o varias cláusulas y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria la cuestión conforme a las normas procesales nacionales antes de tomar la pertinente decisión al respecto, responde indudablemente al respeto del derecho a la tutela judicial efectiva de ambas partes, particularmente del acreedor afectado por una eventual declaración del carácter abusivo de una o varias cláusulas. De la misma forma, en *Aziz*, el TJUE no alude en ningún momento al artículo 47 de la Carta y sin embargo los razonamientos expuestos relativos a su interpretación de la Directiva 93/13 están formulados desde una configuración del proceso fundado en el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva. Parece, pues, que la expresa mención de todos los derechos de la Carta ponderados directa o indirectamente por el TJUE no es estrictamente necesaria para este.

⁶⁴ BEKA, A., *The Active Role of Courts in Consumer Litigation, Applying EU Law of the National Court's Own Motion*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 279.

⁶⁵ En el apartado III del preámbulo de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario el legislador español afirma que en la Unión Europea la vivienda está reconocida como un derecho fundamental y reproduce el apartado 65 de *Kusionová* en el que el TJUE manifiesta: «En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13».

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2013. *Banif Plus Bank Zrt y Csaba Csipai, Viktória Csipai*, (asunto C 472/11), EU: C:2013:88, Apartado 36: «(...) el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales».

Todo ello no impide que el órgano judicial a la hora de formular la cuestión prejudicial pida al TJUE la interpretación de aquellos derechos de la Carta que considera de aplicación al caso concreto en orden a que el TJUE esté en una posición más forzada para ponderar esos derechos manifestando expresamente los motivos de su análisis.

1.5 EL PAPEL DEL TJUE EN LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE LAS DIMENSIONES ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

A lo largo de los próximos capítulos vamos a tratar de analizar la respuesta dada por el TJUE a los problemas de interpretación de la Directiva 93/13 sobrevenidos en litigios de consumidores que en buena parte han tenido su origen en el impago por parte de estos del préstamo hipotecario suscrito para poder acceder a la vivienda familiar.

No debemos olvidar que las cuestiones que se plantean en el Derecho de consumo —en particular, dentro del ámbito del crédito a consumidores— a las que nuestra sociedad debe dar respuestas a nivel legislativo y jurisprudencial generan una problemática especial. En este sentido, puede aludirse a la paradoja que encierra la protección de consumidores, en la medida en que el crédito a consumidores es una importante actividad económica que podría ser asignada exclusivamente a la esfera del llamado Derecho económico, pero, por otro lado, el crédito a consumidores conlleva un número importante de problemas sociales, que implica que también pertenece al ámbito del que podría denominarse Derecho social, reuniendo por tanto una dimensión económica y una dimensión social. Ello da lugar a la existencia de una tensión entre las dos metas de la Unión Europea, la eficiencia económica dentro de una sociedad de mercado competitiva y la protección del consumidor, cuya naturaleza vulnerable es asumida desde la perspectiva social del problema. La actuación de las autoridades legislativas debe prevenir problemas de sobreendeudamiento de los particulares y de exclusión social, por ser ello más eficiente, incluso desde el punto de vista económico, que una intervención posterior cuando esos colectivos están sufriendo la situación⁶⁷.

En el contexto de esa situación, es necesario aludir al destacado papel desempeñado por el TJUE y por los tribunales nacionales que han planteado las

⁶⁷ LOBOCKA-POGUNKTE, I., *The evolution of EC Consumer Protection in the field of Consumer Credit*, edit. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012, p. 247.

cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Derecho de la Unión. El resultado de la contraposición entre las dimensiones económica y social de la protección de consumidores parece que se ha decantado claramente por esta última, a través del aseguramiento de los mecanismos procesales dispuestos por los legisladores nacionales para garantizar el ejercicio de las acciones derivadas de la Directiva 93/13, de forma que, cuando estos no cumplían con la exigencia de tutela judicial efectiva eran declarados por el Tribunal de Justicia incompatibles con la Directiva 93/13. Así, el diálogo entre tribunales ha dado pie a pronunciamientos del TJUE que han supuesto un vuelco en la configuración de disposiciones procedimentales internas, en particular en el caso de la normativa española, si bien en algunas ocasiones nuestro legislador haya efectuado las modificaciones pertinentes con un exasperante e injustificable retraso.

PARTE PRIMERA: ANÁLISIS

SECCIÓN 1

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ÁMBITO SUSTANTIVO

Esta primera sección está dedicada al estudio de resoluciones del Tribunal de Justicia cuya temática central gira en torno a aspectos sustantivos. Entre ellos, se encuentran los conceptos clave manejados por la Directiva 93/13 (consumidor, profesional, cláusula abusiva, cláusula no negociada individualmente, transparencia, etc.). También hemos incluido el estudio del ámbito material de aplicación de la Directiva 93/13 y el análisis de determinadas cláusulas que han resultado muy controvertidas, especialmente en España (cláusula de intereses moratorios, cláusula de vencimiento anticipado, cláusula suelo y los acuerdos novatorios sobre ella, cláusula IRPH y cláusula de comisión de apertura). Una parte importante de la sección está constituida por el examen de los efectos de la identificación de la cláusula abusiva, materia de extraordinaria importancia que desarrolla lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13. En íntima relación con ese tema se encuentra un problema concreto que también ha sido objeto de nuestra atención: el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva. Finalmente, hemos abordado cuestiones relativas al efecto *erga omnes* de la declaración judicial de abusividad de una cláusula y los requisitos de los registros de cláusulas abusivas, así como la relación de la Directiva 93/13 con normativas sectoriales del Derecho de la Unión Europea.

CAPÍTULO 2. EL DESARROLLO CONCEPTUAL DE DERECHO SUSTANTIVO A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL TJUE

SUMARIO:

- 2.1 Introducción.
- 2.2 El concepto de consumidor en la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13.
 - 2.2.1 Contexto normativo.
 - 2.2.2 Análisis jurisprudencial.
 - 2.2.3 Algunos puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial.
- 2.3 El concepto de profesional en la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13.
 - 2.3.1 Contexto normativo.
 - 2.3.2 Análisis jurisprudencial.
 - 2.3.3 Algunos puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial.
- 2.4 El concepto de cláusula abusiva.
 - 2.4.1 Contexto normativo.
 - 2.4.2 Análisis jurisprudencial.
 - 2.4.2.1 Sobre el concepto de cláusula abusiva contenido en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13.
 - 2.4.2.2 Sobre el Anexo de la Directiva 93/13 según su artículo 3.3.
 - 2.4.2.3 Sobre la doble problemática del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 consistente en la exclusión de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y bienes o servicios, por un lado y, por otro, la excepción a la exclusión cuando las cláusulas no están redactadas de manera clara y comprensible (la transparencia –art. 4.2 *in fine* y artículo 5 de la Directiva 93/13–).
 - 2.4.3 Algunos puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial.

2.1 INTRODUCCIÓN

En este primer capítulo pretendemos analizar determinados conceptos de la Directiva 93/13 tal y como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia. Concretamente, serán objeto de nuestro estudio los conceptos de consumidor, profesional y cláusula abusiva. Dentro de este último concepto analizaremos la exclusión de la apreciación del carácter abusivo de dos categorías de cláusulas, aquellas que definen el objeto principal del contrato y aquellas que se refieren a la adecuación entre el precio y el servicio o bien suministrado en contraprestación, deteniéndonos en el concepto de la transparencia como factor que puede determinar la excepción a la exclusión, de forma que, faltando la transparencia, las cláusulas pertenecientes a esas dos categorías también van a ser objeto del juicio de abusividad.

2.2 EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE INTERPRETADORA DE LA DIRECTIVA 93/13

Antes de analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de consumidor resulta útil describir el contexto normativo en el que se desenvuelve. Hecho esto y analizada la jurisprudencia, veremos la opinión de los autores al respecto.

2.2.1 Contexto normativo

Interesa resaltar, en primer lugar, a efectos de la presente investigación, que el concepto de consumidor que encontramos en el artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE¹), artículo único del Título XV del TFUE sobre «Protección de los consumidores», coincide sustancialmente con el concepto de «ciudadano de la Unión» del artículo 20 TFUE: ambos describen un sujeto con una categoría jurídica determinada por el Derecho de la UE que va más allá del ámbito de las libertades fundamentales clásicas de la UE y cuyos puntos de referencia centrales (referidos al otorgamiento de derechos subjetivos desarrollados a través del Derecho secundario) son los derechos basados en la información y la protección de

¹ Firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y reformado posteriormente por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, entre otras adaptaciones.

sus intereses legítimos, amparados por los principios de protección jurídica efectiva y de acceso a la justicia de la Unión².

El artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no aporta una definición de consumidor, sino que enumera una serie de objetivos para su tutela y anuncia medidas para alcanzarlos. Esto lleva a que la definición de consumidor que se aplique a la hora de resolver un caso concreto, tanto por el TJUE, como por cualquier órgano judicial nacional, sea la que habitualmente contiene la normativa aplicable directamente al caso. Así, por ejemplo, cuando el TJUE resuelve un conflicto en materia de cláusulas abusivas, es el apartado b) del artículo 2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas el que aporta el concepto de consumidor aplicable al caso. Conforme a este artículo, es consumidor «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». La Directiva 2019/771/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes³, aporta una definición semejante y define al consumidor como «toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión»⁴. Próxima a esa conceptualización, en Derecho nacional, con arreglo a lo previsto en el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, (publicado en BOE de 30/11/2007) «a efectos de esta ley, 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», añadiendo el legislador español en el segundo párrafo del apartado primero de dicha disposición

² MICKLITZ, H-W., y REICH, N., «El tejido de Derecho europeo de protección de los consumidores», en *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, dir. por J. M.^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 342.

³ Directiva 2019/771/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. Esta Directiva fue publicada en el *DOUE* el 22 de mayo de 2019.

⁴ Según MICKLITZ y REICH, «el término consumidor está relacionado con la ocupación funcional, igual que el término de empresas en el campo del derecho de la competencia. [...] Dependiendo del propósito de la medida de protección de la Unión, la ley nacional puede ampliar esta definición a otras personas necesitadas de protección en el ámbito de la armonización mínima. Sin embargo, por lo general, el Derecho de la UE por sí solo no protege a los llamados “pequeños comerciantes”, sino que deja esta labor a los Estados miembros como parte de la armonización mínima», pudiendo definirse el consumidor como un «participante pasivo en el mercado», MICKLITZ, H-W., y REICH, N., «El tejido de Derecho europeo...», *op. cit.*, pp. 341-342.

que «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». A través de la modificación del citado artículo 3 TRLGDCU el legislador ha introducido el concepto de persona consumidora vulnerable en su segundo apartado⁵⁻⁶.

Los legisladores autonómicos también han incorporado su propio concepto de consumidor en las legislaciones que han ido promulgando en sus respectivos territorios, ampliando en algunas ocasiones dicho concepto e incluso extendiendo el ámbito de aplicación de los consumidores a los empresarios autónomos y microempresas –como prevé el Código de consumo de Cataluña⁷– dando lugar a los consiguientes problemas de interpretación en su aplicación práctica.

2.2.2 Análisis jurisprudencial

La doctrina del TJUE inicialmente adoptó un criterio un tanto restrictivo al interpretar el concepto de consumidor. En las sentencias de 20 de

⁵ El contenido del apartado 2.º del artículo 3 TRLGDCU viene dispuesto por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, publicada en «BOE» núm. 51, de 1 de marzo de 2022. Inicialmente, la modificación fue introducida por el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, posteriormente derogado.

⁶ Artículo 3 TRLGDCU: «Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable [...]. 2. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

⁷ Entre las novedades que introdujo la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo se encontraba la incorporación al ámbito de aplicación del Código de consumo de Cataluña las relaciones de prestación de servicios entre las personas físicas empresarias que estén dentro del régimen especial de trabajadores autónomos y las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado y a las relaciones entre empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado y los entes que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo (art. 111-1, apdo. 2 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña). Al respecto, *vid.* RALUCA STROIE, I., «Por primera vez las Pymes protegidas por una ley de protección a los consumidores independientemente de su ánimo de lucro o su actuación dentro o fuera del ámbito empresarial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 13, 2015, pp. 40-44.

Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/710>.

enero de 2005 (caso *Gruber*⁸), 14 de marzo de 1991 (caso *Di Pinto*⁹) o 3 de julio de 1997 (caso *Benincasa*¹⁰) se exigía que los bienes adquiridos se dirigieran a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del comerciante para que este pudiera considerarse como consumidor, o a la exigencia de que los bienes adquiridos hubieran de destinarse al consumo privado¹¹.

Al referirse a la interpretación del concepto de consumidor por parte del Tribunal de Justicia, la Comisión Europea en su comunicación titulada «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores» (2019/C 323/04)¹², —en adelante nos referiremos a ella como «la Comunicación de la Comisión»— hace hincapié en que se trata de un concepto funcional basado en la función de las partes en relación con el contrato en cuestión, siendo al mismo tiempo una noción objetiva que «refleja una posición típicamente más débil como contraparte del profesional, entendiendo que el conocimiento y la experiencia superiores de un determinado consumidor no impiden a dicha persona considerarla un “consumidor” a los efectos de la Directiva 93/13»¹³.

⁸ Asunto C-464/01. STJUE de 20 de enero de 2005. *Gruber*. Johann Gruber contra Bay Wa AG. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof de Austria. EU: C:2005:32. El litigio principal se refería a un agricultor austriaco que compró tejas para el techo de su granja. Interpretando el Convenio de Bruselas, el Tribunal de Justicia consideró que una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional.

⁹ Asunto C-361/89. STJUE de 14 de marzo de 1991, *Di Pinto*. Procedimiento penal entablado contra Patrice Di Pinto. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Paris, Francia. EU: C:1991:118. El Tribunal de Justicia declaró que el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio no debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y que dicha Directiva no se opone a que una legislación nacional sobre visitas comerciales a domicilio extienda la protección que establece a comerciantes, cuando éstos realizan actos para la venta de su fondo de comercio.

¹⁰ Asunto C-269/95. STJUE de 3 de julio de 1997, *Benincasa*. Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München, Alemania. EU: C:1997:337.

¹¹ GONZÁLEZ CASSO, J., «El concepto de consumidor a la vista de la más reciente doctrina del TJUE, consumidor vs. empresario», *boletín digital AJFV Derecho de la Unión*, julio, 2016, p. 7. Disponible en: <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2017/04/civiljulio2016.pdf>

¹² Publicada en el *DOUE* el 27 de septiembre de 2019.

¹³ P. 10 de la Comunicación de la Comisión.

Veamos a continuación algunas resoluciones en las que el TJUE ha empleado el concepto de consumidor del artículo 2, apartado b) de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas.

Caso 1. *Cape y Idealservice MN RE*¹⁴: El concepto de «consumidor» de la Directiva 93/13 se refiere exclusivamente a las personas físicas.

Hechos. Los dos litigios principales se refieren a la ejecución de varios contratos tipo suscritos entre la empresa Idealservice como proveedora de máquinas de distribución automática de bebidas y dos clientes de esta, las empresas Cape y Omai, que habían adquirido estas máquinas. La cláusula controvertida que da lugar a las cuestiones prejudiciales es la que atribuye la competencia en favor del Giudice di pace di Viadana, ya que las empresas Cape y Omai invocaban su condición de consumidoras para alegar la nulidad de dicha cláusula¹⁵. En ambos asuntos, Idealservice afirma que Cape y OMAI no pueden ser consideradas consumidores en orden a la aplicación de la Directiva. Además de tratarse de sociedades y no de personas físicas, Cape y OMAI firmaron los contratos controvertidos en el ejercicio de su actividad empresarial. Por considerar que la solución de los dos litigios que le habían sido sometidos dependía de la interpretación de la Directiva, el Giudice di pace di Viadana decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales, considerando el TJUE que mediante las cuestiones segunda y tercera el órgano remitente quería saber si el concepto de «consumidor», tal y como se halla definido en el artículo 2, letra b) de la Directiva se refiere exclusivamente a las personas físicas¹⁶.

Doctrina. El Tribunal de Justicia afirma que del tenor literal del artículo 2 de la Directiva se deduce claramente que una persona distinta de una persona

¹⁴ Asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2001. Cape Snc contra Idealservice Srl (as. 541/99) y Idealservice MN RE Sas contra OMAI Srl (as.542/99). Petición de cuestión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE, remitida por el Giudice di pace di Viadana (Italia). EU: C:2001:625. El Abogado General Sr. Jean Mischo, presentó sus conclusiones el 14 de junio de 2001.

¹⁵ Los días 14 de septiembre de 1990 y 26 de enero de 1996, Idealservice MN RE Sas e Idealservice Sri (en lo sucesivo, «Idealservice») celebraron con OMAI y Cape, respectivamente, dos contratos relativos al suministro a estas últimas de varias máquinas de distribución automática de bebidas, que fueron instaladas en los locales de estas dos sociedades y que estaban destinadas al uso exclusivo de su personal. En el marco de la ejecución de los referidos contratos, Cape y OMAI formularon oposición a la orden comminatoria de pago, afirmando que la cláusula atributiva de competencia que figuraba en los mismos era nula con arreglo al artículo 1469 bis, punto 19, del Código Civil italiano y, por consiguiente, inoponible a las partes contratantes en virtud del artículo 1469 quinquies de ese mismo Código.

¹⁶ En relación con la primera cuestión, el TJUE estimó que no procedía responderla en base a la respuesta dada a las restantes.

física que celebra un contrato con un profesional no puede ser considerada un consumidor en el sentido de la citada disposición. Concluye el TJUE que el concepto de «consumidor», tal como se halla definido en el artículo 2, letra b), 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 refiere exclusivamente a las personas físicas¹⁷.

Comentarios. El TJUE siguió la propuesta del Abogado General¹⁸, quien argumentó que es precisamente la categoría de las personas físicas que no actúan en el ámbito de una actividad profesional la que se halla en una posición contractual más débil y desequilibrada con respecto a los profesionales. Frente a esa postura, el Gobierno español sostuvo que, si bien en principio las personas jurídicas no son consumidores en el sentido de la Directiva, ello no excluye una interpretación que les confiera la citada calidad, ni impide que los Derechos internos de los Estados miembros consideren a una sociedad como un consumidor. El TJUE no quiso entrar en disquisiciones al respecto y contestó de forma tajante que la Directiva 93/13 se refiere exclusivamente a las personas físicas.

Caso 2. *Costea*¹⁹: Se considera consumidor al abogado cuando el contrato principal de crédito no está vinculado a su actividad profesional, siendo irrelevante que el contrato accesorio de hipoteca haya sido suscrito por la misma persona como representante de su bufete individual.

Hechos. La petición fue formulada en un litigio entre un abogado (Sr. Costea) y una entidad bancaria (Volksbank) a fin de que el juzgado declarase el carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo. El contrato de crédito fue firmado por el Sr. Costea en su calidad de prestatario y en la misma fecha se celebró un contrato mediante el cual el bufete individual «Costea Ovidiu», como propietario del inmueble, constituyó hipoteca sobre el mismo en favor de Volksbank a fin de garantizar la devolución del crédito concedido al Sr. Costea²⁰.

¹⁷ As. acumulados C-541/99 y C-542/99. STJUE de 22 de noviembre de 2001, *Cape y Idealservice MN RE*, apdo. 17.

¹⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo, presentadas el 14 de junio de 2001.

¹⁹ Asunto C-110/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2015. Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Judecătoria Oradea (Rumanía). EU: C:2015:538. El Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentó sus conclusiones el 23 de abril de 2015.

²⁰ El Sr. Costea, abogado en ejercicio, dedicaba al Derecho mercantil parte de su actuación profesional. En abril de 2008 celebró un contrato de crédito con la entidad bancaria Volksbank. La devolución del préstamo se garantizó con un inmueble perteneciente al bufete individual del abogado. «El citado contrato de crédito fue firmado por el Sr. Costea, por una parte, como prestatario y, por otra, como

El órgano remitente desea saber si el artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se especifique el destino del crédito, puede considerarse consumidor en el sentido de dicha disposición, concurriendo además la circunstancia de que el crédito está garantizado mediante hipoteca contratada por esa persona en su condición de representante de su bufete de abogado que grava bienes destinados al ejercicio la actividad profesional de dicha persona, esto es, un inmueble perteneciente al bufete.

Doctrina. El TJUE reitera la premisa ya formulada en *Asbeek Brusse y de Man Garabito*²¹ según la cual la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica en función de la condición de los contratantes según actúen en el ejercicio de su actividad profesional. Es esa situación de inferioridad del consumidor frente al profesional, tanto en la capacidad de negociación como en el nivel de información, la que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas por el profesional y que justifica la aplicación de las disposiciones de la Directiva 93/13²². Señala el TJUE que la misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional²³. Remitiéndose a las conclusiones del Abogado General, el TJUE afirma que el concepto de consumidor del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga²⁴. Señala el TJUE que para poder comprobar si el prestatario tiene la condición de consumidor, el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato y, en particular, la naturaleza del bien o servicio²⁵. Manifiesta el TJUE que un abogado que celebra un contrato que no está vinculado al ejercicio de la abogacía se encuentra en situación de inferioridad frente al profesional, tanto en cuanto a su nivel de información como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el

representante de su bufete de abogado, habida cuenta de la condición de garante hipotecario de dicho bufete» (apdo. 8). La hipoteca sobre el inmueble propiedad del bufete –que garantizaba la obligación principal– se constituyó en un acto notarial independiente entre el bufete representado por el Sr. Costea y el Volksbank. En mayo de 2013, el Sr. Costea formuló demanda judicial solicitando la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa a una comisión de riesgo, la anulación de la cláusula y la devolución de la comisión.

²¹ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

²² Asunto C-110/14. STJUE de 3 de septiembre de 2015. *Costea*, apdos. 15 a 19.

²³ *Ibid.*, apdo. 20.

²⁴ *Ibid.*, apdo. 21.

²⁵ *Ibid.*, apdo. 23.

profesional y en cuyo contenido no puede influir²⁶. Finalmente, con respecto a la cuestión de que el préstamo está garantizado por una hipoteca contratada por su bufete de abogado que grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional y perteneciente al bufete, ese hecho no tendría incidencia, porque en el litigio principal se cuestiona la condición de consumidor en el contrato principal (contrato de crédito) y no en el contrato accesorio (contrato de hipoteca), de forma que la calificación del abogado en este último no determina su condición en el contrato principal²⁷. Por todo ello, el TJUE responde a la cuestión afirmando que el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que 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 Directiva cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del abogado, careciendo de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona como representante de un bufete de abogado que grava un inmueble perteneciente al bufete destinado al ejercicio de la actividad profesional de esa persona²⁸.

Comentarios. Según el Abogado General Sr. Cruz Villalón²⁹, este asunto presenta la particularidad de cuestionar la condición de consumidor de un profesional del Derecho en relación con la conclusión de un contrato de crédito, planteándose, por un lado, las aptitudes y conocimientos particulares de una persona en su condición de consumidor y, por otra, la influencia del papel que dicha persona desempeña en un contrato accesorio de garantía con respecto a su condición de consumidor en un contrato principal de crédito. El Abogado General desarrolla un interesante análisis de la noción de consumidor aludiendo a su tratamiento en el marco de la Directiva 85/577³⁰ y en el del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para llegar a las conclusiones pertinentes de ese concepto en el ámbito de la Directiva 93/13, habida cuenta de que «la noción de consumidor no es objeto de una configuración uniforme en todos los instrumentos, pertenecientes a ámbitos jurídicos diferentes y con finalidades

²⁶ *Ibid.*, apdos. 26 y 27

²⁷ *Ibid.*, apdos. 28 y 29.

²⁸ *Ibid.*, apdo. 30.

²⁹ Asunto C-110/12. Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 23 de abril de 2015.

³⁰ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Publicada en el *DOCE* el 31 de diciembre de 1985.

diversas: se trata de una noción operativa y dinámica, que se define a través del reenvío al contenido del acto legislativo en cuestión»³¹. De todo ello infiere que se trata de una noción objetiva y funcional cuya concurrencia depende de un único criterio: el encuadre del negocio jurídico de que se trate en el marco de actividades ajenas al ejercicio profesional, no pudiendo privarse a ninguna persona de la posibilidad de estar situada en la posición de consumidor en relación con un contrato que se sitúa fuera de su actividad profesional debido a los conocimientos que tenga o de su profesión. Por tanto, según el Abogado General, la noción de consumidor prevista en el artículo 2 b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que incluye a una persona física que ejerce la abogacía y que celebra un contrato de crédito con un banco, figurando adicionalmente en el marco del contrato en condición de garantía hipotecaria un inmueble propiedad de su bufete individual de abogado, cuando resulte que dicha persona ha actuado con un propósito ajeno a su actividad profesional, según los elementos de prueba de que dispone el juez nacional. El Abogado General también analiza la noción de consumidor con respecto a los contratos de doble finalidad. A tal fin, trae a colación dos antecedentes antagónicos. Por un lado, la postura del TJUE en el asunto *Gruber*³², considerando que una persona no podrá acogerse a las reglas específicas de competencia relativas a los consumidores previstas en el Convenio de Bruselas, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un aspecto insignificante en el contexto global de la operación; por otro lado, el Abogado General se refiere a la dicción del considerando 17 de la Directiva 2011/83³³ que opta por el criterio basado en el objeto predominante, de forma que el contratante será considerado consumidor cuando el objeto comercial no predomina en el contexto general del contrato. Este es el criterio más adecuado para el Abogado General, entendiendo que el otro criterio obedece a que el tratamiento como consumidor en el marco del Convenio de Bruselas supone una excepción frente a las reglas generales de competencia. La conclusión del Abogado General es que si el juez nacional estimase que no resulta claro que el contrato tenga un propósito personal de manera exclusiva, el contratante será tenido por consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, debiendo valorar el juez nacional las circunstancias concurrentes. Esta conclusión, llevada al último

³¹ *Ibid.*, apdo. 18.

³² Asunto C-464/01. STJUE de 20 de enero de 2005. *Gruber*.

³³ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Publicada en el *DOUE* el 22 de noviembre de 2011.

apartado de su opinión, no fue incluida por el TJUE en su sentencia. Finalmente, examina el Abogado General la relación entre el contrato principal y el accesorio de garantía suscrito por el sr. Costea como representante de su bufete, configurando la existencia de dos relaciones jurídicas autónomas (el contrato de crédito y el contrato de garantía) sin que la segunda incida en la naturaleza de la primera, puesto que lo determinante es ver la posición del Sr. Costea en el contrato principal. La postura del Abogado General, seguida por el TJUE, es que el papel del Sr. Costea como representante de su bufete de abogado en el contrato accesorio de garantía no incide en su condición de consumidor en el contrato principal de crédito³⁴.

Se pueden extraer al menos tres ideas fundamentales de la sentencia que comentamos: Una de ámbito específico referida a los profesionales del Derecho, consistente en que el hecho de que el consumidor tenga una profesión o unos conocimientos que le confieren una mejor preparación en cuanto al manejo de sus derechos que los restantes consumidores no significa que deje de ostentar la condición de consumidor, no existiendo diferenciaciones dentro del concepto de consumidor en función de esa circunstancia. Las dos restantes se contemplan en un contexto general y son las siguientes: que estar investido de la condición de consumidor va a depender de que la contratación controvertida se haya realizado al margen de la actividad profesional de la persona física contratante; y que, en los supuestos en los que existe un contrato principal y uno o varios accesorios, el hecho de que una misma persona intervenga en un contrato accesorio como profesional no tiene incidencia sobre su intervención como consumidor y su tratamiento como tal en el contrato principal.

Desde nuestro punto de vista, el criterio del TJUE –que sigue en líneas generales los postulados del Abogado General– responde a un criterio lógico a la luz de la dicción del artículo 2 b) de la Directiva y, además, nunca tendría sentido determinar distintos tipos de consumidores en función de su profesión o de sus conocimientos. Es más, consideramos que el consumidor sigue siendo la parte débil, aunque tenga muchos conocimientos, porque al final si está interesado en recibir un producto o un servicio tiene que suscribir el contrato que se le presenta o no podrá adquirirlo (contratos de adhesión). La clave, por tanto, para conocer la condición o no del contratante como consumidor es,

³⁴ El supuesto de la sentencia *Costea* de haberse producido en España sería aún más enrevesado en la medida en que habitualmente se haría en un solo documento. Es decir, en *Costea* se firmaron dos convenios y en España se firmaría una única escritura de préstamo y constitución de hipoteca. La respuesta es la misma, el prestatario ha de ser considerado consumidor si se comprueba que el destino del importe del préstamo es ajeno a su actividad profesional con independencia de que el inmueble hipotecado esté destinado a la actividad profesional.

fundamentalmente, el destino del producto o servicio contratado, el propósito con el que dicha persona ha actuado, si lo ha sido en el marco de su actividad profesional o no³⁵. No obstante, nos llama la atención una especie de «presunción» en favor de la condición de consumidor. La expresión –referida al contrato– que empleó el TJUE es «sin que en él se precise el destino del crédito», completada por la frase «cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado». Ante una falta de aclaración sobre el destino y en la medida en que probablemente el importe del préstamo fue ingresado en una cuenta personal del abogado y no en una cuenta corriente del bufete, parece que operaría esa suerte de presunción en favor de la condición del consumidor del contratante persona física. La casuística es sumamente amplia y será el juez nacional quien tenga que tomar la decisión evaluando los medios de prueba de que disponga³⁶.

También se puede poner en relación esta sentencia tanto con la dictada por el TJUE el 29 de marzo de 2007 en el asunto *Rampion y Godard*³⁷ –lo que hace el Abogado General, Sr. Cruz Villalón³⁸– como con la pronunciada en el asunto *Faber*³⁹ donde una de las cuestiones controvertidas estriba en que la Sra. Faber, a pesar de contar con la asistencia de abogado no alegó su condición de consumidora, declarando el TJUE que el principio de efectividad exige que el juez nacional, una vez que tenga los datos jurídicos y fácticos

³⁵ MARTORELL ZULUETA, P., «Concepto de consumidor y posición de la persona física fiadora de persona jurídica», *Revista Consumo y Empresa VLEX*, núm. 4, febrero, 2017, p. 3.

³⁶ En principio, la entidad bancaria no tendría grandes dificultades para demostrar la vinculación con una actividad profesional ya que, como es sabido, durante el estudio de la operación de préstamo el prestatario está obligado a manifestar al banco el destino que va a dar al préstamo y a acreditarlo, facilitándole abundante documentación al respecto. El problema para el banco puede ser cuando la cuestión sobre la condición de consumidor del contratante surge durante el desarrollo del procedimiento, una vez que ya ha sido presentada la prueba documental y las normas procesales nacionales del procedimiento en tramitación impidan a la entidad bancaria aportar más documentos. En esos supuestos, contando únicamente con el documento de crédito–en muchas jurisdicciones una escritura pública de préstamo–, es muy posible que no se den detalles sobre el destino del crédito, limitándose a consignar los datos del contratante y de su cuenta corriente donde ha sido abonado el préstamo por parte del banco. Sería en esos supuestos en los que, a falta de precisiones sobre el destino del dinero y tratándose de una cuenta personal del contratante, operaría esa forma de presunción, de manera que el juez nacional debería considerarlo como consumidor al no existir ningún medio de prueba que vincule el préstamo con su actividad profesional.

³⁷ Asunto C-429/05. STJUE de 29 de marzo de 2007. *Rampion y Godard*. Ax Rampion y Marie-Jeanne Godard, señora de Rampion contra Franfinance SA y K par K SAS. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'instance de Saintes, Francia. EU: C:2007:575.

³⁸ En la nota 32 de sus conclusiones el Sr. Cruz Villalón se refiere al apartado 65 de la sentencia *Rampion y Godard* donde el TJUE viene a declarar que el hecho de que el matrimonio Rampion esté representado por un abogado no afecta a la aplicación de oficio por el órgano jurisdiccional de una disposición de la Directiva 87/102.

³⁹ Asunto C-497/13. STJUE de 4 de junio de 2015. *Faber*. Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV. Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, Países Bajos. EU: C:2015:357.

necesarios, tiene la obligación de comprobar si el comprador tiene la condición de consumidor, aunque este no lo haya alegado expresamente y aunque cuente con la asistencia de abogado.

Para finalizar el comentario de esta sentencia nos gustaría traer a colación la STS 250/2022 de 29 de marzo (ES: TS:2022:1212) en la que nuestro Tribunal Supremo se apoya en *Costea* para otorgar la condición de consumidora a una prestataria a pesar de que la entidad prestamista sostenía que iba a destinar al arrendamiento el local adquirido con el importe del préstamo. El Tribunal Supremo señala que en el contrato no consta a qué se iba a destinar el local y que el TJUE en *Costea* concluye que cuando no se precisa el destino del crédito el prestatario puede considerarse «consumidor» con arreglo a la Directiva 93/13 cuando dicho contrato no esté vinculado a una actividad profesional. Aunque no se diga textualmente, deducimos que la carga de la prueba recae en el profesional de forma que si no es capaz de demostrar que el destino del préstamo estaba vinculado a una actividad profesional la contratante tendrá la condición de consumidora. Así mismo, el Tribunal Supremo observa que, aunque la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros pueda implicar la intención de obtener un beneficio económico, si esa actuación no forma parte de una actividad comercial, empresarial o profesional de esa persona física que la realiza, no deja de ser un acto de consumo. En definitiva, el consumidor persona física sí puede actuar para lucrarse, pero «el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCom» (STS 16/2017 de 16 de enero, ES: TS:2017:17).

Caso 3. *Tarcau*⁴⁰: La Directiva 93/13 se aplica a los avalistas de una sociedad cuando son personas físicas actuando con propósito ajeno a su actividad profesional y sin vínculos funcionales con la sociedad.

Hechos. El pleito principal es un procedimiento judicial instado por el Sr. y la Sra. Tarcau contra una entidad bancaria a resultas de un contrato de

⁴⁰ Asunto C-74/15. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de noviembre de 2015. Dumitru Tarcau, Ileana Tarcau contra Banca Comerciala Intesa Sanpaolo Romania SA y otros. Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Apelación de Oradea (Rumanía). EU: C:2015:772. Este asunto fue juzgado mediante auto motivado, por lo que no procedía la presentación de conclusiones por parte de la Abogado General Sra. Kokott, a la que le fue asignado el mismo.

garantía inmobiliaria y de un contrato de fianza, considerando que habían actuado como consumidores y, amparándose en la Ley núm. 193/2000⁴¹, solicitando la anulación de dichos contratos y, subsidiariamente, de determinadas cláusulas de estos por considerarlas abusivas⁴². El Tribunal de Satu Marc dictó sentencia desestimando la demanda al considerar que la ley nacional 193/2000 no era de aplicación al contrato de crédito al ser la sociedad la beneficiaria del préstamo, ni tampoco se aplicaba a los contratos de hipoteca y fianza por ser estos accesorios con respecto al contrato de crédito al que no se le aplica dicha Ley nacional. En el marco del recurso de apelación, el Tribunal de apelación de Oradea elevó dos cuestiones al TJUE, que las refundió en una al considerar que el tribunal nacional preguntaba si los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que esta Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado por una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad⁴³.

Doctrina. El TJUE estima que la respuesta a la cuestión planteada no suscita ninguna duda razonable por lo que en virtud del artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia resuelve mediante auto motivado. El TJUE comienza por remitirse a los artículos 1.1 y 3.1 de la Directiva 93/13 para afirmar que la Directiva se aplica a las cláusulas de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores que no se hayan negociado

⁴¹ Ley rumana núm. 193/2000 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores que transpuso la Directiva 93/13 al Derecho interno.

⁴² Parte el asunto del contrato de crédito firmado en octubre de 2008 entre una entidad bancaria y una sociedad propiedad del hijo de los Sres. Tarcau. Unos meses después, los Sres. Tarcau –padres del socio único y gerente de la sociedad– firmaron un apéndice a dicho contrato a fin de ampliar la línea de crédito convirtiéndose ellos también en garantes de la devolución del préstamo, constituyendo hipoteca en favor de la entidad bancaria sobre un bien inmueble de su propiedad y mediante un contrato de fianza, asumiendo la condición de garantes de todos los importes adeudados por la sociedad a resultados del contrato de crédito, todo ello motivado por la circunstancia de que su hijo era el socio único y gerente de la sociedad afianzada. La demanda fue desestimada en primera instancia.

⁴³ Parece que en la relación jurídica entre los esposos Sres. Tarcau (padres) y la entidad bancaria se distinguen dos actos diferenciados, por un lado, un contrato de garantía inmobiliaria, constituyendo una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, y por otro, un contrato de fianza personal, en virtud del cual se entiende que los Sres. Tarcau responden con todos sus bienes del pago de los importes debidos por la sociedad. Sin embargo, el TJUE, a lo largo de su exposición, parece configurarlo como un solo «contrato de garantía o de fianza» (apartados 25, 26 y 30) que «se presenta como un contrato distinto» (apartado 26). Entendemos que hubiera sido más acorde con la realidad de los hechos del litigio principal que el TJUE se hubiera referido al contrato de garantía inmobiliaria y al contrato de fianza como dos contratos y actos jurídicos diferenciados, si bien hemos de admitir que ello no tiene trascendencia para la interpretación del Derecho de la Unión.

individualmente, mencionando también el considerando décimo de dicha Directiva 93/13⁴⁴. El TJUE, apoyándose en las sentencias *Siba*⁴⁵ y *Asbeek Brusse y de Man Garabito*⁴⁶, declara que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional⁴⁷. El TJUE se pregunta si puede considerarse consumidor en el sentido de la Directiva 93/13 la persona física que se compromete a garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido frente a una entidad bancaria en el marco de un contrato de crédito, y explica que, si bien el contrato de garantía o fianza es contrato accesorio en cuanto a su objeto en relación con el contrato principal del que emana la deuda que garantiza, dicho contrato de garantía o de fianza se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las personas físicas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza⁴⁸. El concepto de consumidor en el sentido del art. 2, letra b) de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo, debiendo apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión⁴⁹. Remitiéndose al asunto enjuiciado, afirma el TJUE que corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de consumidor en el sentido de dicha Directiva⁵⁰. El TJUE declara que en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado⁵¹. Concluye el TJUE que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b) de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de

⁴⁴ Asunto C-74/15. Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015, *Tarcu*, apdos. 20 y 21.

⁴⁵ Asunto C-537/13. STJUE de 15 de enero de 2015, *Siba*.

⁴⁶ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

⁴⁷ Asunto C-74/15. Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015. *Tarcu*, apdo. 23.

⁴⁸ *Ibid.*, apdo. 26.

⁴⁹ *Ibid.*, apdo. 27.

⁵⁰ *Ibid.*, apdo. 28.

⁵¹ *Ibid.*, apdo. 29.

fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad⁵².

Comentarios. Lo resuelto por el TJUE en esta sentencia supone un cambio de postura en relación a lo que declaró en la sentencia *Dietzinger*⁵³ en el marco de la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales⁵⁴, ya que en dicha sentencia el TJUE consideraba que el artículo 2 de esa Directiva debía interpretarse en el sentido de que un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional. La posición adoptada en la sentencia que ahora comentamos representa una perspectiva menos estricta del concepto de consumidor.

Por otro lado, nos llama la atención una cierta contradicción entre la premisa que maneja el TJUE en el sentido de que corresponde al juez nacional verificar si el contratante de que se trata puede calificarse como consumidor en el sentido de la Directiva 93/13 y la respuesta final que da a la cuestión con arreglo a la cual el TJUE responde afirmativamente de forma que se puede aplicar la Directiva a la relación contractual planteada «cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad», lo que vendría a significar que la persona física de esa relación tiene la condición de consumidor, puesto que en definitiva lo que se está interpretando es el artículo 2 letra b). Parece, por tanto, que el TJUE no deja margen al juez nacional para su verificación, sino que más bien se la proporciona. En otras palabras, quizá habría sido más ortodoxo que a la afirmación «cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad» se hubiera añadido la expresión «lo que corresponde verificar al juez nacional».

⁵² *Ibid.*, apdo. 30.

⁵³ Asunto C-45/96. STJUE de 17 de marzo de 1998, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank/Dietzinger*. Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG contra Edgard Dietzinger. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof - Alemania. EU: C:1998:111.

⁵⁴ Publicada en el *DOCE* el 31 de diciembre de 1985.

No obstante, en nuestra opinión resulta muy satisfactorio que la interpretación del TJUE haya sido la más clara y orientadora posible, en orden a propiciar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión por parte de los jueces nacionales, sin perjuicio de que estos tengan en cuenta las circunstancias específicas del procedimiento en cuestión y las particularidades del ordenamiento jurídico en cuyo marco se desarrolla el litigio. Es de añadir que el criterio establecido por esta resolución relativo a los supuestos de vinculación funcional con una sociedad (la gerencia de esta o una participación significativa en su capital social) ha sido utilizado por nuestro Tribunal Supremo con expresa cita de este asunto *Tarcau* y del que analizaremos a continuación, *Dumitras*. Así sucede en la STS 166/2022 de 1 de marzo (ES: TS: 2022:791) en la que el TS confiere la cualidad de consumidor al prestatario que era propietario del 10% de las acciones de la sociedad promotora —originariamente titular del préstamo— y a pesar de que sus familiares sí tenían vínculos funcionales con la sociedad⁵⁵.

Caso 4. *Dumitras*⁵⁶: La Directiva 93/13 se aplica a los avalistas de una sociedad cuando son personas físicas actuando con propósito ajeno a su actividad profesional y sin vínculos funcionales con la sociedad (incluso cuando han tenido vínculos con la sociedad originariamente prestataria que dejó de serlo a través de una novación subjetiva con consentimiento de la entidad bancaria).

Hechos. El litigio principal es un procedimiento instado por los Sres. Dumitras contra una entidad bancaria en relación con tres contratos de crédito y un contrato de garantía inmobiliaria⁵⁷. El Sr. y la Sra. Dumitras solicitaron

⁵⁵ Tras considerar consumidor al demandante, el Tribunal Supremo analizó la cláusula suelo controvertida llegando a la conclusión de que era transparente, manteniendo la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de intereses de demora efectuada en la primera instancia, pronunciamiento que no fue objeto de apelación.

⁵⁶ Asunto C-534/15. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016. Pavel Dumitras, Mioara Dumitras contra BRD Groupe Société Générale – Sucursala Județeană Satu Mare—. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia de Satu Mare, Rumanía. EU: C:2016:700. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado con arreglo al artículo 99 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia.

⁵⁷ Entre los años 2005 y 2008, BRD Groupe Société Générale, como prestamista, y SC Lanca SRL, como prestataria, celebraron tres contratos de préstamo. El Sr. Dumitras, administrador y socio único de Lanca, y la Sra. Dumitras, suscribieron -en garantía de las obligaciones asumidas en dichos contratos- un documento de compromiso hipotecario en favor de BRD Groupe Société Générale. En julio de 2009, BRD Groupe Société Générale, como prestamista, y SC Lanca Construcții SRL, como prestataria, además de Lanca, como codeudor, celebraron tres nuevos contratos para la refinanciación y el reajuste de los tres contratos de préstamo celebrados previamente entre BRD Groupe Société Générale y Lanca. En la misma fecha, mediante escritura pública denominada «Contrato de compraventa mediante novación subjetiva por delegación perfecta», Lanca, sociedad delegante, presentó a Lanca Construcții, sociedad delegada, como deudora de sus obligaciones derivadas de los contratos de crédito inicialmente suscritos con BRD Groupe

ante el tribunal remitente que se declarara la nulidad absoluta de determinadas cláusulas de los contratos de crédito celebrados en 2009, que preveían la percepción de comisiones, debido a que dichas cláusulas eran abusivas⁵⁸.

El TJUE considera que lo que quiere saber el juzgado remitente es si el artículo 1, apartado 1, y el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito, como BRD Groupe Société Générale, para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil, como Lanca Construcții, ha asumido contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas no tienen ningún vínculo de naturaleza profesional con la citada sociedad, pero eran las avalistas hipotecarias de tres contratos de préstamo previamente celebrados entre la referida entidad de crédito y otra sociedad mercantil, como Lanca, y una de ellas era el administrador y socio único de esta última sociedad, que, por novación, transmitió sus obligaciones a la nueva sociedad mercantil deudora, Lanca Construcții.

Doctrina. El TJUE resuelve por medio de auto al considerar que la respuesta se deduce claramente de su jurisprudencia y, en particular del auto de 19 de noviembre de 2015, dictado en el asunto *Tarcău*⁵⁹. En ese sentido, el TJUE recuerda que la Directiva 93/13 se aplica atendiendo a la condición de los contratantes según actúen o no en el marco de su actividad profesional y no procede definir el ámbito de aplicación de dicha Directiva atendiendo al objeto del contrato⁶⁰. Observa el TJUE que la protección conferida por la Directiva 93/13 es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor, en la medida en que, entre otros extremos, el consumidor que asume el compromiso de forma personal

Société Générale, a la citada BRD Groupe Société Générale, con consentimiento de esta última. Así mismo, de la resolución de remisión resulta, en primer lugar, que ni el Sr. Dumitraș, ni la Sra. Dumitraș tienen la condición de administradores de Lanca Construcții; en segundo lugar, que se comprometieron a garantizar, en condición de avalistas hipotecarios, la obligación de esta última a raíz de la novación; en tercer lugar, que firmaron, a tal fin, en su propio nombre, como avalistas hipotecarios, los tres contratos de crédito de 2009 y, en cuarto lugar, que Lanca no respondía por ninguna obligación frente a BRD Groupe Société Générale en virtud de los contratos de crédito inicialmente suscritos.

⁵⁸ Durante el procedimiento principal, BRD Groupe Société Générale propuso una excepción de inadmisibilidad basada en que, dado que el Sr. y la Sra. Dumitraș no habían actuado con un propósito ajeno a su actividad mercantil, estos no podían invocar la condición de consumidores en el sentido del artículo 2 de la Ley núm. 193/2000.

⁵⁹ Asunto C-74/15. Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015, *Tarcău*.

⁶⁰ Ha de tenerse en cuenta que el considerando vigésimo de la Directiva 93/13 excluye expresamente de la misma: los contratos de trabajo, contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades.

está gravando su propio patrimonio. También alude el TJUE a un razonamiento proporcionado en *Tarcău*: que, aunque el contrato de garantía o fianza por el que la persona física se hace responsable de las obligaciones de la sociedad mercantil es un contrato accesorio al principal —que es el contrato de crédito suscrito con la entidad afianzada—, se trata de un contrato diferente, porque está celebrado con personas diferentes⁶¹. Reitera el TJUE la obligación de comprobar si la persona actúa en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, correspondiendo al juez nacional su verificación⁶². Descendiendo al litigio principal, sostiene el TJUE que en el momento de la celebración de los tres contratos de préstamo entre los años 2005 a 2008 entre, por un lado, BRD Groupe Société Générale, como prestamista, y, por otro, Lanca, como prestatario, el Sr. Dumitraș, que actuó como avalista hipotecario de esos contratos, era el administrador y socio único de esta última sociedad mercantil. Por ello, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente, deduce el TJUE que, en el momento de la celebración de estos contratos, el Sr. Dumitraș actuó por razón de los vínculos funcionales que tenía con Lanca y no podría ser calificado así, a este respecto, de «consumidor».

No obstante, el TJUE sigue analizando los acontecimientos que sucedieron a continuación. En ese sentido, el TJUE relata que el 30 de julio de 2009, por una parte, Lanca Construcții suscribió con BRD Groupe Société Générale tres contratos de crédito sobre la refinanciación y el reajuste de los tres contratos de préstamo firmados por Lanca entre los años 2005 a 2008. Por otra parte, por novación, Lanca Construcții sustituyó a Lanca como deudora de las obligaciones contraídas por esta última frente a BRD Groupe Société Générale. Como consecuencia de esta novación, Lanca quedó liberada de todas las obligaciones frente a BRD Groupe Société Générale en virtud de los préstamos inicialmente concedidos. Así mismo, consta que ni el Sr. Dumitraș ni la Sra. Dumitraș tenían la condición de administradores de Lanca Construcții. También es patente que los esposos Sres. Dumitras se comprometieron a garantizar, como avalistas hipotecarios, la obligación de esta última a raíz de la novación. Tampoco se desprende de la resolución de remisión que los demandantes del litigio principal tuvieran una participación significativa en el capital social de la referida

⁶¹ No le puede faltar razón al TJUE puesto que las personas actúan en su propio nombre y derecho como garantes.

⁶² Asunto C-534/15. Auto de TJUE de 14 de septiembre de 2016. *Dumitras*, apdos. 32 y 33. De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado.

sociedad⁶³. En base a esa situación, el TJUE, advirtiendo que corresponde realizar al tribunal remitente las comprobaciones oportunas, afirma que en el momento de la conclusión de los contratos de crédito y de garantía inmobiliaria de 30 de julio de 2009, el Sr. y la Sra. Dumitraș no actuaron por razón de vínculos funcionales que tuvieran con Lanca Construcții, correspondiendo al tribunal remitente determinar si el Sr. y la Sra. Dumitraș, como avalistas hipotecarios de dicha sociedad, actuaron con fines relacionados con su actividad profesional y, de no haber actuado con tales fines, extraer de ello todas las consecuencias pertinentes para su eventual calificación de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13. Así ocurriría, en particular, si el Sr. Dumitraș, al convertirse en avalista hipotecario, hubiera actuado por razón de sus vínculos funcionales con Lanca, lo que incumbe determinar al tribunal remitente⁶⁴. El TJUE concluye declarando que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente⁶⁵.

Comentarios. A pesar de que el TJUE manifieste que la respuesta a este asunto se deduce claramente del asunto *Tarcau*, nos parece que las circunstancias concurrentes en el asunto que ahora comentamos complicaban la resolución, por eso entendemos que este auto aporta nuevas ideas. Basamos nuestra postura en el hecho de que en *Tarcau* los fiadores eran los padres del propietario y representante de la sociedad. En ese caso estaba más clara la separación entre la sociedad y los fiadores, que estaban actuando con fines privados y nunca habían tenido relación con la sociedad. Se trataría del supuesto frecuente en el que los padres «acuden en ayuda de su hijo» que precisa de la solvencia de estos y lo hacen convirtiéndose en fiadores del negocio de su hijo, al actuar este a través de su sociedad. Como decimos, está meridianamente claro que los fiadores –los padres–no actúan en el ejercicio de una actividad profesional, sino que actúan con fines privados para ayudar a su hijo. Sin embargo, en *Dumitraș* la situación no es tan clara, por eso la resolución es muy útil. El sr. Dumitraș había sido el administrador y socio único de Lanca

⁶³ *Ibid.*, apdos. 35 a 38.

⁶⁴ *Ibid.*, apdo. 39.

⁶⁵ *Ibid.*, apdo. 40.

que era la prestataria originariamente. La clave está en que al producirse la novación aparece una nueva sociedad, Lanca Constructii, y desaparece del escenario la sociedad del sr. Dumitras, Lanca. No obstante, el sr. Dumitras y su esposa siguen manteniendo su condición de avalistas. Es evidente que alguna circunstancia ocasionó que los sres. Dumitras tuvieran que mantenerse como avalistas de la nueva prestataria y esa circunstancia podía corresponderse con las actividades del sr. Dumitras como administrador único y socio único de Lanca (la predecesora de Lanca Constructii). Corresponde al juez nacional verificar si los Sres. Dumitras han actuado con propósito ajeno a su actividad profesional y carecen de vínculos funcionales con la actual prestataria, pero lo interesante de la resolución es que establece una especie de presunción de que actualmente no tienen esos vínculos a pesar de que en el pasado sí los han tenido. El TJUE parte de la novación del préstamo originario como una etapa diferenciada del préstamo originario y no considera como vínculos funcionales ni como acreditación de haber actuado en el marco de su actividad profesional los precedentes de la novación. Habrá de ser la entidad bancaria la que acredite al juez nacional la existencia de esos vínculos funcionales o que los sres. Dumitras han actuado en el marco de su actividad profesional ⁶⁶.

Caso 5. *Bachman* ⁶⁷⁻⁶⁸: Se considera consumidor a una persona física que ha celebrado una novación con una entidad financiera, actuando al margen de su actividad profesional, sin vínculos funcionales con la sociedad originariamente prestataria.

Hechos. La cuestión prejudicial se formula en el marco de un litigio entre el Sr. Michael Tibor Bachman y la entidad FAER IFN SA, sociedad de

⁶⁶ Circunstancias de esta índole no son infrecuentes. Piénsese, por ejemplo, en supuestos en que un empresario –Sr. D– se jubila y vende el inmueble donde tenía su negocio a una sociedad ajena al mismo. Ha ejercido la actividad empresarial a través de su sociedad de toda la vida que fue la titular del inmueble y la titular del préstamo hipotecario que gravaba el inmueble para cuya constitución la entidad bancaria le exigió su aval personal y el de su esposa, Sra. D –como suele ser habitual–. A la hora de vender el inmueble la sociedad adquirente se ha subrogado en la hipoteca con novación porque no ha encontrado financiación por otros medios. Por las razones que han considerado convenientes, los Sres. D han hecho la operación de venta con subrogación y novación de la sociedad adquirente, aunque el banco se haya negado a prescindir del aval de los Sres. D (por ejemplo, en la decisión de los Sres. D ha influido que el importe de la venta es muy superior al importe del préstamo avalado). De esta forma, el Sr. D y su esposa se encuentran como avalistas de un préstamo cuyo titular es una sociedad con la que no tienen ningún vínculo funcional y teniendo en cuenta que en la escritura de novación ni el Sr. D –recientemente jubilado– ni su esposa han actuado en el marco de su actividad profesional.

⁶⁷ Asunto C-535/16. Auto del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2017. Michael Tibor Bachman contra FAER IFN SA. Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el tribunal especializado de Mures (Rumanía). EU: C:2017:321. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado.

⁶⁸ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas rumano y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

financiación agrícola, en el que se ejercita, por una parte, la acción de nulidad de las medidas adoptadas en un procedimiento de ejecución forzosa seguido como consecuencia de la negativa del interesado de cumplir un contrato de microcrédito celebrado con FAER y, por otra parte, la acción de nulidad de determinadas cláusulas consideradas abusivas contenidas en el citado contrato⁶⁹.

Tras una primera desestimación de la oposición formulada por el Sr. Michael Bachman y varios avatares procesales, la oposición es nuevamente rechazada al no reconocerse la condición de consumidor al Sr. Bachman, decisión contra la cual este recurrió alegando, entre otros motivos, que él no había actuado en el marco de ninguna actividad profesional sino para proteger la vivienda de su madre de la ejecución forzosa inminente al haber quedado dicha vivienda como garantía del préstamo. Teniendo dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión en cuanto a la consideración de la condición o no de consumidor del Sr. Michael Bachman, el Tribunal especializado de Mures planteó cuestión prejudicial, en virtud de la cual deseaba conocer si el artículo 2, apartado b) de la Directiva 93/13 debía ser interpretado en el sentido de que una persona física que, como consecuencia de una novación, se hubiera obligado a la devolución de un préstamo inicialmente concedido a una sociedad para la actividad comercial de esta, pudiera considerarse consumidor a los efectos de esa disposición, cuando esta persona

⁶⁹ Los hechos tienen su origen en dos contratos de microcréditos celebrados en marzo y abril de 2008 por la entidad financiera agrícola FAER, como prestamista, con la entidad Comtrans Edi Srl, como prestataria, cuyo gerente único es el Sr. Lorand Edward Bachman. El importe de los préstamos fue destinado a financiar la actividad de transporte de mercancías, sector al que se dedicaba la entidad prestataria Comtrans Edi Srl. La Sra. Bachman, madre del gerente único de la entidad Comtrans Edi Srl, había suscrito ambos contratos de préstamo en calidad de avalista y constituyendo hipoteca sobre su vivienda para garantizar el pago de ambos créditos. En julio de 2009 el tribunal especializado de Mures inició un procedimiento general de insolvencia contra Comtrans Edi. El TJUE se refiere a «procédure générale d'insolvabilité», por lo que presumimos que se trata de un proceso previsto por la legislación rumana similar a nuestro concurso de acreedores. En diciembre de 2009 es suscrito un contrato de novación de forma que el Sr. Michael Tibor Bachman—hijo de la Sra. Bachman y hermano del Sr. Lorand Edward Bachman— se convierte en el nuevo deudor de los préstamos que son cancelados simultáneamente mediante la concesión de un nuevo crédito al Sr. Michael Tibor Bachman por un importe de 43.160 euros que debe ser devuelto en 117 cuotas mensuales a un interés del 15% anual y al tipo de cambio vigente a la fecha de pago. Se constituye una nueva hipoteca sobre la vivienda de la Sra. Bachman para garantizar la devolución del préstamo. La entidad Comtrans Edi Srl fue dada de baja del Registro mercantil por liquidación, al no haber cumplido las obligaciones relativas al proceso de reestructuración de la deuda. El Sr. Michael Bachman pagó una parte de la deuda (alrededor de 18.000 euros) y posteriormente dejó de cumplir las obligaciones de pago. A resultados de ello, la entidad FAER inició un proceso de ejecución forzosa contra el Sr. Michael Bachman, quien formuló oposición solicitando la nulidad de todos los actos de ejecución y la declaración de nulidad de determinadas cláusulas del contrato consideradas abusivas así como la condena en costas a la contraparte.

física no tuviera vínculos manifiestos con la sociedad y no hubiera actuado en el marco de su actividad profesional, sino en razón de sus vínculos con la persona que controlaba la sociedad y con la persona que había suscrito contratos accesorios a los contratos de créditos iniciales (contrato de hipoteca inmobiliaria).

Doctrina. El TJUE decidió mediante auto motivado, con arreglo al artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento, dado que la respuesta a la cuestión se deduce claramente de su jurisprudencia. El TJUE se remite a la sentencia *Dumitras*⁷⁰ en varias ocasiones al objeto de recordar, entre otras premisas, que la Directiva 93/13 se aplica en función de si el contratante actúa o no en el marco de su actividad profesional, de forma que la noción de consumidor tiene un carácter objetivo en base a un criterio funcional, consistente en apreciar si la relación contractual se inscribe en un marco ajeno al ejercicio de una profesión. Corresponde al juez nacional la apreciación sobre si el contratante tiene la condición de consumidor⁷¹. Analizando el asunto controvertido, el TJUE afirma que se desprende de los autos que el Sr. Michael Bachman ha celebrado con la entidad FAER en diciembre de 2009 la novación del contrato de microcrédito para proteger la vivienda de su madre de una ejecución forzosa inminente⁷². Por tanto, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al juez remitente, resulta que, en el momento de la conclusión de la novación⁷³ y el contrato de microcrédito, el Sr. Michael Bachman no actuó en el marco de su actividad profesional o en razón de vínculos funcionales que tuviera con Comtrans Edi y puede, en consecuencia, ser considerado como consumidor en el sentido del artículo 2.b de la Directiva 93/13⁷⁴.

⁷⁰ Asunto C-534/15. Auto de TJUE de 14 de septiembre de 2016. *Dumitras*.

⁷¹ Corresponde al juez determinar si ha actuado en el marco de su actividad profesional o en razón de sus vínculos funcionales con una sociedad —como la gerencia de la sociedad o participación en la misma—, o bien la persona física ha actuado con fines privados.

⁷² En efecto, se había constituido una hipoteca sobre la vivienda de su madre a favor de FAER mediante un contrato de garantía inmobiliaria accesorio a los contratos de microcréditos celebrados por la entidad Comtrans Edi, sociedad mercantil controlada por el Sr. Lorand Bachman, hermano del Sr. Michael Bachman (Asunto C-535/16. Auto del TJUE de 27 de abril de 2017. Bachman, apdo. 39).

⁷³ Desde la perspectiva de nuestro Derecho se observa una contradicción en cuanto a que se hable en la resolución de «novación» («à la suite d'une novation») a fin de extinguir las obligaciones asumidas por la sociedad. Entendemos que más bien sería una cancelación de las obligaciones de la sociedad deudora mediante un nuevo crédito concedido al hermano del gerente de la sociedad deudora, constituyéndose también una nueva hipoteca sobre la vivienda de la madre de ambos para garantizar el pago del nuevo crédito. En cualquier caso, ello no afecta al sentido de las declaraciones del TJUE.

⁷⁴ *Ibid.*, apdos. 40 y 41. El Sr. Bachman actuó no en razón de la sociedad, sino en razón de sus vínculos con la persona que controlaba esa sociedad, así como con la persona que había firmado los contratos accesorios a los contratos iniciales (contrato de hipoteca inmobiliaria).

Comentarios. El TJUE declaró que se considera consumidor a una persona física que ha celebrado una novación con una entidad financiera, aunque el contrato de préstamo originario fuese suscrito por una persona jurídica dado que la novación no ha sido celebrada en el marco de la actividad profesional del actual titular de la deuda, no teniendo este vínculo con la sociedad originaria, sino que la causa de la novación estriba en el hecho de que es hijo de la persona que figura como garante de la obligación al haberse constituido hipoteca sobre la vivienda de su madre y que es hermano de la persona que controlaba la sociedad que figuró originariamente como prestataria. El TJUE vuelve a dar a entender –siguiendo la línea de la anterior *Dumitras*⁷⁵ y de la que precedió a esta, *Tarcau*⁷⁶– que el concepto de consumidor ha de ser interpretado de una forma amplia, viniendo a confirmar una especie de presunción de que una persona física lo es, siendo el profesional opuesto en el procedimiento judicial nacional el que tiene que demostrar que esa persona física ha celebrado el contrato en el marco de su actividad profesional o tiene vínculos funcionales actuales con la sociedad que suscribió ese contrato originariamente para dejar de estar investido de la condición de consumidor. Llama la atención que en el fallo del asunto *Bachman* el TJUE no haga referencia alguna al juez nacional como encargado de comprobar la existencia o no de vínculos con la sociedad que recibió el préstamo originariamente. Aunque en el apartado 40 del auto introduzca la habitual expresión «sin perjuicio de las comprobaciones que corresponden efectuar al tribunal remitente», en el fallo no hace referencia alguna a las comprobaciones del juez nacional y parece que en este asunto el TJUE da por hecho que no existe esa vinculación⁷⁷. La situación examinada en el caso ahora comentado es incluso más clara que la existente en *Dumitras*, ya que en ese asunto los litigantes habían tenido antes vinculación con la sociedad que originariamente era titular del préstamo. En *Bachman* parece evidente que el litigante, Sr. Michael Bachman, nunca ha tenido relación con la sociedad que era titular de préstamo y, dado que suscribe la novación fuera de su actividad profesional, ha de ser considerado consumidor y la relación contractual se va a desarrollar en el ámbito de la Directiva 93/13, lo cual da pie a que se pueda discutir en el pleito principal la eventual naturaleza abusiva de una o varias cláusulas de la novación.

⁷⁵ Asunto C-534/15. Auto de TJUE de 14 de septiembre de 2016. *Dumitras*.

⁷⁶ Asunto C-74/15. Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015. *Tarcau*.

⁷⁷ Creemos que el hecho de que el TJUE se refiera a que «puede ser» considerado como consumidor (apdo. 41) no desvirtúa nuestra la impresión de que el TJUE deja poco margen al criterio del juez nacional.

Caso 6. *Pouvin y Dijoux*⁷⁸: El empleado de una empresa y su cónyuge, que celebran con dicha empresa un contrato de préstamo reservado a empleados y destinado a financiar la adquisición de un inmueble para fines privados, deben considerarse «consumidores» a los efectos del artículo 2.b) de la Directiva 93/13. La empresa es «profesional», en el sentido del artículo 2.c) de dicha Directiva, aunque la concesión de préstamos no constituya su actividad principal.

Hechos. En el litigio principal la empresa Electricité de France demandó al matrimonio formado por su ex empleado, el sr. Pouvin, y la Sra. Dijoux, en reclamación del capital pendiente, intereses e indemnización en virtud de una cláusula penal contractual de resolución automática estipulada en el préstamo hipotecario concedido por la empresa para que el sr. Pouvin y la Sra. Dijoux adquiriesen una vivienda. La cláusula preveía que si el prestatario causaba baja en la empresa el reembolso se hacía exigible con efectos inmediatos⁷⁹. Las cantidades a cuyo pago fueron condenados los demandados

⁷⁸ Asunto C-590/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de marzo de 2019. Henri Pouvin, Marie Dijoux, de casada Pouvin, contra Électricité de France (EDF). Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Casación, Francia, EU: C:2019:232. El Abogado General Sr. Michal Bobek presentó sus conclusiones el 15 de noviembre de 2018.

⁷⁹ En abril de 1995, la entidad EDF concedió al Sr. Pouvin, empleado de dicha sociedad, y a su esposa, la Sra. Dijoux y, de casada, Pouvin (en lo sucesivo, «prestarios») un préstamo del plan de ayuda al acceso a la propiedad por importe de 57.625,73 euros para financiar la adquisición de su vivienda principal, préstamo reembolsable en 240 mensualidades repartidas en dos períodos de amortización de diez años, al tipo respectivo del 4,75 % y del 8,75 %. La cláusula 7 de dicho contrato de préstamo estipulaba que el contrato se resolvería automáticamente en caso de que el prestatario dejase de pertenecer al personal de EDF, cualquiera que fuese la causa. En virtud de dicha cláusula el capital prestado sería inmediatamente exigible en caso de resolución del contrato de trabajo, aunque los prestatarios no hubiesen incumplido sus obligaciones. Al haber dimitido el Sr. Pouvin de su puesto de trabajo en EDF el 1 de enero de 2002, los prestatarios dejaron de pagar las cuotas del préstamo. El 5 de abril de 2012, en aplicación de la citada cláusula de resolución automática del contrato de préstamo, esta entidad reclamó a los prestatarios el pago de la cantidad de 50.238,37 euros restantes adeudados a 1 de enero de 2002 en concepto de principal e intereses, así como la cantidad de 3.517 euros en virtud de la cláusula penal. Mediante sentencia de 29 de marzo de 2013, el Tribunal de Primera Instancia de Saint-Pierre, declaró abusiva la cláusula de resolución automática del contrato de préstamo y desestimó la demanda de EDF por la que solicitaba que se declarase la resolución automática de dicho contrato. Al mismo tiempo, el referido órgano jurisdiccional declaró la resolución del mismo contrato por impago de las cuotas del préstamo y condenó a los prestatarios a pagar solidariamente a EDF la cantidad de 44.551,84 euros, más intereses del 6 % a contar desde el 5 de abril de 2012, así como la cantidad de 3.118,63 euros, más intereses al tipo del 6 % a calcular a partir de la fecha de la sentencia, en concepto de daños y perjuicios sufridos por EDF por el incumplimiento de los prestatarios. Mediante sentencia de 12 de septiembre de 2014, el Tribunal de Apelación de Saint-Denis, anuló la sentencia de 29 de marzo de 2013 y declaró que la resolución automática del contrato controvertido se produjo el 1 de enero de 2002. Por consiguiente, condenó a los prestatarios a pagar a EDF la cantidad de 50.238,37 euros, más intereses al tipo del 6 % a calcular desde el 1 de enero de 2002, debiendo reducirse este importe en las cantidades pagadas después de esa fecha. Además, el referido tribunal condenó a los prestatarios a pagar a EDF la cantidad de 3.517 euros, más los intereses legales a partir del 1 de enero de 2002, en virtud de la cláusula penal pactada. El referido órgano jurisdiccional consideró que el artículo L. 132-1 Código de consumo no era aplicable al caso de autos, puesto que EDF había celebrado el contrato de préstamo en su condición de empresario, por lo que no

en apelación fueron superiores a las resultantes en primera instancia, porque el tribunal de apelación no reconoció la condición de estos como consumidores y la de la empresa demandante como profesional. Recurrida en casación la sentencia por parte de los prestatarios, el Tribunal de Casación planteó cuestión prejudicial para resolver sus dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión preguntando esencialmente, si el artículo 2, letras b) y c), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, el empleado de una empresa y su cónyuge, que celebran con dicha empresa un contrato de préstamo, reservado, principalmente, a los miembros del personal de dicha empresa, destinado a financiar la adquisición de un inmueble con fines privados, deben considerarse «consumidores», en el sentido de dicho artículo 2, letra b), y si, por otra parte, en lo que respecta a la concesión de dicho préstamo, esa misma empresa debe considerarse «profesional», en el sentido del referido artículo 2, letra c).

Doctrina. El TJUE analiza en primer lugar las consecuencias de que las partes hayan tenido una relación laboral, dado que la Directiva 93/13 excluye los contratos de trabajo de su ámbito de aplicación con arreglo a su considerando décimo. El TJUE se remite a lo dicho en *Karel de Grote*⁸⁰ para afirmar que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional⁸¹. También se remite a *Costea*⁸² para señalar que incluso un abogado, aunque se considere que dispone de un alto nivel de competencias técnicas, puede ser calificado de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional⁸³, de forma que esa concepción amplia del concepto de «consumidor» del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, permite garantizar la protección que otorga esa Directiva a todas las personas físicas que se encuentren en una situación de inferioridad con respecto al profesional. En relación con el litigio principal el TJUE declara que de las consideraciones anteriores resulta que el hecho de que una persona física concluya con su empresario un contrato distinto del de trabajo no obsta, como tal, a que esa persona sea calificada

podía ser considerada «profesional» en el sentido de dicho artículo. Los prestatarios interpusieron recurso de casación contra dicha sentencia, alegando que actuaron en condición de consumidores e invocando la jurisprudencia del Tribunal de Casación, según la cual es abusiva la cláusula que establece el vencimiento del préstamo por una causa ajena al contrato.

⁸⁰ Asunto C-147/16. STJUE de 17 de mayo de 2018, *Karel de Grote*.

⁸¹ Asunto C-590/17. STJUE de 21 de marzo de 2019. *Pouvin y Dijoux*, apdo. 23.

⁸² Asunto C-110/14. STJUE de 3 de septiembre de 2015. *Costea*.

⁸³ Asunto C-590/17. STJUE de 21 de marzo de 2019. *Pouvin y Dijoux*, apdo. 27.

de «consumidor» en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13. Siguiendo al Abogado General Sr. Bobek⁸⁴, indica el TJUE que el hecho de que determinados tipos de contratos de consumo se reserven a ciertos colectivos de consumidores no priva a estos de su condición de «consumidores», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 y la exclusión del ámbito de aplicación de dicha Directiva de los numerosos contratos concluidos por consumidores con sus empresarios privaría a la totalidad de esos consumidores de la protección conferida por la Directiva. Añade el TJUE otro argumento –expuesto por el Abogado General– en el sentido de que un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal no regula una relación laboral ni versa sobre las condiciones de trabajo, por lo que no puede calificarse de «contrato de trabajo»⁸⁵. El TJUE se refirió también el concepto de «profesional»⁸⁶. Sostiene el TJUE que, aunque la actividad principal de un empresario como EDF no consista en ofrecer instrumentos financieros, sino en suministrar energía, dicho empresario dispone de información y competencias técnicas, así como de recursos humanos y materiales que una persona física, a saber, la otra parte contratante, no tiene necesariamente a su disposición.

La interpretación amplia del concepto de «profesional», en el sentido de la referida disposición, sirve para alcanzar el objetivo de dicha Directiva consistente en proteger al consumidor como parte más débil del contrato celebrado con un profesional y en restablecer el equilibrio entre las partes⁸⁷. El TJUE concluye que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en

⁸⁴ Asunto C-590/17. Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek presentadas el 15 de noviembre de 2018.

⁸⁵ Asunto C-590/17. STJUE de 21 de marzo de 2019. *Pouvin y Dijoux*, apdos. 29 a 32.

⁸⁶ *Ibid.*, apdos. 33 a 38. En cuanto al concepto de «profesional», también controvertido en el litigio principal, recuerda el TJUE que el legislador de la Unión pretendió conferir al referido concepto un sentido amplio, deteniéndose en la utilización del término «toda» en dicha disposición, lo que pone de manifiesto que cualquier persona física o jurídica debe tener la consideración de «profesional», en el sentido de la Directiva 93/13, si ejerce una actividad profesional, como ya tenía declarado el TJUE en *Karel de Grote*, de forma que ese concepto abarca toda actividad profesional, «ya sea pública o privada». Por lo tanto, el artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 es aplicable a las entidades que actúen con o sin ánimo de lucro, sin excluir a las que cumplen una misión de interés general. Añade el TJUE que el concepto de «profesional», en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13, es un concepto funcional que exige apreciar si la relación contractual forma parte de las actividades que una persona ejerce con carácter profesional. El Tribunal de Justicia recuerda que tiene declarado que una entidad educativa, que concede a un estudiante una prestación complementaria y accesoria a su actividad principal, consistente, en esencia, en un contrato de crédito, puede considerarse, en lo que se refiere a esa prestación, un «profesional», en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13, existiendo en ese caso, en principio, una desigualdad entre la entidad educativa y el estudiante, a causa de la asimetría entre estas partes en lo que se refiere a la información y a las competencias técnicas al disponer una entidad como esta de una organización permanente y de competencias técnicas de las que no dispone necesariamente el estudiante, que actúa con fines privados y que se enfrenta incidentalmente a un contrato de este tipo.

⁸⁷ *Ibid.*, apdo. 42.

el sentido de que el empleado de una empresa y su cónyuge, que celebran con dicha empresa un contrato de préstamo reservado principalmente a los miembros del personal de la referida empresa y destinado a financiar la adquisición de un inmueble para fines privados, deben considerarse «consumidores», en el sentido de dicha disposición⁸⁸.

Comentarios. Consideramos que no había otra respuesta que la dada por el TJUE. A nuestro modo de ver, es vital configurar el contrato de préstamo bajo el manto protector de la Directiva 93/13, considerando a los prestatarios como consumidores y a la entidad prestamista como profesional, para que la cláusula pueda ser eventualmente calificada como abusiva por el importante desequilibrio que genera entre las partes⁸⁹. Nuestro razonamiento difiere de la postura del Abogado General que considera que «el único criterio determinante para determinar si se trata de un contrato celebrado con

⁸⁸ Tras recibir la respuesta del TJUE, la sala primera de la Cour de cassation dictó sentencia en audiencia pública de 5 de junio de 2019 (recurso de apelación 16-12519; Sentencia de la Cour de cassation ECLI: FR: CCASS:2019: C100526. Disponible en: www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038629609&fastReqId=612468098&fastPos=2).

En virtud de dicha sentencia consideró que la decisión del Tribunal de Apelación de Saint-Denis había infringido el artículo L. 132-1 del código de consumo y el artículo 2 en sus apartados b) y c) de la Directiva 93/13, por lo que casaba y anulaba la sentencia de dicho Tribunal de Apelación de Saint-Denis de fecha 12 de septiembre de 2014. Considera la Cour de cassation que la cláusula que prevé la resolución del contrato de préstamo por una causa exterior al propio contrato de préstamo (resolución de la relación laboral) crea un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, expuesto así a un repentino empeoramiento de los plazos de reembolso y a un cambio sustancial en las condiciones económicas del contrato de préstamo. Por todo ello, la Cour de cassation constata el carácter abusivo de la cláusula 7 del préstamo que estipulaba que el contrato se resolvería automáticamente en caso de que el prestatario dejase de pertenecer al personal de EDF. De esta forma, la Cour de cassation declara que esa cláusula se tiene por no escrita y reenvía la causa al Tribunal de Apelación de Saint-Denis de la Réunion, para que decida sobre los otros puntos en litigio.

⁸⁹ No era objeto de la cuestión las indicaciones sobre la naturaleza de la cláusula de resolución del contrato de préstamo en caso de resolución de la relación laboral por lo que el TJUE no ha entrado en ello, pero es fácil deducir su carácter abusivo por muchas razones. La empresa se aprovecha de su situación como empleador dándose la circunstancia de que la resolución implica la devolución del préstamo en su totalidad por lo que está poniendo al prestatario-trabajador en una posición de inferioridad absoluta. El empleador va a poder manejarlo como quiera ante el temor de la resolución del contrato de préstamo. Es evidente que la relación laboral está vinculada a la relación profesional-consumidor, pero eso no significa que el contrato no entre en el ámbito de la Directiva, sino que el contrato precisa con toda necesidad de la protección de la Directiva 93/13. Es el sentido común el que nos conduce a ese resultado. Se trata de analizar la relación de forma objetiva, observando que, a la desigualdad propia del diferente posicionamiento que ocupan los prestatarios frente a una empresa de envergadura con enormes medios, asesores jurídicos, etc., que ofrece a sus empleados un préstamo o producto estandarizado y que constituye el resultado del análisis y del trabajo de varios de sus departamentos (al menos, departamento legal, económico y recursos humanos), se une la desigualdad propia de la relación entre empleador y empleado. Ambas desigualdades tienen un nexo de unión representado por el préstamo suscrito y una manifestación «grosera» de ese desequilibrio está constituida por una cláusula que prevé que la resolución de la relación laboral conlleva la resolución del préstamo, cuya consecuencia inmediata es la necesidad de devolución de la integridad del mismo.

consumidores [...] consiste simplemente en la concurrencia de dos requisitos acumulativos: a) si se trata de un contrato y b) si ha sido celebrado por una parte *al margen* de su actividad profesional (el consumidor) y por la otra parte *dentro* del marco de su actividad profesional (el profesional)»⁹⁰. A nuestro modo de ver, sí hay que tener en cuenta el contexto en el que desarrolla la doble relación. Es en ese marco en el que hay que evaluar la cualidad de empleador-profesional y de trabajador-consumidor, al ser realidades que no se pueden independizar, la relación laboral está vinculada a la relación derivada de la existencia del préstamo.

Caso 7. *Condominio di Milano, via Meda*⁹¹: Es conforme con la Directiva 93/13 la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano que interpreta la normativa destinada a transponer al Derecho interno esa Directiva de manera que las normas de protección de los consumidores que contiene se aplican también a las comunidades de propietarios, a pesar de que en el ordenamiento jurídico italiano la comunidad de propietarios no sea ni persona física ni persona jurídica, dado que la Directiva 93/13 permite que los Estados miembros garanticen un mayor nivel de protección.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre una comunidad de propietarios de un inmueble y una empresa, en relación con el pago de intereses de demora reclamados a la comunidad por la ejecución de un contrato de suministro de energía térmica⁹². La comunidad de propietarios formuló oposición al requerimiento de pago ante el órgano jurisdiccional remitente, alegando que era un consumidor, en el sentido de la Directiva 93/13, y que la cláusula prevista en el artículo 6.3 del citado contrato presentaba un carácter abusivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que esa cláusula era efectivamente abusiva y que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, podía anularla de oficio. No obstante, ese órgano jurisdiccional albergaba dudas acerca de la posibilidad de considerar que una comunidad de propietarios de un

⁹⁰ Asunto C-590/17. Conclusiones del Abogado General, apdo. 31.

⁹¹ Asunto C-329/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de abril de 2020. *Condominio di Milano, via Meda* contra Eurothermo SpA., Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale di Milano -Tribunal Ordinario de Milán-, (Italia). EU: C:2020:263.

⁹² En abril de 2010, el condominio Meda, sito en Milán, representado por su administrador, celebró con Eurothermo un contrato para el suministro de energía térmica cuya cláusula contenida en el artículo 6.3 prevé que, en caso de demora en el pago, el deudor deberá pagar «intereses de demora al 9,25 % a partir del vencimiento del plazo de pago del saldo». En abril de 2016, Eurothermo requirió al condominio Meda el pago de la cantidad de 21.025,43 euros, correspondiente a intereses de demora en el pago de una deuda derivada de ese contrato y calculados sobre el capital vencido el 17 de febrero de 2016.

inmueble, como el condominio en Derecho italiano, estuviera comprendida en la categoría de consumidores, en el sentido de la Directiva 93/13, por lo que formuló la cuestión prejudicial⁹³. Según reformulación del TJUE, el órgano remitente preguntaba, en esencia, si los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional que interpreta la normativa destinada a transponer al Derecho interno esa Directiva de modo que las normas de protección de los consumidores que contiene se aplican también a un contrato celebrado por un sujeto de Derecho como el condominio en Derecho italiano con un profesional.

Doctrina. El TJUE analiza el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 en orden a determinar si un sujeto de Derecho que no es persona física puede estar comprendido dentro del concepto de consumidor. Los dos requisitos exigidos de modo acumulativo por el artículo 2.b) son que se trate de una persona física y que ejerza su actividad con fines no profesionales. Analizando el primero de los requisitos, el TJUE recuerda que, con arreglo a su jurisprudencia, una persona distinta de una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada un consumidor en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13⁹⁴. De ello, deduce el TJUE que una comunidad de propietarios, como la demandante en el litigio principal, queda

⁹³ El juez italiano citó la jurisprudencia de la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación italiano) con arreglo a la cual, por un lado, ese tipo de comunidades de propietarios, pese a no tratarse de personas jurídicas, tienen la condición de «sujeto de Derecho autónomo». Por otro lado, según la misma jurisprudencia, las normas de protección de los consumidores se aplican a los contratos celebrados entre un profesional y un administrador de una comunidad de propietarios, definida como una «entidad de gestión carente de personalidad jurídica distinta de la de sus participantes», habida cuenta de que este actúa por cuenta de los distintos copropietarios, los cuales deben considerarse consumidores. El juez remitente también mencionó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la sentencia de 22 de noviembre de 2001, *Cape e Ideal-service MN RE* (C-541/99 y C-542/99, EU: C:2001:625), en virtud de la cual el concepto de «consumidor» debe basarse en la naturaleza de persona física del sujeto de Derecho de que se trate. No obstante, según ese órgano jurisdiccional, el hecho de excluir la aplicabilidad de la Directiva 93/13 por la mera razón de que la persona de que se trate no es ni una persona física ni una persona jurídica podría privar de protección a determinados sujetos de Derecho, en los supuestos en que exista una situación de inferioridad respecto del profesional que justifique la aplicación del régimen sobre la protección de los consumidores. En esas circunstancias, el juzgado formuló cuestión prejudicial en los siguientes términos: «¿El concepto de consumidor en el sentido de la Directiva [93/13] impide que se califique como consumidor a un sujeto de Derecho (como la comunidad de propietarios en el ordenamiento jurídico italiano) que no está comprendido ni en el concepto de persona física ni en el de persona jurídica, cuando tal sujeto de Derecho celebra un contrato para fines ajenos a la actividad profesional y se encuentra en una situación de inferioridad en relación con el profesional, tanto con respecto a la capacidad de negociación como a la capacidad de información?».

⁹⁴ El TJUE —centrándose en el asunto planteado— observa que una comunidad de propietarios, en el ordenamiento jurídico italiano, es un sujeto de Derecho que no es ni una «persona física» ni una «persona jurídica». A ello añade que el concepto de propiedad no está armonizado en el Derecho de la Unión Europea, de forma que mientras que el legislador de la Unión no intervenga al respecto, los Estados miembros mantienen su libertad de regular el régimen jurídico de la comunidad de propietarios en sus ordenamientos jurídicos nacionales respectivos, calificándola o no como «persona jurídica» (*Ibid.*, apdos. 22 a 28).

excluida del ámbito de protección de la citada Directiva⁹⁵. Pero el TJUE da un giro al asunto al analizar lo que verdaderamente es el *quid* de la cuestión: determinar si la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Casación italiano, al interpretar la normativa destinada a transponer al Derecho interno la Directiva 93/13 de manera que las normas de protección de los consumidores que contiene se aplican también a un contrato celebrado por un sujeto de Derecho como el condominio en Derecho italiano con un profesional, contradice el espíritu del sistema de protección de los consumidores en el seno de la Unión. El TJUE invoca el artículo 169 TFUE, apartado 4, conforme al cual los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas de protección de los consumidores más estrictas, siempre que sean compatibles con los Tratados, así como el duodécimo considerando de la Directiva 93/13, que señala que esta efectúa una armonización parcial y mínima de las normativas nacionales relativas a las cláusulas abusivas, dejando la posibilidad a los Estados miembros, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de esa Directiva⁹⁶. Por tanto, aunque un sujeto de Derecho como el condominio en Derecho italiano no está comprendido en el concepto de «consumidor» en el sentido del artículo 2.b) de la Directiva 93/13, los Estados miembros pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación, siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice

⁹⁵ Incluso el TJUE se refiere a la diferencia entre este asunto y el resuelto en la sentencia *EVN Bulgaria Toplofikatsia* (Asuntos acumulados C-708/17 y C-725/17. STJUE de 5 de diciembre de 2019, *EVN Bulgaria Toplofikatsia*). En este último, el TJUE determinó que los contratos de suministro de energía térmica que abastecen un edificio en régimen de propiedad horizontal estaban comprendidos en la categoría de contratos celebrados entre un consumidor y un profesional, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2011/83, teniendo en cuenta que esos contratos habían sido celebrados por los propios copropietarios y no, como en el litigio principal del presente asunto, por la comunidad de vecinos, representada por el administrador (As. C-329/19. STJUE de 2 de abril de 2020, *Condominio de Milano, via Meda*, apdos. 29 y 30).

⁹⁶ Además, en virtud del artículo 8 de la Directiva 93/13, los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la Directiva 93/13 disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Finalmente, el TJUE también trae a colación el considerando 13 de la Directiva 2011/83 que establece que la aplicación de las disposiciones de esa Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación sigue siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. Por ello, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la citada Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean consumidores en el sentido de ésta (apdos. 31 a 34). Tras esa argumentación, resulta obligado el razonamiento del TJUE en el sentido de que lo que ha hecho el Tribunal Supremo de Casación italiano ha sido pretender incrementar la protección del consumidor al desarrollar una línea jurisprudencial que amplía el ámbito de aplicación de la protección prevista por la Directiva 93/13 a un sujeto de Derecho, como el condominio en Derecho italiano, que no es una persona física, con arreglo al Derecho nacional. El TJUE afirma que esa línea jurisprudencial responde al objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13.

un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados⁹⁷. El TJUE concluye que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que interpreta la normativa destinada a transponer al Derecho interno esa Directiva de manera que las normas de protección de los consumidores que contiene se aplican también a un contrato celebrado por un sujeto de Derecho como el condominio en Derecho italiano con un profesional, aunque ese sujeto de Derecho no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva⁹⁸.

Comentarios. Resulta ilustrativo analizar el mecanismo seguido por el TJUE. Primero ha planteado si la comunidad de propietarios entra o no dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, respondiendo categóricamente que al no ser persona física no está incluida dentro del concepto de consumidor de la Directiva 93/13, quedando excluida de su ámbito de aplicación. El siguiente paso es comprobar si la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de Casación italiano es conforme con la Directiva 93/13 al darle a las comunidades de propietarios el tratamiento propio de los consumidores. La respuesta es que sí, por cuanto que lo que hace es establecer medidas más estrictas, compatibles con el Tratado, garantizando un mayor nivel de protección. Por tanto, la jurisprudencia italiana extiende los beneficios de la normativa de protección de consumidores a un sector que no entra dentro de la consideración de consumidor como es el compuesto por las comunidades de propietarios o condominios. A primera vista, el razonamiento del TJUE parece impecable, pero si se analiza en profundidad pueden surgir dudas sobre el mismo. Así, en esta sentencia se constata que, a criterio del TJUE, también son «disposiciones más estrictas» las líneas jurisprudenciales que interpretan la norma nacional de transposición de manera más estricta, proporcionando mayor protección a los consumidores⁹⁹. La interpretación del TJUE parece responder a la expresión «medidas más estrictas» utilizada por el artículo 169.4 del TFUE. Hasta ahí, el problema no es

⁹⁷ C-329/19. STJUE de 2 de abril de 2020, *Condominio de Milano, via Meda*, apdos. 35 a 37.

⁹⁸ *Ibid.*, apdo. 38.

⁹⁹ Ello a pesar de que no parece que en la mente del legislador comunitario figurasen «las líneas jurisprudenciales» cuando promulgó preceptos como el artículo 8 bis de la Directiva 93/13 –introducido por la Directiva 2011/83– que obliga al Estado miembro que adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8 (disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección) a informar a la Comisión. Es más, no creemos que el Estado italiano haya informado a la Comisión sobre la línea jurisprudencial referida en la cuestión prejudicial. En definitiva, vemos que lo que el legislador comunitario configura únicamente como disposiciones es interpretado de una forma amplia por el TJUE considerando como tales otras medidas como una doctrina jurisprudencial del tribunal supremo de un Estado miembro.

significativo y se limita al hecho de que el TJUE ofrece una interpretación amplia de la expresión «disposiciones más estrictas» que puede ser más o menos discutible. Sin embargo, a nuestro modo de ver, mayores dudas surgen por el hecho de que el TJUE asimila dos conceptos que parecen diferenciados sin facilitar argumentación al respecto y sin ni siquiera advertirlo. En efecto, el TJUE concibe como «disposiciones más estrictas» para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección lo que realmente es extender los beneficios previstos para los consumidores a otros sujetos no consumidores que son las comunidades de propietarios. En mi opinión, es discutible que ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 a sujetos que no son consumidores sea una medida para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Más bien se trata de dar la protección propia de los consumidores a sujetos merecedores de esa protección porque se encuentran en una situación de desequilibrio frente a los profesionales. Son, por tanto, ideas diferenciadas que tendrían que haber sido expuestas como tales por el TJUE¹⁰⁰. En cualquier caso, parece que el TJUE se ha apartado de un análisis formalista de la cuestión, optando por buscar una solución práctica al problema, postura que elogiamos, si bien estimamos que el TJUE debería haber constatado las diferencias entre los conceptos manejados y debería haber argumentado en profundidad el nexo de unión entre ambos y la conclusión alcanzada. Las dudas que plantea el ordenamiento italiano no se plantean en el español, donde el legislador tomó cuenta de la jurisprudencia favorable a considerar a las comunidades de propietarios como consumidor¹⁰¹,

¹⁰⁰ En ese sentido podría argumentarse que la Directiva 2011/83 recoge por un lado la posibilidad de que los Estados miembros amplíen el ámbito de aplicación de la misma a sujetos no consumidores (considerando 13) y, por otro, que se trata de una directiva de máximos o de armonización plena, prohibiendo a los Estados miembros introducir disposiciones más estrictas «para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores» (artículo 4). Es cierto que añade la *coletilla* «salvo disposición en contrario de la presente Directiva», pero no nos parece que el legislador comunitario conciba la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva a otros sujetos exactamente como una disposición más estricta para garantizar un nivel más elevado de protección a los consumidores sino como un mecanismo para dotar de mayor protección a sujetos que lo necesiten a criterio de cada Estado miembro. Desde un punto de vista formalista, cabría sostener que esas «disposiciones más estrictas» del artículo 8 de la Directiva 93/13 deberían tener como destinatarios a los consumidores (reza el precepto «con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección», artículo 8) lo que no se cumpliría ya que en la legislación italiana las comunidades de propietarios no son consumidores.

¹⁰¹ Según se desprende de la sentencia, el artículo 3.1 del Código de consumo italiano define al «consumidor» como «la persona física que actúa con un propósito ajeno a la actividad empresarial, comercial, artesanal o profesional que eventualmente ejerza», refiriéndose, por tanto, exclusivamente a personas físicas, sin incluir a las entidades sin personalidad jurídica. Ello representa una diferencia sustancial con la regulación prevista en nuestro ordenamiento jurídico ya que el legislador español, según la nueva redacción dada por la Ley 3/2014, establece en el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), que «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 particular en lo relativo a cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores ¹⁰². El Tribunal Supremo español ha tenido en cuenta *Condominio de Milano* en varias de sus sentencias. Así, reproduce literalmente hasta cuatro apartados de la sentencia del Tribunal de Justicia en un asunto en el que fue demandada una comunidad de propietarios para justificar que esta «actuó bajo el estatuto propio de consumidora en la contratación del arrendamiento de servicios controvertido» (fundamento jurídico quinto de la STS 201/2021 de 13 de abril, ES: TS:2021:1349). También alude el Alto Tribunal a *Condominio de Milano* en la STS 712/2022 de 26 de octubre, ES: TS:2022:3846, en la que se refiere al cambio de redacción operado por el artículo 3 del TRLGDCU mediante la Ley 3/2014 ¹⁰³ al introducir el requisito negativo con respecto a personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica consistente en que el ánimo de lucro excluye la condición de consumidor. Al haberse suscrito el contrato controvertido antes de la entrada en vigor de esa modificación del artículo 3 del TRLGDCU señala el Tribunal Supremo que no se exigía la inexistencia de ánimo de lucro como requisito para ostentar la condición de consumidor ni por parte de las personas físicas que figuraban como prestatarios en la escritura de préstamo hipotecario ni por parte de la comunidad de bienes que integraban estas personas físicas.

Caso 8. *X Bank* ^{104 - 105}: La protección prevista por la Directiva 93/13 beneficia a todo consumidor y no únicamente al que puede ser considerado como «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

Hechos. Esta petición se presentó en el marco de un litigio que enfrenta a cuatro consumidores prestatarios (MN, DN, JN, ZN) con X Bank S. A. en

¹⁰² MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 15.

Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/65>

¹⁰³ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Publicada en *BOE* de 28 de marzo de 2014.

¹⁰⁴ Asunto C-198/20. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 10 de junio de 2021, MN, DN, JN, ZN contra X Bank S. A., en presencia de Rzecznik Praw Obywatelskich (Defensor del Pueblo). Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Varsovia, segunda sala civil, Polonia. Este asunto fue juzgado mediante auto motivado, por lo que no procedía la presentación de conclusiones por parte de la Abogada General Sra. Kokott, a la que le fue asignado. EU: C: 2021:481.

¹⁰⁵ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas polaco y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

relación al carácter presuntamente abusivo de varias cláusulas contenidas en un contrato de préstamo celebrado entre las partes ¹⁰⁶.

Según la reformulación efectuada por el TJUE, mediante su primera cuestión –que fue la única contestada por el TJUE al no haber lugar a responder a las otras dos–, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la protección prevista por la Directiva 93/13 beneficia a todo consumidor o solamente al que puede ser considerado como un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Doctrina. Recuerda el TJUE que la noción de consumidor tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que la persona afectada pueda tener o de las informaciones de las que esta persona disponga. Señala el Tribunal de Luxemburgo que la calificación de una persona como consumidor en el sentido del artículo 2 b) de la Directiva 93/13 no depende de su comportamiento, aunque haya sido negligente, al celebrar el contrato de préstamo. El TJUE observa que la situación de desigualdad entre el consumidor y el profesional únicamente puede compensarse mediante una intervención positiva externa a las partes del contrato y que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a fin de compensar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

Aclara el TJUE que en el apartado 74 de la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* –mencionado por el tribunal remitente–, no limitó el alcance del régimen de protección de los consumidores previsto por la Directiva 93/13 solo para los consumidores medios, normalmente informados y razonablemente atentos y perspicaces. Sigue explicando el TJUE que en esa sentencia se refería a la interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, y, en particular, al significado que debe atribuirse a los términos «objeto principal del contrato» y «retribución», así como sobre el alcance de la exigencia de redactar una cláusula contractual de forma clara y comprensible, manteniéndose, en este

¹⁰⁶ En julio de 2008 los prestatarios firmaron un contrato de préstamo con duración de 30 años para la compra de un inmueble, siendo el importe prestado de 150.000 PLN (alrededor de 32.800 euros) indexado en francos suizos. El reembolso del préstamo se efectuaba en cuotas mensuales, cuyo monto se expresaba en francos suizos, pero el pago se efectuaba en moneda nacional al precio de venta de la divisa según la tabla de tipos de cambio vigentes en el banco en el día de reembolso. En 2018, los prestatarios interpusieron un procedimiento a fin de obtener la declaración de la nulidad del contrato de préstamo y el abono por parte del banco del equivalente a unos 10.175 euros más intereses y gastos del procedimiento. El juzgado remitente se pregunta sobre la posibilidad de que los prestatarios puedan beneficiarse de la protección de la Directiva 93/13 en una situación en la que solo uno de los cuatro prestatarios ha firmado el contrato de préstamo, dos de ellos no han leído el contrato y uno lo leyó posteriormente a su firma. Señala el juzgado remitente que podría considerarse que esos prestatarios no constituyen consumidores medios, normalmente informados y razonablemente atentos y perspicaces.

punto 74, que, en lo que atañe a las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera especificadas por la cláusula en cuestión, incumbe al tribunal remitente determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo.

Siguiendo con la explicación didáctica sobre lo declarado en *Kasler*, el TJUE dice que, en dicha sentencia, consideró que en el marco de la apreciación que corresponde al órgano jurisdiccional remitente para determinar si una cláusula contractual estaba redactada de forma clara y comprensible, en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, dicho tribunal debe tomar como criterio de apreciación el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. De ello se deduce que es únicamente en el marco de la apreciación por el órgano jurisdiccional nacional del carácter transparente de una cláusula contractual que este último se refiere al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Concluye el TJUE declarando que la protección prevista por la Directiva 93/13 beneficia a todo consumidor, y no solo a aquel que puede ser considerado como un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

Comentarios. La contestación del TJUE era más que evidente. El tribunal polaco mezcla problemas absolutamente distintos. Una cuestión es quién resulta protegido por la Directiva 93/13, es decir, quién es el destinatario de la Directiva. La respuesta obvia es que se trata del consumidor y el artículo 2.b) determina quién ostenta la cualidad de consumidor. Otra cuestión totalmente diferente atañe al concepto de «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», que es un concepto creado por el TJUE para que el juez nacional pueda valorar la transparencia de una cláusula. No parece necesario conocer en profundidad la jurisprudencia del TJUE y la mecánica de aplicación de la Directiva 93/13 para deducir que esta debe ser aplicada a cualquier consumidor, sea negligente o no lo sea, puesto que el concepto de consumidor establecido por el artículo 2.b) –como no podía ser de otra

manera— no exige que el consumidor tenga que estar normalmente informado y ser razonablemente atento y perspicaz. Como dice el TJUE, la condición de consumidor no depende de su comportamiento en la celebración del contrato. En vista de que el tribunal remitente ha interpretado erróneamente¹⁰⁷ lo dicho por el TJUE en *Kasler*, el Tribunal de Justicia se ve en la obligación de explicar qué es lo que había declarado en dicha sentencia. De nuevo, nos encontramos con interpretaciones equivocadas de resoluciones del Tribunal de Justicia por parte de tribunales nacionales por lo que la labor didáctica del TJUE en este auto es encomiable. Ello también demuestra lo necesario que resulta reforzar la formación a jueces y operadores jurídicos en materia del correcto entendimiento de la jurisprudencia del TJUE.

Caso 9. *S. V. (Immeuble en copropriété)*¹⁰⁸: En un contrato entre un administrador —encargado de las administración y mantenimiento de las partes comunes de un inmueble en régimen de propiedad horizontal— y una persona física propietaria de un piso en el edificio, esta actúa como consumidora en el sentido del artículo 2 b) de la Directiva 93/13 siempre que no utilice el piso con fines que correspondan exclusivamente a su actividad profesional.

Hechos. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad S. V. OOD, mercantil búlgara que administra un inmueble en régimen de propiedad horizontal, y E. Ts. D., persona física propietaria de un piso en ese inmueble¹⁰⁹, en relación con el pago de cantidades adeudadas en virtud de un contrato celebrado para la administración y el mantenimiento de las partes comunes de dicho inmueble¹¹⁰. El órgano jurisdiccional remitente

¹⁰⁷ En la pregunta primera formulada por el tribunal remitente, este cuestiona: «¿O se consideraría como sugiere el punto 74 de la sentencia de 30 de abril de 2014 *Kasler y Kaslerne Rabai* que la protección de los consumidores únicamente beneficia al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz?».

¹⁰⁸ Asunto C-485/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 27 de octubre de 2022, S. V. OOD contra E. Ts. D. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Rayonen sad Nesebar (Tribunal de Primera Instancia de Nesebar, Bulgaria). EU: C:2022:839. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. N. Emiliou, al que le fue asignado.

¹⁰⁹ Parece deducirse de los hechos del litigio principal que el administrador tiene una relación contractual con el propietario del piso o comunero del que percibe directamente sus honorarios por la administración del edificio. Como vemos es un sistema diferente del que existe en nuestro país donde el administrador factura a la comunidad de propietarios que hace frente a ese gasto y a los demás necesarios para el mantenimiento del edificio (limpieza de zonas comunes, ascensores, electricidad y agua de zonas comunes, etc.) a través de las cuotas asignadas a cada comunero.

¹¹⁰ E. Ts. D. es propietaria de un piso que forma parte de un inmueble en régimen de propiedad horizontal situado en Nesebar (Bulgaria). En virtud de un contrato de mantenimiento de las partes comunes de dicho inmueble celebrado el 9 de enero de 2012 con duración indefinida —en el que se nombró «administradora» a la sociedad S. V. y que fue firmado por E. Ts. D.—, esta última se obliga, como copropietaria,

preguntó al TJUE varias cuestiones relativas a la interpretación de la Directiva 93/13 y de la Directiva 2011/83 ¹¹¹, considerando el TJUE que no existían elementos que indicasen que el supuesto de hecho en cuestión en el litigio principal entraba dentro del ámbito de aplicación material de dicha Directiva 2011/83 o que al contrato controvertido le fuese de aplicación la normativa búlgara que la transpone. Según la reformulación efectuada por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 1.1 y 2, letras b) y c), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que ha de considerarse «consumidor» en el sentido de dicha Directiva a una persona física propietaria de un piso en un inmueble en régimen de propiedad horizontal cuando:

- esta persona celebra un contrato con un administrador de fincas para la administración y el mantenimiento de las partes comunes de ese inmueble, algunas de cuyas disposiciones se rigen por la legislación nacional;
- la junta general de propietarios o la comunidad de propietarios del referido inmueble celebra, a tales efectos, un contrato con un administrador de fincas.

Doctrina. Tras recordar el TJUE algunas nociones clásicas sobre el concepto de consumidor y de profesional, descendiendo al asunto principal, el TJUE constata que la demandada E. Ts. D. es una persona física y el contrato controvertido tiene por objeto la administración y el mantenimiento de las partes comunes del inmueble en régimen de propiedad horizontal en el que la demandada es propietaria de un piso. Por consiguiente, el TJUE señala que en el supuesto de que esa persona sea parte en el contrato y siempre que

a pagar a la referida sociedad una cuota anual de 6 euros por metro cuadrado, en concepto de la administración y el mantenimiento de las partes comunes del citado inmueble. Según este contrato, en caso de retraso en el pago, dicha sociedad tiene derecho a aplicar al importe adeudado un interés del 0,1% por cada día de demora. El 26 de agosto de 2020, S. V. remitió a E. Ts. D. un requerimiento notarial de pago en el que le instaba a abonar, antes del 31 de agosto de 2020, las cuotas anuales adeudadas correspondientes al período posterior al año 2012. Posteriormente, presentó una demanda ante el órgano jurisdiccional remitente en la que solicitaba que se condenara a E. Ts. D. a pagarle la cantidad de 1.112,40 euros, correspondiente al importe de las cuotas anuales referidas a los años 2017 a 2019, y 717,87 euros en concepto de indemnización por demora. La demandada alegó que el contrato controvertido contiene cláusulas abusivas que obligan al consumidor a pagar una indemnización excesivamente alta y que no son claras ni comprensibles. E. Ts. D. se considera «consumidor» y subraya que, al celebrar el contrato, no hubo negociación individual entre las partes.

¹¹¹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Publicada en el *DOCE* el 31 de diciembre de 1985.

no utilice ese piso con fines que correspondan exclusivamente a su actividad profesional, en principio, procede considerar que esa persona actúa en ese contrato en calidad de «consumidor» en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13¹¹². Resuelta la consideración como «consumidora» de la demandada, el TJUE aborda la conceptualización como «profesional» de la sociedad demandante. Observa el TJUE que no se discute que la relación contractual a que se refiere el litigio principal se inscribe dentro de las actividades a las que la demandante, como administradora de fincas, se dedica con carácter profesional. En ese contexto el hecho de que una porción de las actividades de administración y mantenimiento de las partes comunes del inmueble en régimen de propiedad horizontal que es objeto del litigio principal y las cuotas anuales que esa administradora de fincas percibe por este concepto deriven de la necesidad de dar cumplimiento a obligaciones específicas en materia de seguridad y urbanismo contempladas por la legislación nacional aplicable no puede determinar la exclusión de las referidas actividades del ámbito de aplicación del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 ni, por ende, la exclusión del contrato controvertido del ámbito de aplicación de esta Directiva. A ello añade el TJUE que aunque, en virtud del artículo 1.2 de la Directiva 93/13, cuando esas disposiciones legislativas son imperativas, las cláusulas contractuales que supongan la aplicación de tales disposiciones están excluidas del ámbito de aplicación de dicha Directiva, tal exclusión no implica que el juez nacional no pueda apreciar, a la luz de esa misma Directiva, la validez de otras cláusulas que figuran en el mismo contrato y que no suponen la aplicación de las citadas disposiciones¹¹³. En la respuesta al segundo apartado de la cuestión aborda el TJUE la relación entre la sociedad administradora y la comunidad de propietarios. En ese sentido, el TJUE señala que en el supuesto de que se celebre un contrato de administración y mantenimiento de las partes comunes de un inmueble en régimen de propiedad horizontal entre el administrador de fincas y la junta general de propietarios o la comunidad de propietarios de ese inmueble, se considera que el propietario de un piso integrante de dicho inmueble es un «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, siempre que a ese propietario, primero, quepa calificarlo de «parte» en ese contrato; segundo, sea una persona física, y, tercero, no utilice ese piso exclusivamente para fines que correspondan a su actividad profesional. A este respecto, debe precisarse que no cabe excluir del ámbito de acción del concepto de «consumidor» el supuesto en el

¹¹² C-485/21. STJUE de 27 de octubre de 2022, *S. V. Inmueble en copropriété*, apdo. 27.

¹¹³ *Ibid.*, apdos. 28 a 31.

que una persona física utilice el piso en el que radica su domicilio personal también con fines profesionales, como ocurre al teletrabajar por cuenta ajena o al ejercer una profesión liberal ¹¹⁴. A continuación, el TJUE se refiere al supuesto en el que no es posible calificar a ese propietario de un piso de «parte» de ese contrato y en la medida en que la junta general de propietarios o la comunidad de propietarios de un inmueble no es, por definición, «persona física» en el sentido de dicho artículo 2, letra b), y, por tanto, no cabe calificarla de «consumidor» en el sentido de dicha disposición, tal contrato queda excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 ¹¹⁵. A ello añade que la Directiva no se opone a una jurisprudencia nacional que interpreta la legislación destinada a transponer al Derecho interno la propia Directiva en el sentido de aplicar también las normas de protección de los consumidores que aquella contiene a un contrato celebrado por un sujeto de Derecho como una comunidad de propietarios carente de personalidad jurídica distinta de la de sus partícipes, aunque ese sujeto de Derecho no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva ¹¹⁶.

Comentarios. Las respuestas a ambos apartados de la pregunta parecían claras. Por un lado, en cuanto a la calificación como consumidora de la demandada y la consideración como profesional de la demandante. A este último respecto, el propio apartado c) del artículo 2 de la Directiva 93/13 al referirse a la actividad profesional «ya sea pública o privada» responde la pregunta y si además recordamos lo que el TJUE declara en la sentencia *Karel de Grote* ¹¹⁷, la contestación cae por su propio peso: por el hecho de que la actividad que lleve a cabo un profesional deriva de la necesidad de dar cumplimiento a obligaciones específicas en materia de seguridad y urbanismo contempladas por la legislación nacional aplicable, ese profesional no va a dejar de tener esa condición en sus relaciones con los consumidores con los que contrata. Lo contrario sería absurdo porque dejaría al margen de la Directiva 93/13 una parte importante del volumen de contratación de cualquier país. Piénsese que en la actualidad la mayoría de los sectores están regulados por normativa (banca, seguros, inmuebles, etc.). Puntualiza el TJUE, con fines didácticos, que en caso de que una cláusula del contrato responda a la dicción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13, esa cláusula estará excluida de la Directiva, pero no las restantes cláusulas del contrato.

¹¹⁴ *Ibid.*, apdo. 32.

¹¹⁵ *Ibid.*, apdo. 33.

¹¹⁶ *Ibid.*, apdo. 34.

¹¹⁷ C-147/16. STJUE de 17 de mayo de 2018, *Karel de Grote*.

Por otro lado, el TJUE analiza la relación entre el administrador (profesional) y la junta general de propietarios o comunidad de propietarios. Las conclusiones parecen claras:

– Se aplica la Directiva 93/13 si se cumplen las tres condiciones: que el propietario sea parte en el contrato, que sea persona física y que no utilice el piso exclusivamente para fines correspondientes a su actividad profesional. Cuando el consumidor no es parte, sino que lo es la comunidad de propietarios, el TJUE nos recuerda lo dicho en *Condominio di Milano, Via Meda*¹¹⁸ en el sentido de que el contrato queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 porque una comunidad no es persona física, sin perjuicio de la posibilidad de que la jurisprudencia nacional interprete la normativa de transposición de la Directiva 93/13 de forma que las normas de protección de consumidores se apliquen a las comunidades de propietarios, en cuyo caso el contrato entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Finalmente, llama la atención que el TJUE se refiera a que el contratante «no utilice ese piso exclusivamente para fines que corresponden a su actividad profesional». Expresamente menciona el TJUE el supuesto del teletrabajador por cuenta ajena o el ejerciente de una profesión liberal para incluirlo en el concepto de consumidor cuando radica en la vivienda su domicilio personal. En definitiva, del tenor de las palabras del Tribunal de Justicia no es necesario que el uso ajeno a su actividad profesional sea predominante, sino que basta con que el piso no sea utilizado exclusivamente para fines profesionales a efectos de que el contratante sea considerado como consumidor a los efectos de la Directiva 93/13. En ese sentido, Joasia Luzak¹¹⁹ afirma que es bien recibida la confirmación de que la noción de consumidor se aplica ampliamente en contratos con propósito mixto y que de lo dicho por el TJUE parece deducirse que cualquier contrato de uso mixto podría entrar dentro del ámbito de protección de los consumidores al referirse [el TJUE] al uso *exclusivo* a fines profesionales.

¹¹⁸ C- 329/19. STJUE de 2 de abril de 2020, *Condominio di Milano, via Meda*.

¹¹⁹ LUZAK, J. A., «Consumer protection extended to mixed-purpose contracts- CJUE in S. V. (Immeuble en copropriété) (C-485/21)», *Blog Recent developments in European Consumer Law*, 2.11.2022. Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2022/11/consumer-protection-extended-to-mixed.html>

Caso 10. *YYY*¹²⁰: El concepto de consumidor a los efectos del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 ha de ser interpretado de forma amplia y en los contratos de doble finalidad el contratante tiene la cualidad de consumidor cuando en el contexto global del contrato predomina el fin no profesional sobre el profesional, pudiendo el juez nacional analizar los factores facilitados por el TJUE para evaluar qué fin predomina y cualesquiera otros que se deriven de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Hechos. La cuestión prejudicial es planteada en el marco de un procedimiento en el que los consumidores formulan demanda contra una entidad bancaria reclamando el abono de una cantidad más los correspondientes intereses alegando que dicha suma había sido percibida por el profesional en virtud de cláusulas abusivas estipuladas en un contrato de préstamo hipotecario indexado al tipo de cambio de una moneda extranjera, concretamente, francos suizos¹²¹.

¹²⁰ Asunto C-570/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) dictada el 8 de junio de 2023. I. S., K. S. contra YYY, S. A. Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Distrito de Varsovia-Wola EU: C:2023:456. El Abogado General Sr. Pitruzzella presentó sus conclusiones el 15 de diciembre de 2022.

¹²¹ Los demandantes en el litigio principal, I. S. y K. S., contrajeron matrimonio sin otorgar capitulaciones matrimoniales. La esposa, I. S., ejercía una actividad profesional en calidad de socio de una sociedad civil, mientras que el esposo, K. S., trabajaba por cuenta ajena en una empresa como herrero. En febrero de 2006, solicitaron ante el predecesor de la demandada en el litigio principal un préstamo hipotecario por importe de 206.120 eslotis polacos (PLN) (aproximadamente 45.800 euros), cuya moneda de indexación era el franco suizo (CHF). Ese préstamo estaba destinado, por una parte, a refinanciar deudas de consumo relacionadas con un crédito al consumo, una cuenta corriente bancaria y una tarjeta de crédito y, por otra, a financiar trabajos de reforma de una vivienda. En marzo de 2006, finalmente, los demandantes en el litigio principal celebraron con el predecesor de la demandada un contrato de préstamo hipotecario por importe de 198.996,73 PLN (aproximadamente 44.200 euros) indexado a francos suizos y con una duración de 300 meses. El primer tramo de dicho préstamo estaba destinado, por un lado, al reembolso, en una cuenta corriente de la que era titular una sociedad administrada por I. S., de una cantidad de 70.000 PLN (aproximadamente 15.600 euros), por un préstamo y, por otro lado, al pago de varias primas de seguro por importes de 1.216,80 PLN (aproximadamente 270 euros), 3.979,93 PLN (aproximadamente 880 euros) y 3.800 PLN (aproximadamente 840 euros). Es decir, aproximadamente 15.600 euros para el pago del préstamo y 1990 euros para el pago de las primas de seguro. El segundo tramo estaba destinado, por un lado, al reembolso de varias obligaciones financieras de los demandantes en el litigio principal, correspondientes a las cantidades de 9.720 PLN (aproximadamente 2.200 euros), 7.400 PLN (aproximadamente 1.600 euros) y 9.000 PLN (aproximadamente 2.000 euros) y, por otro lado, a la financiación de trabajos de reforma de una vivienda por importe de 93.880 PLN (aproximadamente 20.900 euros). Los demandantes en el litigio principal presentaron ante el órgano jurisdiccional remitente una demanda por la que pretendían el reembolso de la cantidad de 13.142,03 PLN (aproximadamente 2.900 euros) —más intereses— al considerar que la suma reclamada había sido cobrada indebidamente por el profesional como consecuencia de cláusulas abusivas. El profesional YYY alegó en el pleito principal que el préstamo se había concedido para reembolsar un préstamo vinculado a una actividad profesional, de modo que los demandantes en el litigio principal no podían invocar la protección jurídica prevista en el artículo 3851 del Código Civil, es decir, la disposición que prevé la no vinculación de las cláusulas consideradas ilícitas en

Mediante la primera cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se califique como «consumidor» a una persona que, junto con otro prestatario que no ha actuado en el marco de su actividad profesional, ha celebrado un contrato de préstamo destinado a un uso parcialmente relacionado con su actividad profesional y parcialmente ajeno a dicha actividad, si el vínculo existente entre ese contrato y la actividad profesional de dicha persona no es marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de dicho contrato, pero es tan limitado que no predomina en ese contexto.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se precisen los criterios que permiten determinar si una persona está comprendida en el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2.b) de la Directiva 93/13, y, más concretamente, si la finalidad profesional de un contrato de préstamo celebrado por esa persona es tan limitada que no predomina en el contexto global del contrato.

Doctrina. El TJUE observa que para interpretar una disposición de Derecho de la Unión procede tener en cuenta no solo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. A partir de ahí, recuerda que la condición de «consumidor» debe determinarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión y que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2.b) de la Directiva 93/13, tiene carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata o de la información de que dicha persona realmente disponga. Aclara el TJUE que el citado artículo 2.b) no permite determinar en qué supuestos, una persona que haya celebrado un contrato con doble finalidad, que solo esté parcialmente relacionado con su actividad profesional, puede ser considerada un consumidor en el sentido de dicha Directiva.

un contrato celebrado por un consumidor. En el pleito principal la esposa confirmó que la cantidad de 70.000 PLN (aproximadamente 15.600 euros), concedida en el marco del contrato de préstamo de que se trata, se había destinado a reembolsar una deuda en su cuenta profesional y que, tras ese reembolso, la referida cuenta se canceló. La esposa también declaró que el referido reembolso era una condición a la que estaba supeditada la celebración del contrato. El órgano jurisdiccional remitente formula la cuestión prejudicial porque alberga dudas sobre la interpretación del concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, en una situación en la que, en el marco de un contrato de préstamo «mixto», una parte de la cantidad prestada, a saber, el 35 % de esta, que no es ni predominante ni marginal, fue utilizada para reembolsar un préstamo vinculado a la actividad profesional de uno de los demandantes en el litigio principal y la otra parte de dicha cantidad, a saber, el 65 %, se destinó a fines de consumo ajenos a una actividad profesional.

Recuerda el TJUE que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional. Tras referirse a la idea de que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en 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 estas y que, por ese motivo, el artículo 6.1 de la Directiva establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, tratándose de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas. En ese punto, el TJUE facilita una idea que es una de las claves para resolver este asunto consistente en que una concepción amplia del concepto de «consumidor» del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 permite garantizar la protección que otorga esa Directiva a todas las personas físicas que se encuentren en una situación de inferioridad con respecto al profesional, de forma que el carácter imperativo de las disposiciones contenidas en la Directiva 93/13 y las exigencias particulares de protección de los consumidores que llevan aparejadas exigen que se dé preferencia a una interpretación amplia del concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2.b) de dicha Directiva, para garantizar el efecto útil de esta ¹²².

A partir de ahí, el TJUE entra en el meollo de la cuestión que es la calificación o no como consumidor a los efectos del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 —con la protección que ello conlleva— de una persona que celebra un contrato que tiene como objeto un bien o servicio del que realiza un uso parcialmente relacionado con su actividad profesional y, por tanto, solo parcialmente ajeno a dicha actividad. Señala el TJUE que procede tener en cuenta el concepto de «consumidor» contenido en otras normas del Derecho de la Unión. Al respecto, la Directiva 2011/83 ¹²³ va a resultar de gran ayuda y pasa el TJUE a analizar determinados aspectos de dicho instrumento, observando lo siguiente: a) las definiciones del término «consumidor», que figuran en el artículo 2 de la Directiva 93/13 y en el artículo 2 de la Directiva 2011/83, son en gran medida equivalentes; b) con la Directiva 2011/83 se persigue el mismo

¹²² As. C-570/21. STJUE de 8 de junio de 2023, YYY, apdos. 28 a 37.

¹²³ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

objetivo que con la Directiva 93/13; c) la Directiva 2011/83 versa sobre los derechos de los consumidores en los contratos celebrados con comerciantes y tiene por objeto asegurar un alto nivel de protección de los consumidores garantizando su información y su seguridad en las transacciones con los comerciantes; d) la Directiva 2011/83 está estrechamente vinculada con la Directiva 93/13, pues la primera modificó la segunda y ambas pueden aplicarse a un mismo contrato, siempre que ese contrato esté comprendido simultáneamente en sus respectivos ámbitos de aplicación material; e) el legislador de la Unión ha reforzado recientemente el vínculo entre ambas directivas mediante la adopción de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión¹²⁴. Señala el TJUE que, en tales circunstancias, a los efectos de la interpretación del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, procede tener en cuenta el considerando 17 de la Directiva 2011/83, que aclara la voluntad del legislador de la Unión en lo que respecta a la definición del concepto de «consumidor» en caso de contratos de doble finalidad y del que se desprende que, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. La pertinencia de interpretar el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 a la luz del considerando 17 de la Directiva 2011/83 viene corroborada por el considerando 18 de la Directiva 2013/11¹²⁵ y por el considerando 13 del Reglamento núm. 524/2013¹²⁶, que contienen la misma precisión en lo que atañe a la definición del concepto de «consumidor» en caso de contratos de doble finalidad. Si bien tanto la Directiva 2013/11 como el Reglamento núm. 524/2013 versan sobre la solución de litigios en materia de consumo y, por lo tanto, sobre cuestiones distintas de las que se regulan en las Directivas 93/13 y 2011/83 en lo que respecta a la protección de los consumidores, estos considerandos son testimonio de la

¹²⁴ Publicada en *DOUE* el 18 de diciembre de 2019.

¹²⁵ Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). Publicada en *DOUE* el 18 de junio de 2013.

¹²⁶ Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Publicado en *DOUE* el 18 de junio de 2013.

determinación del legislador de la Unión de dar un alcance horizontal a esa definición. A ello añade el TJUE que en la medida en que los referidos considerandos figuran en actos legislativos posteriores a los hechos del litigio principal, el carácter imperativo de las disposiciones contenidas en la Directiva 93/13 y las exigencias particulares de protección de los consumidores que llevan aparejadas exigen que se dé preferencia a una interpretación amplia del concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, para garantizar el efecto útil de esta. Por consiguiente, la interpretación teleológica de la Directiva 93/13 aboga a favor del enfoque expuesto por el legislador de la Unión en los mismos considerandos, según el cual una persona que ha celebrado un contrato con fines parcialmente relacionados con su actividad profesional deberá ser considerada como consumidor si la finalidad profesional es tan limitada que no predomina en el contexto global del contrato¹²⁷.

Aun teniendo la cuestión resuelta, el TJUE quiere dejar clara la diferencia entre la interpretación del concepto de consumidor a los efectos de la Directiva 93/13 y la que figura en la conocida sentencia *Gruber*¹²⁸, así como en las sentencias *Schrems*¹²⁹ y *Milivojevic*¹³⁰ que interpretaron el Convenio de Bruselas¹³¹ la primera, el Reglamento 44/2001¹³² la segunda y el Reglamento 1215/2012¹³³ la tercera, todos ellos instrumentos en materia de cooperación judicial civil.

Comienza el TJUE «pausadamente», indicando que esas sentencias no se oponen a que el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 sea interpretado a la luz de la Directiva 93/13. A continuación, va exponiendo sus razonamientos y recuerda el TJUE que la sentencia *Gruber* se refería a la interpretación de las reglas de competencia en materia de contratos celebrados con consumidores previstas en el Convenio de Bruselas, que establecen excepciones a la regla de competencia general prevista en este último, a saber, la de los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio está domiciliado el demandado y que, en cuanto

¹²⁷ *Ibid*, apdos. 38 a 46.

¹²⁸ As. C-464/01. STJUE de 20 de enero de 2005, *Gruber*.

¹²⁹ As. C-498/16. STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems*.

¹³⁰ As. C-630/17. STJUE de 14 de febrero de 2019, *Milivojevic*.

¹³¹ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹³² Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Publicado en *DOCE* el 16 de enero de 2001.

¹³³ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Publicado en *DOUE* el 20 de diciembre de 2012.

reglas de competencia que establecen excepciones a dicha regla de competencia general, son de interpretación estricta, en el sentido de que no pueden dar lugar a una interpretación que vaya más allá de las hipótesis expresamente previstas en el referido Convenio. Señala el TJUE que fue en ese contexto específico, y habida cuenta también de otros elementos pertinentes en el marco de la interpretación de las reglas de competencia previstas en el citado Convenio –tales como las exigencias de seguridad jurídica y previsibilidad de los tribunales competentes, así como el objetivo de protección adecuada del consumidor que se persigue con las disposiciones de la sección 4 del título II del mismo Convenio–, en el que el Tribunal de Justicia declaró que una persona que ha celebrado un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan solo es parcialmente ajeno a esta, no puede invocar las reglas de competencia específicas en materia de contratos celebrados con los consumidores establecidas en el Convenio de Bruselas, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate. El TJUE expone que en la medida en que el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 no es una disposición que deba ser objeto de una interpretación estricta y habida cuenta de la *ratio legis* de dicha Directiva, dirigida a proteger a los consumidores en caso de cláusulas contractuales abusivas, la interpretación estricta del concepto de «consumidor» realizada en la sentencia *Gruber* a los efectos de determinar el alcance de las reglas de competencia de carácter excepcional previstas en los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas en caso de contratos de doble finalidad no puede extenderse, por analogía, al concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2.b) de la Directiva 93/13¹³⁴.

A ello añade el TJUE que a fin de dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, procede señalar, además, que, en el marco de un contrato de préstamo celebrado con un profesional, la persona física que se encuentra en la situación de un codeudor está comprendida dentro del concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2.b) de la Directiva 93/13, siempre que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, y debe, si se halla, con respecto a dicho profesional, en una situación análoga a la del deudor, beneficiarse, junto con este último, de la protección prevista por la citada Directiva.

De esta forma, concluye el TJUE que el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de «consumidor», en el sentido de dicha disposición, una persona que, junto con otro prestatario que no ha actuado en el marco de su actividad profesional, ha

¹³⁴ As. C-570/21. STJUE de 8 de junio de 2023, *YYY*, apdos. 47 a 51.

celebrado un contrato de préstamo destinado a un uso parcialmente relacionado con su actividad profesional y parcialmente ajeno a dicha actividad, si la finalidad profesional es tan limitada que no predomina en el contexto global de ese contrato¹³⁵.

En cuanto a la segunda pregunta formulada, el TJUE comienza por indicar que de la jurisprudencia se desprende que el juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva tiene la obligación, teniendo en cuenta el conjunto de las pruebas y, en particular, los términos de dicho contrato, de comprobar si la persona de que se trata puede tener la condición de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva. A tal efecto, el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso que puedan demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. Lo mismo sucede a efectos, por un lado, de la apreciación, en lo que respecta a un contrato de préstamo relacionado parcialmente con la actividad profesional del prestatario y parcialmente con fines ajenos a dicha actividad, de la magnitud de cada una de esas dos partes en el contexto global del contrato y, por otro lado, de la finalidad predominante de dicho contrato. Abordando de manera muy concreta el litigio principal, señala el TJUE que el reparto del capital tomado en préstamo entre una actividad profesional y una actividad no profesional puede constituir un criterio cuantitativo pertinente. No obstante, también podrían resultar pertinentes criterios no cuantitativos, como la circunstancia de que, en caso de pluralidad de prestatarios, solo uno de ellos persiga, mediante el contrato de préstamo controvertido, una finalidad profesional o, en su caso, la de que el prestamista hubiere supeditado la concesión del préstamo, destinado en principio exclusivamente a fines de consumo, a que se asignara parte de la cantidad prestada al reembolso de deudas relacionadas con una actividad profesional. Todos estos factores enumerados por el TJUE juegan en favor de considerar consumidores a ambos demandantes. Indica el TJUE que estos criterios no son exhaustivos ni exclusivos, de manera que corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar todas las circunstancias concretas que rodean al contrato controvertido en el litigio principal y apreciar, sobre la base de las pruebas objetivas de que dispone, en qué medida la finalidad profesional o no profesional de dicho contrato es predominante en el contexto global de este.

De esta forma, el TJUE llega a la conclusión de que el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, a fin de determinar si

¹³⁵ *Ibid.*, apdos. 52 y 53.

una persona está comprendida dentro del concepto de «consumidor», en el sentido de dicha disposición, y, más concretamente, si la finalidad profesional de un contrato de préstamo celebrado por esa persona es tan limitada que no predomina en el contexto global del contrato, el órgano jurisdiccional remitente debe tomar en consideración todas las circunstancias pertinentes que rodeen a ese contrato, tanto cuantitativas como cualitativas, tales como, en particular, el reparto del capital prestado entre una actividad profesional y una actividad no profesional, así como, en caso de pluralidad de prestatarios, la circunstancia de que solo uno de ellos persiga una finalidad profesional o de que el prestamista hubiere supeditado la concesión de un préstamo destinado a fines de consumo a que se asignase una parte de la cantidad prestada al reembolso de deudas relacionadas con una actividad profesional¹³⁶.

Finalmente, el TJUE dedica un apartado a la limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia, por cuanto que la parte demandada en el litigio principal solicitó que el Tribunal de Justicia limitase los efectos en el tiempo de su sentencia para el caso de que no interpretase el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, a la luz de la sentencia *Gruber*, invocando, en apoyo de su solicitud, los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad.

El TJUE recuerda que tiene declarado que solo con carácter excepcional puede, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Esa limitación está condicionada a que concurren dos criterios esenciales: la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves. Dado que la demandada en el litigio principal no ha presentado elementos concretos y precisos que permitan acreditar la concurrencia de esos dos criterios no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia.

Comentarios. Tras lo declarado por el TJUE en la sentencia de 27 de octubre de 2022 *S. V. immeuble en copropriété*¹³⁷, con trascendencia para los contratos con doble finalidad, llamaba la atención que el Abogado General no citara en sus conclusiones¹³⁸ de este asunto YYY, presentadas el 15 de diciembre de 2022, la referida sentencia. En dichas conclusiones el Abogado General

¹³⁶ *Ibid.*, apdos. 55 a 59.

¹³⁷ As. C-485/21. STJUE de 27 de octubre de 2022, *S. V. immeuble en copropriété*.

¹³⁸ Asunto C-470/21, conclusiones del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella presentadas el 15 de diciembre de 2022.

planteaba dos posibles interpretaciones¹³⁹ del artículo 2.b de la Directiva 93/13. Una primera opción consistente en sostener que ostentan la cualidad de consumidores los prestatarios dado que la finalidad profesional del préstamo no es predominante, aplicando el enfoque sobre los contratos con doble finalidad previsto en los considerandos de las Directivas 2011/83 y 2013/11 y del Reglamento núm. 524/2013, o bien, como segunda alternativa, considerar que no ostentan dicha cualidad de consumidores los prestatarios dado que la finalidad comercial o profesional no es tan marginal como para desempeñar un papel insignificante en el contexto general del contrato de préstamo, aplicando por analogía el enfoque adoptado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Gruher*. Por tanto, el Abogado General no planteó una tercera opción que podría haberse deducido de las declaraciones del TJUE en *S. V. immeuble en copropriété* cuando manifiesta: «[...] la persona física propietaria de un piso de ese inmueble puede ser considerada «consumidor», en el sentido de la Directiva 93/13, siempre que quepa calificarla de «parte» en ese contrato y que no utilice ese piso exclusivamente para fines que correspondan a su actividad profesional¹⁴⁰» (apdo. 35). Esta tercera alternativa hubiera consistido en otorgarle la condición de consumidor al contratante siempre que los bienes o servicios objeto del contrato tengan algún uso no profesional, aunque esa finalidad privada no sea predominante.

En su propuesta al TJUE para la resolución de la cuestión el Abogado General se decantaba por la primera de las dos opciones planteadas inicialmente, es decir, venía a considerar que los prestatarios son consumidores al no ser predominante la finalidad profesional. Como era previsible, esa fue la alternativa escogida por el Tribunal de Justicia en su sentencia. No obstante, existía la posibilidad de que el TJUE, apoyándose en *S. V. immeuble en copropriété*, adoptase una posición más favorable aún al consumidor y –desatendiendo la propuesta del Abogado General– volviera a incidir en que, a los efectos de la Directiva 93/13, en los contratos mixtos se considera consumidora a la persona que no actúa con fines que correspondan exclusivamente a su actividad profesional. Ello no ha sucedido, sino que el TJUE ha aceptado la propuesta del Abogado General y, siguiendo los razonamientos de este, se ha apoyado en los considerandos de las Directivas 2011/83 y 2013/11 y del Reglamento núm. 524/2013, invocando una interpretación amplia del concepto de consumidor a los efectos del ámbito de protección de consumidores,

¹³⁹ El Abogado General denomina estas dos interpretaciones como el criterio del «no predominio» de la finalidad profesional frente al criterio de la «marginalidad».

¹⁴⁰ Negrita es nuestra.

destacando las diferencias de esta con respecto a la configuración restrictiva de dicho concepto aplicada por el Tribunal de Justicia en las sentencias *Gruber*, *Schrems* y *Milivojevic*, al interpretar las normas sobre competencia judicial en el ámbito de la cooperación judicial internacional. En ese sentido, en *YYY*, el TJUE lleva a cabo una labor esclarecedora enumerando las razones de esas configuraciones contrapuestas, que obedecen a diferentes causas. Así, tiene particular importancia el hecho de que las reglas de competencia en materia de contratos celebrados con los consumidores previstas en el Convenio de Bruselas son excepciones a la regla general del fuero del domicilio del demandado y, como tales, de interpretación estricta.

La sentencia *YYY* también es muy interesante porque aporta un conjunto de factores de manera no exhaustiva a tener en cuenta por los jueces nacionales cuando se vean en la obligación de evaluar si hay predominio de finalidad profesional o de finalidad privada. Así, el juez nacional ha de tener en consideración todas las circunstancias que rodeen el contrato, tanto cuantitativas como cualitativas, en particular, la cuantificación económica de lo destinado a fines profesionales y de lo destinado a fines personales. Esa circunstancia, a nuestro modo de ver, es esencial. No obstante, el TJUE, con buen criterio, considera que deben tenerse en cuenta otros factores concurrentes en el litigio principal como que, tratándose de varios prestatarios, solo afectaba a uno de ellos el problema de la finalidad mixta o el hecho de que fue la propia entidad bancaria la que exigió a la prestataria, como condición para la concesión del préstamo, que destinara una parte del crédito a liquidar varias deudas relativas a su actividad profesional.

Caso 11. *Lyonesse Europe*¹⁴¹: El artículo 2.b de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «consumidor» está comprendida una persona física que se adhiere a un sistema establecido por una sociedad mercantil y que permite, en particular, disfrutar de determinadas ventajas financieras en el marco de la adquisición, por esa persona física o por otras personas que por recomendación suya participan en ese sistema, de bienes y servicios de los socios comerciales de esa sociedad, cuando dicha persona física actúa con fines ajenos a su actividad profesional.

Hechos. La cuestión prejudicial es planteada en el marco de un procedimiento en el que un particular formula demanda contra un profesional a fin

¹⁴¹ Asunto C-455/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) dictada el 8 de junio de 2023. OZ contra Lyonesse Europe AG. Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Distrito de Olt, Rumanía. EU: C:2023:455. Este asunto fue resuelto sin conclusiones de la Abogada General Sra. Cápeta, a la que le fue asignado.

de que se declaren nulas determinadas cláusulas que figuran en las condiciones generales de un contrato de adhesión a un sistema de fidelización que permite obtener determinadas ventajas financieras al adquirir bienes y servicios de comerciantes terceros ¹⁴².

Mediante la primera cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «consumidor», con arreglo a esa disposición, está comprendida una persona física que ha celebrado un contrato de adhesión a un sistema establecido por una sociedad mercantil y que permite, en particular, disfrutar de determinadas ventajas financieras en el marco de la adquisición de bienes y servicios de socios comerciales de esa sociedad.

Las preguntas segunda y tercera fueron inadmitidas por el TJUE.

Doctrina. En primer lugar, el Tribunal de Justicia aborda el problema relativo a que el contrato de adhesión contiene una cláusula que designa el Derecho suizo como la ley aplicable. Al respecto, señala el TJUE que el artículo 6.1 del Reglamento Roma I establece que, en principio, un contrato de consumo «se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual». No obstante, el artículo 6.2 de ese Reglamento autoriza, en

¹⁴² El demandante en el litigio principal, OZ, es una persona física de profesión ingeniero mecánico. No desarrolla actividades comerciales a título profesional. OZ celebró con la demandada en el litigio principal, Lyonesse Europe, un contrato de adhesión al sistema Lyonesse (en lo sucesivo, «contrato de adhesión»). El sistema Lyonesse permite beneficiarse, en particular, de condiciones de compra favorables en forma de reembolsos en las compras, comisiones y otras ventajas promocionales. En el marco de ese sistema, los «clientes fieles» tienen derecho a adquirir bienes y servicios de comerciantes que tengan una relación contractual con la demandada en el litigio principal. Los miembros de dicho sistema también pueden actuar como intermediarios con vistas a la adhesión de otras personas a él. Según el contrato de adhesión, el Derecho aplicable a la relación contractual entre las partes del litigio principal es el Derecho suizo. Al considerar que diversas cláusulas incluidas en el contrato de adhesión eran abusivas el demandante en el litigio principal presentó una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Slatina solicitando que declarase que tales cláusulas están prohibidas en virtud de la legislación rumana. Mediante sentencia de 9 de diciembre de 2020, dicho tribunal desestimó la demanda del demandante en el litigio principal, al considerar que el contrato de adhesión no estaba comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley núm. 193/2000 y, en particular, que el demandante no cumplía los requisitos para ser considerado «consumidor» en el sentido de esa Ley. Ese órgano jurisdiccional apreció que, en virtud del contrato de adhesión, la demandada en el litigio principal y sus miembros constituían una «comunidad de compras internacional», en la que los participantes podían beneficiarse de condiciones de compra favorables en forma de reembolsos, comisiones y otras ventajas, y en la que los socios comerciales que tenían una relación contractual con la demandada en el litigio principal llevaban a cabo directamente la entrega de bienes y la prestación de servicios. Además, consideró que, mediante sus servicios, la demandada en el litigio principal se limitaba a actuar como intermediaria respecto de los servicios de cada socio comercial, a cuantificar parcialmente esos servicios y a solicitar los «cupones Lyonesse» que permitían adquirir bienes y servicios de esos socios comerciales. Por último, el Tribunal de Primera Instancia de Slatina estimó que las partes del litigio principal se concedían recíprocamente ventajas financieras en virtud del contrato de adhesión. El demandante interpuso recurso de apelación. En el marco de la apelación el Tribunal de Distrito de Olt formuló una serie de preguntas al Tribunal de Justicia.

principio, el recurso a una cláusula relativa a la elección de la ley aplicable, siempre que esa elección no acarree para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de dicha elección, habría sido aplicable. Por ello, tras recordar algunas premisas relativas a la Directiva 93/13, declara el TJUE que cuando una cláusula que designa como ley aplicable el Derecho de un país tercero figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor y comprendido en el ámbito de aplicación material de la Directiva 93/13 y el consumidor tiene su residencia habitual en un Estado miembro el juez nacional debe aplicar las disposiciones que transponen esa Directiva en el ordenamiento jurídico de ese Estado miembro. Por lo tanto, pese a la existencia de tal cláusula, corresponde a ese juez determinar si quien contrata con el profesional de que se trate puede ser considerado «consumidor» en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 ¹⁴³.

Despejado ese problema, quedaba por determinar si el litigante en el asunto principal ostenta la cualidad de consumidor ¹⁴⁴. Tras recordar premisas relativas a la condición de consumidor el TJUE desciende al litigio concernido y señala que de la petición de decisión prejudicial se desprende que, en virtud del contrato de adhesión, el demandante en el litigio principal, que no ejerce una actividad comercial con carácter profesional, tiene derecho a participar en la «comunidad de compras» operada por la demandada en el litigio principal, a adquirir bienes y servicios de comerciantes que tengan una relación contractual con esta última y a actuar como intermediario respecto de otras personas en el sistema controvertido en el litigio principal. Según el órgano jurisdiccional remitente, ese sistema «promete» la obtención de ingresos económicos en forma de reembolsos en las compras, comisiones y otras ventajas promocionales. Precisa el TJUE que una persona física que no ejerce una actividad comercial con carácter profesional y que, mediante su participación en un sistema como el controvertido en el litigio principal, pretende en esencia beneficiarse de condiciones ventajosas en la adquisición de bienes y servicios con fines no comerciales de los socios comerciales del operador de dicho sistema no puede perder la condición de «consumidor» en la relación contractual con ese operador por el mero hecho de que pueda disfrutar de determinadas ventajas, como reembolsos en las compras, comisiones u otras ventajas promocionales, resultantes de sus propias adquisiciones o de las de otras personas que por recomendación suya participan en dicho sistema. Así, una interpretación del concepto

¹⁴³ As. C-455/21. STJUE de 8 de junio de 2023. *Lyonesse Europe*, apdos. 37 a 46.

¹⁴⁴ *Ibid.*, apdos. 51 a 54.

de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, que excluyera de ese concepto a una persona física que actúa con fines ajenos a una actividad profesional debido a que obtiene determinadas ventajas financieras de su participación en el sistema de que se trata equivaldría a impedir que pueda garantizarse la protección concedida por esa Directiva a todas las personas físicas que se encuentren en una situación de inferioridad respecto a un profesional y que hagan un uso no profesional de los servicios ofrecidos por este último. Por todo ello, concluye el TJUE que el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «consumidor», con arreglo a dicha disposición, está comprendida una persona física que se adhiere a un sistema establecido por una sociedad mercantil y que permite, en particular, disfrutar de determinadas ventajas financieras en el marco de la adquisición, por esa persona física o por otras personas que por recomendación suya participan en ese sistema, de bienes y servicios de los socios comerciales de esa sociedad, cuando dicha persona física actúa con fines ajenos a su actividad profesional.

Comentarios. En esta sentencia, con carácter preliminar el TJUE abordó un problema similar al tratado en el asunto *Verein für Konsumenteninformation (contra Amazon EU)*¹⁴⁵, a pesar de que no menciona dicho asunto. En este último asunto había una sumisión al Derecho del Estado del domicilio social del profesional (Luxemburgo), mientras que en el asunto ahora comentado hay una sumisión al Derecho suizo. En aquel asunto la conclusión del TJUE era que se trataría de una cláusula abusiva al inducir a error al consumidor por no incluir la previsión del artículo 6.2 del Reglamento Roma I¹⁴⁶ (¹⁴⁷), correspondiendo su comprobación al juez nacional. Es decir, que no se le advertía al consumidor que esa sumisión no podía acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionaría su Derecho que sería de aplicación, de no existir esa sumisión expresa. En el asunto *Lyonesse Europe*, al no haberse planteado en las preguntas la eventual naturaleza abusiva de la cláusula, el TJUE se limita a resolver el problema diciendo que al estar el contrato comprendido dentro del ámbito material de la Directiva 93/13 y tener el

¹⁴⁵ As. C-191/15. STJUE de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation (contra Amazon EU)*.

¹⁴⁶ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Publicado en *DOUE* el 4 de julio de 2008.

¹⁴⁷ Reglamento Roma I, artículo 6.2: « No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1».

consumidor su residencia habitual en un Estado miembro el juez debe aplicar las disposiciones que transponen la Directiva 93/13, por lo que la cuestión se centra en determinar si el demandante en el litigio principal tiene la condición de consumidor con arreglo a la Directiva 93/13. El TJUE llega a la conclusión de que el demandante en el asunto principal tiene la cualidad de consumidor, dado que está actuando con fines ajenos a su actividad profesional. El TJUE reitera la aplicación de un concepto amplio de consumidor y entiende que ese sujeto necesita de la protección de la Directiva 93/13 y de las disposiciones nacionales que la transponen, aunque disfrute de determinadas ventajas como reembolsos en las compras, comisiones u otras ventajas promocionales, resultantes de sus propias adquisiciones o de las de otras personas que por recomendación suya participan en dicho sistema. El Tribunal de Justicia razona con toda lógica porque el demandante no está haciendo un uso profesional de los servicios ofrecidos por el profesional. Una vez más, la dicción literal del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 «persona física que, [...] actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» conduce al TJUE a encontrar la respuesta a la pregunta del juzgado remitente. El demandante no se dedica profesionalmente a participar en ese sistema, sino que es ingeniero mecánico de profesión y no desarrolla actividades comerciales a título profesional.

2.2.3 Algunos puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial

En el contexto de la doctrina española, Marín López¹⁴⁸ explica que lo relevante para definir el concepto de consumidor es que se refiera a un sujeto que actúe con un propósito ajeno, con unos fines ajenos, o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. La referencia al «propósito» remite a un parámetro subjetivo. Pero la utilización del término «actuar» hace referencia a un criterio objetivo, que se aproxima al «acto de consumo», según el cual lo decisivo no es el propósito o finalidad perseguida por el acreditado, que le llevó a la obtención de ese crédito, sino el destino efectivamente dado al bien o servicio recibido. De la redacción del artículo 3 del TRLGDCU se desprende que no es consumidor aquel que destina el bien a su actividad comercial, aunque lo haga fuera del ámbito de su objeto o de su especialidad. El autor se remite a la

¹⁴⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 10-12.
Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401>.

Exposición de Motivos del TRLGDCU al señalar esta que los bienes o servicios no deben incorporarse «directa o indirectamente» a los procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

En la misma línea, cabe afirmar que —a los efectos del Derecho español— el elemento fundamental para determinar la presencia o no de un consumidor en el contrato no puede ser su condición de persona física o jurídica, sino si actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional y para concretar esa integración habrá que examinar si el contratante del bien o servicio es el destinatario final del mismo, es decir, no lo incorpora a su actividad productiva, siendo el consumidor quien actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, como afirma Fernández Seijo¹⁴⁹.

Como señala Cámara Lapuente¹⁵⁰, «aunque la definición legal de “consumidor” en nuestro país, ha contado con hasta tres versiones (1984, 2007 y 2014) y ha cambiado desde la idea del “destinatario final” de los bienes y servicios a la noción propia de las Directivas de “actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial”, sigue siendo una definición que excluye aplicar ese régimen tuitivo a empresarios o profesionales que actúen al adherirse a contratos predisuestos dentro de una actividad empresarial». El citado autor afirma que «la peculiaridad española de extender la misma protección, a “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”, considerándolas también “consumidores” (art. 3 TR-LGDCU) no altera la anterior conclusión, que cobra especial trascendencia en cuanto a la exclusión del control de contenido de los contratos entre empresarios»¹⁵¹.

La inclusión de las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica como consumidores por parte de la normativa española, previsión no incluida en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, ni en la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, ni —más recientemente— en la Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, tiene como finalidad, según Marín López¹⁵², incluir en el concepto de consumidor a algunos entes sin personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios, y excluir a las personas jurídicas y entes sin personalidad que se constituyen ya con un

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p. 40.

¹⁵⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., «Control de cláusulas predisuestas en contratos entre empresarios», *Almacén de Derecho*, junio, 2016, p. 3.

Disponible en: <https://almacendederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios>

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor...», *op. cit.*, pp. 13-14.

claro ánimo de lucro, como las sociedades mercantiles (al margen del tipo que adopten) o las comunidades de bienes constituidas por varios sujetos para operar en el mercado. De esta forma, a juicio de Marín López, las personas jurídicas mercantiles (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.) no son nunca consumidores, pues los bienes o servicios que adquieren se destinan a una actividad comercial, mientras que en relación a las personas jurídicas «civiles», esto es, las fundaciones y las asociaciones, hay que distinguir las diferentes situaciones: las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas, y en ese marco celebrar contratos para obtener bienes o servicios; en tal caso no son consumidores. Respecto a las asociaciones, y dejando a un lado las asociaciones de empresarios o profesionales (que nunca son consumidores), actúan al margen de una actividad empresarial cuando los bienes o servicios adquiridos revierten directa o indirectamente en sus socios ¹⁵³.

Son dos los puntos de confrontación entre la doctrina y jurisprudencia del TJUE que se destacarán -brevemente- a continuación: el primero se refiere a la interpretación rígida o flexible del concepto, en sentido general; el segundo se centra en un aspecto práctico, que ayuda a concretar lo debatido en el plano general o abstracto.

En relación con la interpretación del concepto de consumidor, desde una perspectiva teórica, consideran acertadamente Micklitz y Reich ¹⁵⁴ que la interpretación excesivamente restrictiva del concepto de consumidor en la inicial jurisprudencia del Tribunal de Justicia ¹⁵⁵, excluyendo a personas que necesitan protección, es criticable, aunque tiene su razón en el hecho de que se desarrolló en ámbitos en los que el Tribunal de Justicia debía tener en cuenta no solo los aspectos sustantivos de la protección del consumidor, sino también los aspectos procesales y de seguridad jurídica respecto del lugar de celebración del litigio. Para comprenderlo mejor, hay que tener en cuenta que se partía de un contexto en el que cualquier regla que se apartara del foro del domicilio del demandado, como ocurría en los asuntos de consumidores, se debía interpretar de forma restrictiva ¹⁵⁶. Los autores citados, al criticar esta línea jurisprudencial, alegan que el artículo 169 TFUE deja la definición del concepto de consumidor a la

¹⁵³ *Ibid.*, p. 14.

¹⁵⁴ MICKLITZ, H-W y REICH, N., «El tejido de Derecho europeo de protección...», *op. cit.*, pp. 343-344.

¹⁵⁵ Asunto C-269/95. STJUE de 3 de julio de 1997, Benincasa y asunto C-464/01. STJUE de 20 de enero de 2005, *Gruber*.

¹⁵⁶ MICKLITZ, H-W y REICH, N., «El tejido de Derecho europeo de protección...», *op. cit.*, p. 344. Ello se explica por el hecho de que en los instrumentos sobre competencia judicial internacional la regla general es el foro del domicilio del demandado, presentando determinadas excepciones, como el foro del domicilio del consumidor en las relaciones de consumidores. Al tratarse de excepciones a la regla general, ello provocó que el concepto de consumidor se interpretase de forma restrictiva.

discreción del legislador de la UE o de los Estados miembros sin imponer una interpretación tan restrictiva del concepto de consumidor. Y, en efecto, en los últimos tiempos el TJUE ha ido flexibilizando el concepto de consumidor como lo demuestran las resoluciones que hemos analizado.

Conviene ahora llamar la atención sobre un problema observado en la jurisprudencia reciente de nuestro Tribunal Supremo. Así, en sentencias dictadas últimamente en materia de cláusulas abusivas en las que se debate sobre la condición de consumidor, el Tribunal Supremo acostumbra a manifestar que los criterios del Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos por el TJUE en la sentencia *Milivojevic* de 14 de febrero de 2019¹⁵⁷. En ese sentido, sirvan como ejemplos la STS 166/2022 de 1 de marzo (ES: TS:2022:791) y la STS 654/2023 de 3 de mayo (ES: TS:2023:1775). Reiteradamente, el Alto Tribunal reproduce un apartado de dicha sentencia y dice: «El concepto de “consumidor” [...] debe interpretarse de forma restrictiva» y continúa con un conjunto de aseveraciones contenidas en el apartado 87 de la sentencia *Milivojevic*.

A nuestro juicio, es inadecuada la utilización por parte del Tribunal Supremo en el marco de litigios de cláusulas abusivas de un concepto de consumidor configurado por el TJUE en una sentencia que interpreta el Reglamento 1512/2012 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁵⁸, es decir, el Reglamento Bruselas I bis.

A ello hay que añadir que el Tribunal Supremo lo silencia porque lo que la sentencia *Milivojevic* dice en su apartado 87 es: «El concepto de «consumidor», en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento núm. 1215/2012¹⁵⁹, debe interpretarse de forma restrictiva». Es decir, el Tribunal Supremo sustituye esa importante aclaración de la sentencia *Milivojevic* («en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento núm. 1215/2012») por corchete, tres puntos suspensivos y cierre de corchete. Al eliminar el ámbito en el que se interpreta el concepto de consumidor (Reglamento núm. 1215/2012), el Tribunal Supremo distorsiona el fundamento de esa afirmación del TJUE.

¹⁵⁷ C-630/17, STJUE de 14 de febrero de 2019, *Milivojevic*. Anica Milivojević contra Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen. Petición de decisión prejudicial planteada por el Općinski Sud u Rijeci, Croacia. EU: C:2019:123.

¹⁵⁸ Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Publicado en *DOUE* el 20 de diciembre de 2012.

¹⁵⁹ Subrayado es nuestro.

En nuestra opinión, el planteamiento del Tribunal Supremo es, a todas luces, incorrecto. Por un lado, en ninguna de las resoluciones examinadas en el presente trabajo interpretadoras de la Directiva 93/13 el Tribunal de Justicia ha utilizado la premisa: «El concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva». De hecho, en *YYY*¹⁶⁰, el TJUE viene a declarar que el carácter imperativo de las disposiciones contenidas en la Directiva 93/13 y las exigencias particulares de protección de los consumidores que llevan aparejadas exigen que se dé preferencia a una interpretación amplia del concepto de consumidores, en el sentido del artículo 2.b) de la Directiva 93/13, para garantizar el efecto útil de esta (apdo. 38 de *YYY*). Por tanto, la sentencia *YYY* refuerza nuestra crítica de modo inapelable.

Por otro lado, Los conceptos utilizados en cada instrumento comunitario deben interpretarse de forma autónoma con referencia a los objetivos de ese instrumento concreto. Por ello, no cabe aplicar –como hace el Tribunal Supremo– conceptos configurados en la interpretación de un instrumento de cooperación judicial como es el Reglamento 1512/2012 a otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea como es el relativo a las cláusulas abusivas. Como decía el Prof. Cruz Villalón en sus conclusiones¹⁶¹ del asunto *Costea* (apdo. 18), la noción de consumidor no es objeto de una configuración uniforme en todos los instrumentos, pertenecientes a ámbitos jurídicos diferentes y con finalidades diversas. Por tanto, consideramos que no es apropiado que el Tribunal Supremo en litigios de la Directiva 93/13 utilice el concepto de consumidor elaborado por el TJUE interpretando el Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial y, además, no lo diga.

Tras el dictado de la sentencia *YYY*, esperamos que el Tribunal Supremo deje de incluir esa referencia a que el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, puesto que en el ámbito de la Directiva 93/13 y, en general, en el ámbito de protección de consumidores, el concepto de consumidor ha de ser interpretado de forma amplia, según tiene declarado el TJUE. También sería positivo que el Tribunal Supremo no reprodujera interpretaciones efectuadas por el TJUE en el marco de un determinado instrumento comunitario, sin aclarar la procedencia de esas interpretaciones, cuando resuelve litigios de otro ámbito completamente diferente.

A mi modo de ver, la respuesta del Tribunal de Justicia y también la de los tribunales nacionales dentro del marco normativo en el que discurra el

¹⁶⁰ As. C-570/21. STJUE de 8 de junio de 2023, *YYY*.

¹⁶¹ C-110/14, conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 23 de abril de 2015.

conflicto concreto ha de responder a la necesidad de protección del sujeto sobre el que se debate su condición de consumidor o no. En la medida en que la aplicación de la legislación y jurisprudencia propia del ámbito de protección de consumidores se justifica por la situación de debilidad del consumidor frente al profesional, la necesidad de protección puede convertirse en el elemento decisorio. Deben ser los legisladores nacionales –como hizo el legislador español– los que incluyan dentro del concepto de consumidor otros sujetos necesitados de protección por verse obligados a contratar en una situación de desequilibrio frente a los profesionales.

En busca de la aplicación práctica de esos aspectos teóricos, descendamos a continuación al caso controvertido de las comunidades de propietarios. Al respecto, veamos cómo la sentencia *Condominio di Milano*¹⁶² generaría aún más dudas sobre la interesante tesis de Fernández Seijo¹⁶³ que considera que cuando una legislación interna prevea la consideración de las personas jurídicas o las sociedades mercantiles como consumidores se aplicarán los mecanismos de tutela previstos en el Derecho interno, pero no se les podrán aplicar los mecanismos de tutela específicos que se derivan de la jurisprudencia comunitaria como la posibilidad de intervención de oficio del juez. En *Condominio di Milano*, el órgano jurisdiccional remitente viene a plantearle al TJUE que se dispone a anular de oficio una cláusula que considera abusiva (apdo. 17) pero tiene dudas en cuanto a darle a la comunidad de propietarios el tratamiento de consumidor. En la sentencia, el TJUE viene a decir que la Directiva 93/13 no se opone a la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de Casación italiano que aplica a la comunidad de propietarios la normativa de protección de consumidores, sin entrar en detalle alguno, por lo que hay que deducir que recibiría exactamente el mismo tratamiento que los consumidores, lo que incluye la intervención de oficio del juez que es precisamente la actuación que motiva la consulta al TJUE. Es cierto que se trata de una comunidad de propietarios y que Fernández Seijo se refiere a las personas jurídicas, pero no parece que en el supuesto en que un legislador nacional –lo que denota mayor envergadura que una línea jurisprudencial– confiera a determinadas personas jurídicas el tratamiento tuitivo propio de los consumidores o directamente los incluya dentro del concepto de consumidor, pueda privárseles de una parte de los beneficios que disfrutaran los consumidores como son los inherentes a la aplicación de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio por el hecho de no ser personas físicas.

¹⁶² Asunto C-329/19. STJUE de 2 de abril de 2020, *Condominio di Milano*, *via Meda*.

¹⁶³ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La tutela de los consumidores...*, *op. cit.*, p. 47.

2.3 EL CONCEPTO DE PROFESIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE INTERPRETADORA DE LA DIRECTIVA 93/13

Una vez visto el concepto de consumidor que maneja la jurisprudencia del TJUE al interpretar la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, abordaremos a continuación –con idéntico método– los requisitos que deben concurrir en el otro sujeto de la relación jurídica para ser considerado *profesional* a efectos de que sea de aplicación la citada Directiva.

La armonización mínima de la Directiva 93/13 implica que los Estados miembros no pueden restringir el concepto de profesional porque ello conllevaría menor protección para el consumidor. Como veremos, el TJUE hace una interpretación amplia del concepto.

2.3.1 Contexto normativo

El apartado c) del artículo 2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas define el concepto de profesional como «toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada». En sentido similar a lo que sucede con la definición de consumidor en el Derecho de la Unión, el concepto de profesional puede variar en función del tratamiento dado por el legislador comunitario en los diferentes instrumentos normativos e incluso, en este caso, el propio término «profesional» puede verse sustituido por «comerciante» o «vendedor» en otras disposiciones ¹⁶⁴.

En el artículo 4 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) se define al empresario como «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». Así mismo, los artículos 5 y 7 del mismo texto legal recogen los conceptos de productor y de proveedor «al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto», según señala la Exposición de Motivos. Las tres figuras

¹⁶⁴ Así, por ejemplo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior emplea el vocablo «comerciante» («trader» en la versión inglesa y «professionnel» en la francesa), mientras que en la Directiva 2019/771 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes se utilizan los términos «vendedor» («seller» en la versión inglesa y «vendeur» en la francesa) y «productor» («producer» en la versión inglesa y «producteur» en la francesa).

a las que alude nuestro TRLGDCU estarían comprendidas dentro del «profesional» de la Directiva 93/13.

2.3.2 Análisis jurisprudencial

A continuación, examinamos dos sentencias relevantes en las que el TJUE ha empleado el concepto de profesional del artículo 2, apartado c) de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas.

Caso 12. *Siba*¹⁶⁵: La Directiva 93/13 se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos concluidos por un abogado, que actúa como profesional, con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Hechos. El litigio principal se refiere a la reclamación de honorarios por servicios jurídicos instada por un abogado contra la Sra. Siba¹⁶⁶. El TJUE refundió en una las cuatro cuestiones formuladas por el tribunal de casación lituano, entendiendo que este tribunal pregunta si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a contratos tipo de servicios jurídicos como los que son objeto del asunto principal, concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Doctrina. Observa el TJUE que la Directiva 93/13 se aplica, según resulta de sus artículos 1, apartado 1, y 3, apartado 1, a las cláusulas de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores que «no se hayan negociado individualmente». Además, según el considerando décimo de la Directiva 93/13, las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse

¹⁶⁵ Asunto C-537/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 15 de enero de 2015. Bírute Siba contra Arunas Devėnas. Petición de cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE remitida por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania). EU: C:2015:14 Este asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, a la que le fue asignado.

¹⁶⁶ La Sra. Siba concertó con el abogado Sr. Devenas tres contratos relativos a la prestación de determinados servicios jurídicos por parte de este. La Sra. Siba no pagó los honorarios en el plazo fijado y el abogado solicitó al tribunal de distrito de Klaipėda que dictara un mandamiento de pago por la cantidad de 15000 litas (LTL) por los honorarios adeudados. Teniendo en cuenta que Lituania se incorporó a la zona del euro el 1 de enero de 2015, siendo tipo de conversión irrevocable de 1€=3,45280LTL equivale a 4.344 euros. Tras sentencia estimatoria en la primera y segunda instancias, la Sra. Siba recurrió en casación alegando que los tribunales inferiores no tuvieron en cuenta su condición de consumidora a la hora de la interpretación de los contratos discutidos. El tribunal remitente consideró necesario evaluar si un abogado que ejerce una profesional liberal puede ser calificado como profesional y si un contrato de servicios jurídicos concluido por un abogado con una persona física es un contrato de consumo, con todas las garantías inherentes para esa persona física.

a todos los contratos entre un profesional y un consumidor, según los define el artículo 2 en sus letras b) y c).

Por tanto, la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional. Se apoya el TJUE en la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*¹⁶⁷ y también afirma que el sistema de protección de la Directiva se sustenta sobre la situación de inferioridad en la que se halla el consumidor¹⁶⁸.

Pasando al análisis del pleito principal, observa el TJUE que existe, en principio, una desigualdad entre los clientes-consumidores y los abogados porque estos tienen un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen de modo que estos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les prestan. Afirma el TJUE que un abogado que presta en ejercicio de su actividad profesional un servicio a título oneroso a favor de una persona física que actúa para fines privados es un profesional en el sentido del artículo 2, letra c) de la Directiva 93/13¹⁶⁹. Esta condición no se ve afectada por el carácter público de la actividad de los abogados porque -según el considerando decimocuarto- la Directiva se aplica también a las actividades profesionales de carácter público¹⁷⁰. De esta forma, manifiesta el TJUE que cuando un abogado decide utilizar en las relaciones contractuales con sus clientes las cláusulas tipo previamente redactadas por él mismo o por los órganos de su corporación profesional, esas cláusulas se integran directamente en los contratos por la voluntad de ese abogado¹⁷¹. Considera el TJUE que, de la misma forma que los abogados deciden libremente hacer uso de las cláusulas tipo que no reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas -las que prevé el artículo 1.2 de la Directiva 93/13-, la aplicación de la Directiva no puede ser lesiva para la especificidad de las relaciones entre un abogado y su cliente, ni para los principios que sustentan el ejercicio de la profesión de abogado¹⁷².

El TJUE se detiene a analizar el hecho de que los abogados están obligados a proteger la confidencialidad de sus relaciones con los clientes-consumidores e introduce diversas matizaciones. De un lado, afirma que esto no constituye un obstáculo para la aplicación de la Directiva 93/13¹⁷³: las cláusulas contractuales que no son objeto de negociación individual, en especial,

¹⁶⁷ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

¹⁶⁸ Asunto C-537/13. STJUE de 15 de enero de 2015, *Siba*, apdos. 19 a 22.

¹⁶⁹ *Ibid.*, apdo. 24.

¹⁷⁰ *Ibid.*, apdo. 25.

¹⁷¹ *Ibid.*, apdo. 26.

¹⁷² *Ibid.*, apdo. 27.

¹⁷³ *Ibid.*, apdo. 30.

las redactadas con vistas a una utilización generalizada, no contienen como tales informaciones personalizadas sobre los clientes de los abogados cuya revelación pudiera lesionar el secreto propio de la profesión de abogados ¹⁷⁴. De otro lado, afirma que no estaría sujeta a la aplicación de la Directiva la redacción específica de una cláusula negociada individualmente (en particular, la referida a las modalidades de los honorarios del abogado), que pudiera revelar, al menos incidentalmente, algunos aspectos de la relación que deberían mantenerse secretos ¹⁷⁵.

Finalmente, alude el TJUE a que el tribunal nacional ha de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas atendiendo a la naturaleza de los servicios y todas las circunstancias que concurran en el momento de la celebración del contrato ¹⁷⁶. De esta forma, afirma el TJUE que en los contratos sobre servicios jurídicos como los del litigio principal corresponde al juez nacional considerar la naturaleza específica de esos servicios en su apreciación del carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales conforme al artículo 5.1 de la Directiva 93/13 y, en caso de duda, debe dar a las cláusulas controvertidas la interpretación más favorable para el consumidor ¹⁷⁷. Por tanto, concluye el TJUE que la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional ^{178 - 179}.

Comentarios. Esta sentencia resulta muy interesante para determinar la aplicación de la Directiva 93/13 en las relaciones entre abogados y clientes.

¹⁷⁴ *Ibid.*, apdo. 31.

¹⁷⁵ *Ibid.*, apdo. 32.

¹⁷⁶ *Ibid.*, apdo. 33.

¹⁷⁷ *Ibid.*, apdo. 34.

¹⁷⁸ *Ibid.*, apdo. 35.

¹⁷⁹ El litigio principal que dio lugar a la sentencia objeto del presente comentario finalizó con la estimación parcial por parte del Tribunal Supremo lituano del recurso de casación formulado por la Sra. Šiba contra la decisión del tribunal regional que confirmaba la validez de los contratos tipo para la prestación de servicios jurídicos suscritos por la Sra. Šiba con su abogado. Siguiendo el criterio expresado por el TJUE en su sentencia resolviendo la cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo lituano declaró que el tribunal regional no había calificado los contratos en cuestión como contratos en el ámbito de consumidores y no había apreciado esa naturaleza, por lo que declaró nula parcialmente la resolución del tribunal regional y devolvió el asunto a dicho tribunal para que dictara nueva resolución. No obstante, el Tribunal Supremo lituano también declaró que esos contratos no eran contrarios a leyes imperativas y que no había fundamentos para la nulidad de los mismos, sin perjuicio de que se les aplicara la Directiva 93/13 y debían ser objeto de apreciación sobre la claridad y comprensibilidad de sus cláusulas contractuales.

Decisión (nutartis) de fecha 14/04/2015 del Tribunal Supremo de Lituania (Lietuvos Aukščiausiasis Teismas). Asunto: Birutė Šiba contra Arūnas Devėnas. Referencia del asunto nacional: Civilinė byla Nr. 3K-7-149-706/2015 ; Teisminio proceso Nr. 2-06-3-08479-2011-3. Fuente: Portal ACA Europe .Disponible en <http://www.aca-europe.eu/index.php/en/dec-nat-en> (última consulta el 8 de diciembre de 2022).

Cuando concurren dos circunstancias: a) que se trate de un contrato de adhesión y b) que el cliente sea una persona física que actúa al margen de su actividad profesional, el juez nacional habrá de apreciar la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato de servicios jurídicos aplicando la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE que la interpreta. La conclusión del TJUE, desde nuestro punto de vista, responde a criterios absolutamente lógicos y conformes con la Directiva. Desde *Asbeek Brusse y de Man Garabito* ya sabíamos que el criterio del TJUE es que las cláusulas no negociadas individualmente de los diversos contratos de venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios entre profesionales y consumidores entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Si en esa sentencia era un contrato de arrendamiento de una vivienda la relación jurídica profesional-consumidor que se sometía a la aplicación de la Directiva 93/13, en el presente asunto son varios contratos de prestación de servicios jurídicos entre un abogado y su clienta. Es evidente que no tiene por qué existir un tratamiento diferente. Es de observar que según se va desarrollando el negocio de los servicios jurídicos cada vez son más las situaciones en las que los clientes suscriben contratos tipo por lo que resulta muy necesario dotar al consumidor de la protección conferida por la Directiva 93/13. En los últimos tiempos, materias como las referidas a las reclamaciones por cláusulas suelo o por los gastos de las hipotecas han propiciado que grandes y medianos despachos –algunos con el apoyo financiero de fondos de inversión y fuertes campañas publicitarias– hayan suscrito contratos de prestación de servicios jurídicos con cientos o miles de afectados. En esos supuestos, se pierde la relación «abogado-cliente» para convertirse en una relación «empresa dedicada a servicios jurídicos-cliente». Esta nueva relación se configura de manera muy diferente a la tradicional. Ni siquiera se aplicaría lo que el TJUE prevé en el apartado 32 de la sentencia, esto es, el secreto de la cláusula contractual referida a honorarios del abogado, puesto que esos honorarios –constituidos por un determinado porcentaje sobre el beneficio económico obtenido– se hacen públicos con el fin de atraer a más posibles clientes.

La prestación del servicio jurídico recibe un tratamiento similar al de la adquisición de otro servicio o producto, existiendo un importante desequilibrio entre el profesional y el consumidor, no solo en cuanto al alto nivel de competencias técnicas que tienen los abogados y que los consumidores no poseen necesariamente –como indica el TJUE en el apartado 23–, sino también por lo que se refiere a la diferencia de medios con que cuenta cada una de las partes de la relación, incluso, siendo este último aspecto más influyente, desde nuestro punto de vista, en los supuestos a los que nos estamos

refiriendo en este comentario. Por ello, resulta trascendental que se generalice la aplicación de la Directiva 93/13 al ámbito de los servicios jurídicos prestados por profesionales a consumidores en el marco de contratos tipo cuyas circunstancias en muchas ocasiones se encuentran mucho más próximas a la venta de cualquier servicio o producto (campaña publicitaria, diferentes operadores telefónicos en contacto con el consumidor, etc.) que a la tradicional relación entre abogado y cliente, lo que hace primordial reforzar la protección de los consumidores¹⁸⁰.

Sin perjuicio de todo lo dicho anteriormente, consideramos que un contrato de servicios jurídicos entre abogado y cliente persona física que actúa con propósito ajeno a su actividad profesional está sometido a la aplicación de la Directiva 93/13 no solo cuando se trata de un contrato tipo, sino también cuando se trata de un contrato novedoso cuyo clausulado ha sido redactado previamente por el profesional para regular específicamente una relación jurídica concreta y determinada, siempre y cuando el consumidor no haya podido influir sobre su contenido al no haberse negociado, constituyendo por tanto, un contrato de adhesión.

¹⁸⁰ En línea con lo que decimos, se hizo pública una sentencia en nuestro país declarando abusiva una cláusula contenida en un contrato de estas características suscrito con un consumidor por un despacho español que ha obtenido gran notoriedad por fuertes campañas publicitarias dirigidas a captar clientes interesados en demandar a las entidades bancarias por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de productos financieros. Todo ello no deja de ser paradójico en el marco de lo que podríamos denominar fenómeno de las cláusulas abusivas. Nos referimos a la sentencia de 14 de mayo de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Santa María la Real de Nieva (Segovia), ECLI: ES: JPII:2019:79. Arriaga Asociados interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Segovia desestimó el recurso confirmando la condena mediante sentencia de 21 de enero de 2020 (ECLI: ES: APSG:2020:30). Resulta interesante que la juez de la instancia, con un desarrollo argumental detallado y acertado –a nuestro modo de ver–, considera que la cláusula del contrato tipo no negociado individualmente de la empresa Arriaga Asociados Asesoramiento Jurídico y Económico, S. L. no supera el doble control de transparencia. Señala la juez de la instancia que no hubo información previa, clara y comprensible en fase precontractual, no sabiendo el consumidor la trascendencia real de la firma de una novación del contrato originario. En esta novación el consumidor pasaba de pagar como honorarios el 10% de lo percibido –algo habitual en esos procedimientos– a pagar como honorarios no solo las costas que se ganaran a la contraparte sino también los intereses generados en favor del consumidor por la suma reclamada. La juez declaró la nulidad por abusiva de la cláusula contenida en la novación, que rezaba: «Si el procedimiento judicial se gana con condena en costas, Arriaga Asociados percibirá las costas procesales y los intereses si los hubiera». Parece evidente que el despacho de abogados trató de incluir sin la claridad ni transparencia necesarias que los intereses devengados por el principal reclamado, en lugar de ser recibidos por el demandante, formaba parte de los honorarios del despacho de abogados, algo inusual y ya de por sí deontológicamente muy discutible. Es muy importante que los consumidores sean conscientes de que a los contratos tipo firmados con despachos de abogados les resulta de aplicación la Directiva sobre cláusulas abusivas de la misma forma que a los contratos que firman con los bancos. Por eso, sentencias como *Siba* ayudan a concienciar a los consumidores para que cuando sus propios abogados hayan utilizado cláusulas abusivas en sus relaciones profesionales con ellos, busquen a otros abogados para que les sean reconocidos sus derechos como consumidores, contribuyendo al cese del uso de cláusulas abusivas en interés de los consumidores y de una competencia libre y justa entre los profesionales.

Por último, es de señalar que nuestro Tribunal Supremo hizo reiteradas menciones a la sentencia *Siba*, incluso reproduciendo los apartados 23 y 24 de la misma, en la sentencia número 121/2020 de 24 de febrero, ES: TS:2020:504, en la que resolvió el recurso de casación¹⁸¹ interpuesto en el procedimiento relativo a una reclamación de honorarios de un abogado a una consumidora¹⁸². El planteamiento efectuado por el TS es, a nuestro juicio, desacertado. El TS parte de que la Directiva 93/13 resulta de aplicación al contrato de arrendamientos de servicios profesionales que es el objeto del litigio. En ese sentido, el TS afirma que la sentencia *Siba*¹⁸³ «estableció concluyentemente que la Directiva 93/13[...] es aplicable a los contratos de servicios jurídicos concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional»¹⁸⁴. Esa premisa es incompleta porque, como hemos visto, la sentencia *Siba* declara en su fallo: «[...] se aplica a los contratos tipo¹⁸⁵ de servicios jurídicos[...]». Esa importantísima condición es omitida completamente por el Tribunal Supremo. Resulta evidente que, con arreglo al artículo 3.1 de la Directiva 93/13, únicamente las cláusulas no negociadas individualmente pueden ser consideradas abusivas. El ordenamiento jurídico español ha transpuesto esa condición en el artículo 82.1 del TRLGDCU («Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente [...]»). Por ello, es inexplicable, desde nuestro punto de vista, que el Tribunal Supremo haya guardado silencio sobre esa cuestión. Previamente a realizar el juicio de abusividad que lleva a cabo, el TS debería haberse pronunciado sobre la condición que hemos apuntado para explicar las razones por las que consideraba que las cláusulas susceptibles de la apreciación sobre su naturaleza abusiva no habían sido negociadas individualmente. Al no pronunciarse al respecto incurre en un grave desacierto, a nuestro modo de ver. Incluso, resulta más llamativa la postura del TS al tratarse de un contrato verbal. El propio TS se esfuerza por justificar que el hecho de que «el contrato de arrendamiento de servicios profesionales

¹⁸¹ Uno de los dos motivos de casación era: «Segundo. Infracción del artículo 14 Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales en relación con la necesidad de establecer jurisprudencia acerca del alcance de la Sentencia, de 15 de enero de 2015, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, acerca de una demanda para el pago de honorarios, en un acuerdo no formalizado por escrito».

¹⁸² Se trataba de una reclamación de honorarios de abogado por importe de 23.328,29 euros derivada de la defensa de una litigante (Sra. Gregoria) en un juicio ordinario que concluyó con sentencia íntegramente estimatoria para los intereses de la litigante, comprendiendo también su ejecución y la ejecución de tasación de costas. También se reclamaban en la misma demanda los honorarios de otro juicio ordinario que terminó con sentencia desestimatoria de la pretensión de la Sra. Gregoria.

¹⁸³ En la sentencia se transcribe equivocadamente «Diba» en lugar de «Siba».

¹⁸⁴ Fundamento de Derecho tercero, apartado 2 de la STS 121/2020.

¹⁸⁵ Negrita y subrayado son nuestros.

celebrado entre las partes no se documentara por escrito no es óbice para que se le aplique la normativa protectora de los consumidores»¹⁸⁶. Es indudable que el hecho de que un contrato sea verbal no impide que se le aplique la normativa de protección de consumidores y también lo es que un contrato verbal cuyas cláusulas no se hayan negociado individualmente¹⁸⁷ estaría sujeto al juicio de abusividad del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 (con la exclusión del artículo 4.2 del mismo texto legal). Ahora bien, tal y como consta en la sentencia del TS número 121/2020 de 24 de febrero, el contrato que origina el procedimiento judicial es un contrato verbal entre un abogado y su cliente, no existiendo contrato escrito ni hoja de encargo donde se pactasen las condiciones, pero sí los sucesivos encargos para que el abogado llevara la dirección jurídica de las distintas fases del procedimiento. Parece que estamos ante una relación personalizada o individualizada entre abogado y cliente que va desarrollándose a medida que van avanzando los trámites de los dos procedimientos judiciales, en uno de ellos con ejecución de sentencia. En esas circunstancias, no parece verosímil considerar que estemos ante un contrato de adhesión o que las condiciones pactadas del contrato verbal no hubiesen sido negociadas individualmente. Lo que parece haber sucedido –al menos lo que deducimos del contenido de la sentencia–, es que las partes no negociaron las condiciones económicas de los servicios prestados por el abogado y que fue al finalizar la relación de servicios cuando el abogado presentó su minuta comprensiva de todas las gestiones realizadas y la cliente-consumidora no estuvo de acuerdo con la misma. Dicho de otra forma, aparentemente, la negociación fue individual, pero no se negoció una condición tan importante como era el precio de los servicios jurídicos que iba a prestar el abogado. En consecuencia, desde nuestro punto de vista, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas no resultaría aplicable al supuesto enjuiciado por el TS, con la consiguiente improcedencia del juicio de abusividad operado por el TS en la sentencia¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Fundamento de Derecho tercero, apartado tercero de la STS 121/2020.

¹⁸⁷ Piénsese en un contrato celebrado telefónicamente entre un profesional y un consumidor en el que la operadora telefónica recita el clausulado y el consumidor se adhiere, quedando constancia de ello mediante la correspondiente grabación.

¹⁸⁸ Los pasos seguidos por el TS son: primero, estimar que el contrato verbal de arrendamiento de servicios profesionales de abogado está sometido a la normativa protectora de consumidores y, específicamente, a la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas; segundo, considerar que al debatirse sobre el precio de los servicios profesionales no cabe hacer directamente un control de contenido sobre su abusividad (por aplicación del 4.2 de la Directiva 93/1), sino que procede hacer anteriormente un control de transparencia y en función de su resultado pronunciarse o no sobre una hipotética abusividad; tercero, determinar que la relación contractual entre las partes, en lo concerniente a la cuantificación de los honorarios, no fue transparente por lo que debe hacerse el juicio de abusividad; cuarto, tras apreciar que los honorarios no fueron

En nuestra opinión, de los datos contenidos en la sentencia podría deducirse que la relación contractual sí estaba sometida a la legislación de protección de consumidores puesto que la cliente era una consumidora que actuaba, aparentemente, con un propósito ajeno a su actividad profesional y el abogado era un profesional, actuando dentro del marco de su actividad como tal. No obstante, la relación contractual no estaría sometida a la Directiva sobre cláusulas abusivas ni a las disposiciones nacionales que transponen la Directiva 93/13, al faltar el requisito de que las condiciones contractuales no se hubieran negociado individualmente, es decir, que hubieran sido redactadas previamente y el consumidor no hubiera podido influir sobre su contenido. Ello no impediría que el contrato fuese objeto de control a través de los diversos mecanismos que prevé nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.258, 1.256 Código Civil, entre otros) y que, en caso de contravención, se impusiera la sanción que legalmente correspondiese.

Resulta preocupante que el TS no haya realizado mención alguna al requisito de la necesidad de tratarse de cláusulas no negociadas individualmente, actuando como si el legislador español no hubiera transpuesto esa condición¹⁸⁹. Es indiferente que se trate de un contrato de arrendamiento de servicios jurídicos o de cualquier otro tipo de contrato entre profesional y consumidor, resulta imprescindible diferenciar entre la aplicación a un supuesto concreto de la legislación de consumidores y la aplicación al mismo de instrumentos específicos de esta legislación como son la Directiva 93/13 y la normativa nacional que la transpone. El nivel elevado de protección de los consumidores no puede conseguirse a través de una falta de rigor en la aplicación de la legislación existente, con el consiguiente detrimento de la seguridad jurídica¹⁹⁰.

excesivos, concluir que la fijación de la retribución profesional no resultó abusiva porque no causó un grave desequilibrio entre las partes ni existió una manifiesta mala fe por parte del abogado. El proceso seguido por el TS hubiera sido correcto, a nuestro entender, si hubiera partido de un contrato de adhesión, lo que parece que no es el caso.

¹⁸⁹ En los apartados dedicados a las propuestas legislativas, hacemos referencia a la posibilidad de que el legislador español, en el futuro, pueda garantizar un mayor nivel de protección al consumidor, adoptando una disposición más estricta que consistiría en modificar el concepto de cláusulas abusivas, eliminando del mismo el requisito de la necesidad de que no hayan sido negociadas individualmente.

¹⁹⁰ Bastantes problemas de seguridad jurídica han sido ya generados por el silencio del legislador español sobre la transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y su «transposición» por vía jurisprudencial, como para que se consolidara una jurisprudencia que prescindiese del requisito –previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 y en el artículo 82.1 del TRLGDCU– de no haber sido negociada individualmente una cláusula para poder ser considerada abusiva.

Caso 13. *Karel de Grote*¹⁹¹: Una entidad educativa autónoma, que imparte formación subvencionada y que ha celebrado un contrato con una de sus estudiantes en el que se estipulan facilidades de pago de unos importes adeudados por esta en concepto de tasas de matrícula y de gastos correspondientes a un viaje de estudios, se considera «profesional» a los efectos del artículo 2.c) de la Directiva 93/13.

Hechos. El pleito principal tiene como objeto la reclamación efectuada por la entidad Karel de Grote Hogeschool (Universidad Karel de Grote, en lo sucesivo, «KdG»), que es una institución privada de enseñanza que recibe fondos públicos¹⁹², contra una de sus estudiantes, la Sra. Susan Kuijpers¹⁹³. El Juez de Paz estimó la demanda en cuanto al principal, pero tenía una serie de dudas sobre las demás cantidades, abriendo un debate procesal al respecto, sin que acudiera la Sra. Kuijpers que permaneció en rebeldía. El Juez de Paz considera que, habida cuenta de que la Sra. Kuijpers no ha comparecido, está obligado, en virtud del artículo 806 del Código de Procedimiento Civil belga, a estimar las pretensiones de la KdG, salvo si la tramitación del procedimiento o dichas pretensiones fueran contrarias al orden público. A fin de resolver sus dudas plantea cuestión prejudicial al TJUE.

Mediante la primera pregunta el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que un juez nacional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía,

¹⁹¹ Asunto C-147/16, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de mayo de 2018. Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW contra Susan Romy Jozef Kuijpers. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juez de Paz de Amberes, Bélgica. EU: C:2018:320. La Abogada General Sra. Sharpston presentó sus conclusiones el 30 de noviembre de 2017.

¹⁹² La «Karel de Grote Hogeschool Katholieke Antwerpen VZW» o, en su denominación en inglés, «Karel de Grote University of Applied Arts and Sciences» fue inaugurada en septiembre de 1995, siendo el resultado de la fusión de trece antiguas escuelas secundarias católicas. Fuente: <https://www.kdg.be/>

¹⁹³ El 3 de febrero de 2014 se exigió a la Sra. Kuijpers el pago de un importe total de 1.546 euros a la KdG en concepto de tasas de matrícula para los cursos académicos 2012/13 y 2013/14 y de aportación a un viaje de estudios. Al no poder pagar dicho importe de una sola vez, el Servicio de Asistencia al Estudiante de la KdG (en lo sucesivo, «KdG Stuvo») le concedió un plan de pago a plazos sin intereses. En virtud de dicho plan, el KdG Stuvo abonó dicho importe a la Sra. Kuijpers a fin de que esta pudiera pagar a la KdG. La Sra. Kuijpers debía reembolsar 200 euros al mes al KdG Stuvo durante siete meses, con un primer pago a fecha de 25 de febrero de 2014. El saldo restante de 146 euros debía abonarse el 25 de septiembre de 2014. El contrato incluía una cláusula que rezaba: «Si el importe prestado no es devuelto (total o parcialmente) dentro de plazo, se devengarán de pleno Derecho y sin necesidad de requerimiento intereses a un tipo del 10 % anual, calculados sobre la deuda pendiente a partir del día posterior a la fecha de vencimiento incumplida. Así mismo, se adeudará una indemnización dirigida a cubrir los gastos de cobro de la deuda, determinada de forma convencional en un 10 % de la deuda pendiente, con un mínimo de 100 euros». La Sra. Kuijpers no efectuó los pagos. En noviembre de 2015, la KdG presentó una demanda ante el Juez de Paz de Amberes contra la Sra. Kuijpers con objeto de que esta abonase (en virtud del contrato celebrado con el KdG Stuvo) el principal (1.546 euros), intereses de demora a un tipo del 10 % devengados desde el 25 de febrero de 2014 (269,81 euros) y una indemnización (154,60 euros).

y al que la legislación procesal nacional faculta para examinar de oficio si la cláusula en que se basa la reclamación es contraria a las normas nacionales de orden público, puede (o incluso debe) examinar de oficio si el contrato que incluye esa cláusula está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

El TJUE reformula las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, y, analizándolas conjuntamente, declara que deben entenderse en el sentido de que el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si una entidad educativa autónoma, como la del litigio principal, que ha celebrado un contrato con una de sus estudiantes en el que se estipulan facilidades de pago de ciertos importes adeudados por esta última en concepto de tasas de matrícula y de gastos correspondientes a un viaje de estudios, debe tener la consideración, en el marco de este contrato, de «profesional», en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13, por lo que dicho contrato queda comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

Doctrina. El TJUE comienza por aclarar que la primera pregunta pone su foco en el artículo 806 del Código de Procedimiento Civil belga, disposición que obliga al juez nacional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía a estimar las pretensiones o las alegaciones de la parte que sí ha comparecido, salvo si la tramitación del procedimiento o esas pretensiones o esas alegaciones son contrarias al orden público.

Recuerda el TJUE las premisas contenidas en su jurisprudencia sobre la Directiva 93/13 y deja señalado que el principio de equivalencia es la clave para contestar la pregunta. El TJUE se remite en varias ocasiones a la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*¹⁹⁴, trayendo a colación que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 es una disposición de carácter imperativo y que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, dado el interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores. Deduce el TJUE que cuando el juez nacional sea competente, según las normas procesales internas, para examinar de oficio si una reclamación es contraria a las normas nacionales de orden público, –competencia que, según las indicaciones expuestas en la resolución de remisión, se reconoce en el sistema judicial belga al órgano jurisdiccional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía– también deberá ejercer esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios enunciados por la Directiva 93/13, si la

¹⁹⁴ C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

cláusula controvertida en que se basa dicha reclamación y el contrato en que la misma figura están comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva y, en su caso, si tal cláusula es abusiva¹⁹⁵.

La conclusión del TJUE es que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía, y al que la legislación procesal nacional faculta para examinar de oficio si la cláusula en que se basa la reclamación es contraria a las normas nacionales de orden público, está obligado a examinar de oficio si el contrato que incluye esa cláusula está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva y, en su caso, si tal cláusula es abusiva¹⁹⁶.

El TJUE pasa a las cuestiones segunda y tercera que resuelve conjuntamente y que abordan un tema complejo como es la consideración o no como profesional de una institución educativa que proporciona educación subvencionada.

Antes de entrar en materia, el TJUE aclara que en el marco de la Directiva 93/13 el término adecuado no es empresa sino profesional, advirtiendo que el legislador belga empleó el término de «empresa» que figura en el artículo VI.83 del Código de Derecho Económico para transponer al ordenamiento jurídico nacional el término de «profesional» que se define en el artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13¹⁹⁷.

Basándose en la premisa de que al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 93/13, para alcanzar el resultado que esta persigue, declara el TJUE que, en el marco del litigio principal, el juez nacional debe interpretar el concepto de «empresa», utilizado en Derecho belga, de manera conforme al concepto de «profesional», en el sentido de la Directiva 93/13, y, en particular, a la definición que figura en su artículo 2, letra c).

Por tanto, el TJUE procede a la averiguación sobre si la entidad educativa autónoma encartada en el litigio principal tiene la consideración de «profesional», en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13, y si, en consecuencia, el contrato de aplazamiento suscrito por la estudiante con dicha entidad queda comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

Se detiene el TJUE en el análisis del artículo 2.c) de la Directiva 93/13, deduciendo del mismo que el legislador de la Unión confirió un sentido amplio

¹⁹⁵ C-147/16. STJUE de 17 de mayo de 2018, *Karel de Grote*, apdo. 36.

¹⁹⁶ *Ibid.*, apdo. 37.

¹⁹⁷ De nuevo, el TJUE hace constar la existencia de una inadecuada traducción en la normativa nacional de transposición de la Directiva 93/13 como ya sucedió anteriormente en *Asbeek Brusse y de Man Garabito*. En el presente caso, se trata de que el legislador belga al transponer la Directiva 93/13 en lugar de utilizar el término «profesional» empleado por esta, usa el término «empresa».

al concepto de profesional. Para ello se ampara en el término «toda» contenido en el precepto, añadiendo que abarca toda actividad profesional, «ya sea pública o privada». A tal efecto, se remite al decimocuarto considerando, que dispone que la Directiva 93/13 se aplica también a las actividades profesionales de carácter público. De esta forma, manifiesta el TJUE que el artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 no excluye de su ámbito de aplicación ni a las entidades que cumplen una misión de interés general ni a las que están sujetas a un régimen de Derecho público, remitiéndose por analogía a *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*¹⁹⁸. También advierte el TJUE que habida cuenta de que las funciones de carácter público e interés general se ejercen a menudo sin ánimo de lucro, el carácter lucrativo de la actividad o el hecho de que la entidad la ejerza sin ánimo de lucro no resulta pertinente por lo que concierne a la definición del concepto de «profesional», en el sentido de esta disposición¹⁹⁹.

Partiendo de la idea consistente en que la Directiva 93/13 se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, el TJUE afirma que el concepto de profesional es un concepto funcional que exige apreciar si la relación contractual forma parte de las actividades que una persona ejerce con carácter profesional²⁰⁰.

El TJUE analiza la argumentación alegada por los Gobiernos de Bélgica y Austria en el sentido de que la entidad encartada como entidad de educación superior financiada principalmente con fondos públicos, no puede tener la consideración de «empresa», conforme a la acepción que tiene este concepto en el Derecho de la competencia de la Unión, y, por tanto, no puede ser considerada «profesional», en el sentido de la Directiva 93/13, puesto que la formación que imparte no constituye un «servicio», en el sentido del artículo 57 TFUE²⁰¹.

Sin embargo, el TJUE afirma que el litigio principal no se refiere directamente al cometido educativo de una entidad como la KdG, sino que es objeto de controversia una prestación concedida por esa entidad, con carácter complementario y accesorio de su actividad educativa, consistente en ofrecer mediante contrato la posibilidad de que una estudiante le devuelva a plazos y sin intereses unos importes adeudados. Pues bien, tal prestación supone, según el TJUE, por definición, la concesión de facilidades de pago de una deuda existente y, en esencia, constituye un contrato de crédito²⁰².

¹⁹⁸ C-59/12. STJUE de 3 de octubre de 2013. *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*. BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof, Alemania. EU: C:2013:634.

¹⁹⁹ C-147/16. STJUE de 17 de mayo de 2018, *Karel de Grote*, apdos. 48 a 51.

²⁰⁰ *Ibid.*, apdos. 53 y 55.

²⁰¹ *Ibid.*, apdo. 56.

²⁰² *Ibid.*, apdo. 57.

Por tanto, señala el TJUE que, dejando a salvo la comprobación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los extremos mencionados en el anterior apartado, procede considerar que, al conceder tal prestación complementaria y accesoria de su actividad educativa en el marco de dicho contrato, una entidad como la KdG actúa como «profesional» en el sentido de la Directiva 93/13. Para «apuntalar» su conclusión el TJUE trae a colación la situación de desigualdad existente entre las partes y afirma que corrobora su interpretación la finalidad protectora perseguida por la Directiva. Así, en un contrato como el que es objeto del litigio principal, existe, según el TJUE, en principio, una desigualdad entre la entidad educativa y el estudiante a causa de la asimetría entre estas partes en lo que se refiere a la información y a las competencias técnicas, de forma que una entidad como esa dispone de una organización permanente y de competencias técnicas de las que no dispone necesariamente el estudiante, que actúa con fines privados y que se enfrenta incidentalmente a un contrato de este tipo²⁰³.

Concluye el TJUE declarando que, dejando a salvo las comprobaciones que el órgano jurisdiccional remitente debe efectuar, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una entidad educativa autónoma, como la del litigio principal, que ha celebrado un contrato con una de sus estudiantes en el que se estipulan facilidades de pago de unos importes adeudados por esta en concepto de tasas de matrícula y de gastos correspondientes a un viaje de estudios, debe tener, en el marco de este contrato, la consideración de «profesional», en el sentido de esta disposición, por lo que dicho contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva²⁰⁴.

Comentarios. Es de señalar que el TJUE siguió las propuestas de la Abogado General²⁰⁵. Así mismo, cabe observar que las preguntas segunda y tercera, contestadas conjuntamente por el TJUE, resultan de gran interés y, a través de su respuesta, el TJUE proporciona a los jueces nacionales una serie de indicaciones muy útiles para resolver casos similares.

El TJUE sostiene que el concepto de profesional es un concepto funcional que exige apreciar si la relación contractual forma parte de las actividades que una persona ejerce con carácter profesional. Mediante ese criterio –nada complejo– se puede evaluar la enorme y variada casuística que se ventila en la práctica judicial.

²⁰³ *Ibid.*, apdos. 58 y 59.

²⁰⁴ *Ibid.*, apdo. 60.

²⁰⁵ Asunto C-147/16. Conclusiones presentadas por la Abogado General Sra. Eleanor Sharpston el 30 de noviembre de 2017.

También es interesante que el TJUE modela un concepto de profesional a efectos de la Directiva 93/13 totalmente independiente del concepto de empresa a efectos de Derecho europeo de la competencia. Así, frente a la argumentación de que una entidad de educación superior financiada principalmente con fondos públicos no puede tener la consideración de «empresa», puesto que la formación que imparte no constituye un «servicio», en el sentido del artículo 57 TFUE, el TJUE dice que el litigio principal no se refiere directamente al cometido educativo de una entidad como la KdG, sino que es objeto de controversia una prestación concedida por esa entidad, con carácter complementario y accesorio de su actividad educativa, consistente en ofrecer mediante contrato la posibilidad de que una estudiante le devuelva a plazos y sin intereses unos importes adeudados. Según el TJUE tal prestación constituye un contrato de crédito.

En nuestra opinión, el TJUE da un enfoque un tanto forzado. El dato que quebraría el enfoque del TJUE es que el préstamo no devenga intereses, por lo que está vinculado directamente a la actividad de enseñanza. Se trata del ofrecimiento de condiciones óptimas a la estudiante-cliente para que pueda hacer frente a los importes devengados en su día por servicios vinculados a la enseñanza. En la práctica española, la relación contractual podría configurarse como un reconocimiento de deuda con aplazamiento-fraccionamiento y con una indudable vinculación a los servicios de enseñanza proveídos por el profesional. Nos preguntamos si ese enfoque «forzado» del TJUE es realmente necesario y cuál hubiera sido la respuesta si se vincula el contrato con la propia actividad de enseñanza o si el problema hubiera surgido directamente del contrato que suscribió la estudiante cuando inició su matriculación en la Universidad. Consideramos que, a pesar de que se trate de una entidad financiada principalmente con fondos públicos, tan «profesional» a los efectos de la Directiva 93/13 es la entidad Karel de Grote cuando suscribe un contrato de crédito con una estudiante como cuando suscribe un contrato de matriculación con esa estudiante, que no deja de ser consumidora de los servicios de enseñanza proporcionados por la Universidad. En nuestra opinión, lo trascendental es lo que dice el TJUE antes de hablar de un contrato de crédito. En la medida en que el TJUE considera a Karel de Grote «profesional» a los efectos de la Directiva 93/13, sin que tenga ninguna incidencia el hecho de que su enseñanza esté subvencionada con fondos públicos, ni tampoco el que actúe con ánimo o sin ánimo de lucro, ya está todo dicho.

Tras la sentencia *Karel de Grote*, parece indiscutible que el concepto de profesional a los efectos de la Directiva 93/13 debe aplicarse a las entidades públicas y a las entidades privadas que imparten formación –subvencionada o no– cuando contratan con estudiantes, ya sea cuando contratan los servicios de

enseñanza como cuando suscriben contratos complementarios a esa actividad como puede ser el supuesto analizado en la sentencia, esto es, el aplazamiento-fraccionamiento de una deuda devengada a resultas de la contratación de los servicios. Queda meridianamente claro que únicamente una interpretación amplia del concepto de profesional es compatible con la finalidad protectora de la Directiva 93/13.

En otro orden de cosas, la primera pregunta²⁰⁶ formulada por el juez belga denota una falta de conocimiento sobre el alcance de la doctrina de la obligada actuación de oficio del juez en litigios de consumo que muy probablemente se debe a que en ese país no ha llegado a infiltrarse en la judicatura como lo ha hecho en otros Estados. La pregunta tiene una contestación inequívoca, ya que el TJUE aplica sin dudar el que puede denominarse principio de equivalencia de orden público desde hace ya unos años. Ello lleva a la idea de la necesidad por parte de las instituciones europeas de dotar de una mayor divulgación a la doctrina entre los operadores jurídicos²⁰⁷.

2.3.3 Algunos puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial

Según De León Arce²⁰⁸, el TRLGDCU, al definir al consumidor protegido, no hace mención expresa de la condición empresarial o profesional del sujeto con el que aquel ha de entrar en relación para merecer la tutela que otorga, aunque sí lo hace el artículo 2²⁰⁹ al establecer el ámbito de aplicación.

²⁰⁶ El juez belga encargado del asunto principal pregunta sobre si está facultado para examinar de oficio, incluso en los supuestos de rebeldía, y declarar que el contrato de una consumidora está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, tal como ha sido transpuesta al Derecho belga, cuando en virtud de la legislación procesal belga está facultado de oficio para examinar únicamente si la reclamación es contraria a las normas nacionales de orden público.

²⁰⁷ Esta sentencia es buena muestra de que la doctrina de la obligada actuación de oficio del juez nacional en litigios de consumo no ha calado por igual en todos los Estados miembros, de forma que existe una mayor concienciación en aquellos países cuyos jueces han sido más activos proponiendo cuestiones prejudiciales al respecto (España, Hungría, Rumanía, Eslovaquia, etc.) coincidentes en su mayor parte con los Estados en los que la anterior crisis económica —entre 2008 y 2014, más o menos— condujo a graves problemas económicos a una parte importante de los consumidores, lo que hizo no solo que los consumidores tuvieran que defender con mayor asiduidad sus derechos en los juzgados, sino también que los jueces se sirvieran de esta doctrina para tratar de hacer justicia en situaciones en las que los consumidores-demandados se encontraban en rebeldía o bien no habían invocado todos los instrumentos legales posibles en defensa de sus intereses, a través de sus abogados.

²⁰⁸ LEÓN ARCE, A. de, «La protección legal de los consumidores y usuarios en España», en *Derechos de los consumidores y usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, dir. por A. de León Arce, 3.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 193.

²⁰⁹ Artículo 2 TRLGDCU: «Ámbito de aplicación. Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios».

En relación con el artículo 4 del TRLGDCU, Marín López²¹⁰ señala que se mantienen los tres elementos que definen al empresario: ha de tratarse de una persona física o jurídica (lo que no impide que puedan ser empresarios entidades sin personalidad, como las comunidades de bienes), que puede tener naturaleza pública o privada, que desarrolla una actividad empresarial y, en ese marco, celebra el contrato con el consumidor.

Bercovitz²¹¹ critica la redacción y sistemática utilizada por el legislador en estos artículos iniciales del TRLGDCU, afirmando que el resultado es manifiestamente cuestionable, sobre todo por lo que se refiere a los conceptos de productor –art. 5–, producto –art. 6– y proveedor –art. 7– que, lejos de ser útiles para la interpretación del texto refundido, se revelan inútiles o confusos, lo que permite pensar que habría sido preferible trasladar las definiciones a aquellas partes del texto refundido a cuya regulación afectan directamente. Añade que era innecesario extender explícitamente el concepto a la actividad profesional –como hace el artículo 4.1 TRLGDCU– porque esta queda incluida en la actividad empresarial cuando se desarrolla al margen de una actividad laboral, siendo también redundantes las palabras «comercial» y «oficio»²¹².

La trascendencia de la sentencia *Karel de Grote* ha sido puesta de manifiesto por Lafuente Torralba²¹³ que señala que «esta sentencia obligará a una relectura de los elementos definitorios del concepto de empresario o profesional, tal y como vienen siendo entendidos en nuestro Derecho interno». A ello añade que «la posibilidad de que esta condición recaiga sobre un ente público sujeto al Derecho Administrativo, que asume la prestación de un servicio de interés general costeadado con fondos públicos y carente de finalidad lucrativa abre nuevos horizontes al Derecho del consumo»²¹⁴.

²¹⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 15.

Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/65>

²¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Ámbito de aplicación», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 51.

²¹² En la obra citada en la nota anterior, dentro del comentario al artículo 4 del TRLGDCU, el Prof. Bercovitz enumera las figuras que estarían incluidas en el concepto de empresario del TRLGDCU (productor, proveedor, comerciante, profesional, vendedor, fabricante, importador, suministrador, organizador, detallista, notarios, registradores de la propiedad, Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, entre otras) con una exhaustiva cita de los artículos del TRLGDCU que las contemplan.

²¹³ LAFUENTE TORRALBA, A. J., «La fuerza expansiva de la normativa europea de protección del consumidor: consideración como empresarios de entidades públicas sin ánimo de lucro y consideración como consumidores de sujetos “profesionalizados” en el ejercicio de acciones» en *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, dirigida por F. Jiménez Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 408.

²¹⁴ *Idem*.

Desde nuestro punto de vista, conferir la condición de profesionales a personas jurídicas que ejercen una actividad profesional pública, de interés general, incluso regida por el Derecho público, tal y como se configura el concepto por el Tribunal de Justicia interpretando el artículo 2.c) de la Directiva 93/13, ha de conllevar la prohibición de cualquier trato diferenciado entre profesionales. Es decir, el consumidor, como parte débil, se enfrenta al profesional, sea este un ente público o no lo sea y se financie con los impuestos de los ciudadanos o no. El desequilibrio existente entre las partes provoca la actuación del régimen tuitivo de protección de consumidores y un determinado porcentaje de interés moratorio no puede considerarse abusivo o no teniendo en cuenta que ese dinero vaya a parar a las arcas públicas o a un particular. El conflicto tiene que contemplarse desde la perspectiva del consumidor de forma que hay que evaluar si ese porcentaje de interés moratorio causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato. Además, de la misma forma que el concepto de consumidor es objetivo con independencia de los conocimientos de que disponga, el concepto de profesional también lo es, y no se puede considerar que un porcentaje de interés de demora es abusivo cuando el profesional es una empresa privada y deja de serlo cuando el profesional es un ente público. Sería contrario a la Directiva 93/13 y al Derecho de la Unión, una línea jurisprudencial que estableciese que los tipos de interés moratorio son abusivos cuando superan determinados puntos en los casos de contratos suscritos con profesionales privados y fijar un límite diferente cuando estemos ante contratos suscritos entre consumidores y profesionales entes públicos ²¹⁵.

La interpretación del concepto de profesional de la Directiva 93/13 realizada por el TJUE en *Karel de Grote y Pouvin* y *Dijoux* en relación con el supuesto en el que el profesional lleva a cabo una actividad distinta a su actividad habitual parece no coincidir con la postura sostenida por Bercovitz ²¹⁶ que se inclina por una interpretación menos amplia al desarrollar el concepto de empresario de nuestro TRLGDCU. Así, el citado autor considera que «la actividad esporádica y marginal del empresario en suministros ajenos a su profesión (objeto social, en su caso) debe quedar fuera del ámbito de aplicación del Texto Refundido». Refuerza esta interpretación aludiendo al «propósito empresarial» por tener una carga

²¹⁵ Por esta razón, no estamos de acuerdo con lo manifestado por Lafuente Torralba cuando considera que «si realmente las condiciones insertas en estos contratos con entidades públicas van a someterse al test de abusividad, deberían tenerse en cuenta las singularidades de estos entes: concretamente, no parece desproporcionada una penalización del 10% por la demora (como en el caso de autos), teniendo en cuenta que ese importe no se destina a indemnizar a un particular, sino al erario público e, indirectamente, a los ciudadanos que a través de sus impuestos están costeando la formación del moroso» (*Ibid.*, p. 408).

²¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Ámbito de aplicación», *op. cit.*, p. 53.

subjetiva, sosteniendo también que «fuera de su objeto empresarial, el empresario carece de esa posición de preeminencia frente al consumidor que el Derecho de consumo trata de compensar mediante la protección especial que establece a favor de este último». No obstante, añade ciertas puntualizaciones al indicar que no deberían plantearse dudas cuando el suministro en cuestión sea a título gratuito –salvo que se trate de actuaciones de publicidad– y que deberían tratarse de bienes o servicios totalmente ajenos a la actividad habitual, no buscados *ex profeso* por el empresario. Además, Bercovitz da un ejemplo concreto relativo a la liquidación de materiales viejos (amortizados) utilizados en sus instalaciones.

Hemos de admitir que al sostener que debería tratarse de bienes o servicios no buscados por el empresario, Bercovitz se alejaría de los supuestos analizados en *Karel de Grote* y *Pouvin* y *Dijoux* ya que puede entenderse que, en ambos supuestos, el empresario sí busca a propósito realizar esa prestación; en el caso de *Karel de Grote* para dar facilidades a la estudiante-cliente con dificultades financieras –lo que mejora su prestigio empresarial, entre otros beneficios– y, en el caso de *Pouvin* y *Dijoux* para fidelizar al trabajador, es decir, que no se marche a otra empresa.

No obstante, cuando Bercovitz se refiere a la gratuidad del suministro de bienes o servicios sí «choca» con la postura expresada por el TJUE en *Karel de Grote*, ya que este sostiene que el carácter lucrativo de la actividad o el hecho de que la entidad la ejerza sin ánimo de lucro no resulta pertinente por lo que concierne a la definición del concepto de profesional en el sentido de esta disposición [refiriéndose al artículo 2. c) de la Directiva 93/13] (apdo. 51).

Salvando las distancias, dado que Bercovitz se refiere al concepto de empresario del artículo 4 del TRLGDCU y las sentencias citadas interpretan el concepto de profesional de la Directiva 93/13, a nuestro modo de ver, siguiendo el criterio del TJUE, probablemente, el *quid* de la cuestión estaría en la exigencia de que se trate de cláusulas no negociadas individualmente –y no en la gratuidad del bien o servicio–. Dicho de otra forma, toda vez que se trate de un contrato de adhesión –como sucedía en *Karel de Grote* y en *Pouvin* y *Dijoux*– estaremos ante esa actividad «buscada» por el profesional a la que se refería Bercovitz. Por tanto, desde nuestro punto de vista, en el ejemplo facilitado por el insigne profesor, la sociedad dedicada a cualquier otra actividad que liquida materiales viejos utilizados en sus instalaciones, incluso cediéndolos gratuitamente a una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, será considerada como profesional a los efectos de la Directiva 93/13 y las cláusulas del contrato suscrito entre ambos estarán sujetas a la aplicación de la Directiva 93/13, salvo que se hayan negociado individualmente (art. 3.1) o que reflejen disposiciones legales o reglamentarias (art. 1.2).

2.4 EL CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA

En el presente apartado, a través del análisis de la doctrina del TJUE, vamos a estudiar fundamentalmente los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13, que configuran el concepto de cláusula abusiva y, a la vez, el mecanismo de actuación del propio instrumento. El juego combinatorio de la aplicación de los artículos 3 y 4 de la Directiva es lo que, en esencia, determina el proceso a seguir para apreciar la existencia de una cláusula abusiva. Las resoluciones del TJUE que examinaremos en los apartados siguientes interpretadoras de esas dos disposiciones —el artículo 3 que contiene el concepto de cláusulas abusivas, restringido a las no negociadas individualmente, y el artículo 4 que marca dos diferentes campos de juego con sus reglas— son las que nos van a permitir llegar a la conclusión de cómo ha de transcurrir ese proceso para evaluar la naturaleza abusiva de una cláusula. Gracias a las diferentes vicisitudes que han ido planteando los tribunales nacionales, el TJUE ha modelado la configuración de ese proceso, si bien en nuestro país genera posiciones contradictorias.

2.4.1 Contexto normativo

Como punto de partida, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 establece que «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». En su apartado segundo, el artículo 3 no solamente aclara lo que se entiende por una cláusula que no se ha negociado individualmente («cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión»), sino que también prevé los supuestos en los que ciertos elementos de una cláusula o una cláusula aislada se hayan negociado individualmente en el marco de lo que globalmente puede apreciarse como un contrato de adhesión. En tales casos la Directiva 93/13 se aplica a todas aquellas cláusulas que no se hayan negociado individualmente. En cualquier caso, por virtud del párrafo tercero del artículo 3.2, es el profesional el que debe asumir la carga de la prueba a fin de acreditar que una cláusula se ha negociado individualmente. Finalmente, el artículo 3 en su apartado tercero se refiere al Anexo que contiene el listado de cláusulas «que pueden ser declaradas abusivas», es decir, la denominada «lista gris», que, además, con toda lógica, es una lista abierta o indicativa y no exhaustiva.

El legislador español ha traspuesto (por segunda vez) este contenido de la Directiva en el artículo 82 del TRLGDCU: en su apartado primero dispone que «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Por tanto, es posible advertir que amplía la protección a las prácticas no consentidas expresamente, a la vez que reproduce casi íntegramente el concepto contenido en la Directiva 93/13, apartándose poco del originario artículo 10 bis de la LGDCU –ya suprimido– que vio la luz a través de la disposición adicional primera, apartado dos, de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, que tuvo como objeto la transposición de la Directiva 93/13, como su propia exposición de motivos declaraba.

Pous de la Flor²¹⁷ compara el concepto de cláusula abusiva con el de condición general de la contratación. Además de referirse a la consabida diferencia consistente en que las condiciones generales de la contratación se dan tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores mientras que el concepto de cláusula abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores, afirma que la cláusula abusiva puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. Citando a Díaz-Ambrona²¹⁸, señala que la condición general se redacta con la intención de incorporarla a numerosos contratos (contratos de adhesión) mientras que la cláusula predispuesta para un contrato particular es la que se inserta en un solo contrato y que tanto una como otra pueden ser abusivas o no. En consecuencia, nos quedamos con esa sutil diferencia apuntada por la doctrina. A pesar de que frente a la «contratación por negociación» se contraponga indiscriminadamente la «contratación seriada o contratación por adhesión», parecería más preciso referirnos a la «contratación por adhesión» que incluye tanto las condiciones generales de la contratación redactadas por el profesional para ser incorporadas a un conjunto de contratos reguladores de una

²¹⁷ POUS DE LA FLOR, M. P., «Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas predispuestas no negociadas individualmente», en *Derechos de los consumidores y usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, dir. por A. de León Arce, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 666.

²¹⁸ DÍAZ-AMBRONA BAJARDÍ, M. D., «Las Condiciones Generales de la Contratación», en *Derecho Civil de la Unión Europea*, dir. por M. D. Díaz-Ambrona, 5.ª edición, Colex, Madrid, 2012, p. 231.

relación jurídica análoga²¹⁹ como aquellas cláusulas redactadas previamente por el profesional para un contrato particular y en relación con las cuales el consumidor no puede negociar, sino que únicamente puede adherirse o rechazar la suscripción del contrato²²⁰. Sin perjuicio de esa diferenciación, en la inmensa mayoría de los supuestos va a coincidir contratación seriada con contratación por adhesión.

Además de aportar una definición de las cláusulas abusivas, el artículo 82 LGDCU²²¹ recoge lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 3.2 de la Directiva 93/13 así como en su artículo 4.1, completando la disposición la determinación de un conjunto de cláusulas que son abusivas «en todo caso»: constituye así la denominada «lista negra» de cláusulas²²².

González Pacanowska²²³ señala que la «lista negra» de cláusulas dispuesta por el legislador español tiene una doble utilidad: en primer lugar,

²¹⁹ Como ejemplo, la minuta de escritura pública de hipoteca a suscribir con consumidores redactada por la asesoría jurídica de una entidad bancaria o la minuta de escritura pública de compraventa redactada por la asesoría jurídica de una promotora inmobiliaria que son remitidas a todas las notarías donde se firman las hipotecas de esa entidad bancaria o las ventas de esa promotora con consumidores. En esos supuestos es muy recomendable solicitar al notario que refleje en la escritura «redactada según minuta facilitada por la entidad...», ya que no siempre queda constancia de ello.

²²⁰ Sirva como ejemplo el contrato redactado por un abogado o un arquitecto para un consumidor. Puede ser, incluso, el primero que redacta con ese clausulado y, por tanto, el único hasta ese momento, pero la clave sería que el consumidor-cliente solamente pueda adherirse o no adherirse y no pueda influir en su contenido. En esos supuestos, será trascendental analizar los actos de las partes en la etapa anterior a la firma del contrato. La correspondencia –o correos electrónicos– entre profesional y consumidor puede ayudarnos a apreciar si ha existido negociación o no. Lógicamente, cuando se trata de un contrato tipo redactado por el abogado o el arquitecto para determinados supuestos de asuntos y/o clientes va a resultar más fácil determinar que estamos ante un contrato de adhesión.

²²¹ Artículo 82 LGDCU: «[...] 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa».

²²² Artículo 82 LGDCU: «4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable» (negrita es nuestra).

²²³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Cláusulas abusivas», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 966.

facilitar la labor judicial y la previsibilidad del resultado de la contienda y, en segundo lugar, suministrar criterios que pueden emplearse al resolver supuestos no contemplados expresamente, al no cerrar la lista la posibilidad de declarar abusivas cláusulas no contempladas expresamente; ello sin perjuicio de las críticas suscitadas por la ordenación y eventuales solapamientos de las cláusulas de la lista. También observa, remitiéndose a lo declarado en la STS 214/2014, de 15 de abril, ES: TS:2014:2388²²⁴, que la «lista negra» supone una protección más elevada a la prevista en la Directiva 93/13 lo que es compatible con ella por su carácter de norma de mínimos.

En el escenario resultante de la Directiva 93/13, el artículo 3 se ve complementado por lo dispuesto en el artículo 4.2, ya que este excluye de la apreciación de la naturaleza abusiva a las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a las concernientes a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y bienes o servicios que hayan de proporcionarse en contrapartida, por otra. Ahora bien, la exclusión solo se produce cuando las cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. La ausencia de transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 en la legislación española ha generado una preocupante inseguridad jurídica y, a la vez, un apasionado debate en torno a ese problema y a la que podría denominarse «transposición por vía jurisprudencial» de esa disposición. Esa cuestión junto con el problema de la llamada «abusividad directa por falta de transparencia», es decir, la automaticidad o no de la declaración de abusividad ante una cláusula no transparente —en particular, tras la posterior incorporación del párrafo segundo del artículo 83 LGDCU²²⁵— acaparan la atención de los operadores jurídicos.

Podría dedicarse buena parte de la tesis a traer a colación las diferentes posiciones doctrinales sobre los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13 y las normas españolas que lo han transpuesto —o las que deberían haberlo hecho—. Sin embargo, dado que es el estudio jurisprudencial el que focaliza la tesis nos limitaremos a realizar breves referencias sobre los comentarios doctrinales de estos artículos cuando corresponda, al hilo del estudio de las sentencias del TJUE que se realiza a continuación.

²²⁴ En el F. J. tercero, apartado 3 de la sentencia se dice: «Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas [se refiere a la “lista negra” de los artículos 85 a 90 de la LGDCU] es conforme a la directiva, por su carácter de norma de mínimos, como se desprende del artículo 8 de la misma, y ha sido afirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08)».

²²⁵ Artículo 83 LGDCU: [...] Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

2.4.2 Análisis jurisprudencial

La jurisprudencia del TJUE en la materia se ha ordenado en torno al concepto de cláusula abusiva, en primer lugar; el listado abierto de cláusulas abusivas del Anexo de la Directiva 93/13, en segundo lugar; y, por último, el principio general de transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato entre un consumidor y un profesional.

2.4.2.1 SOBRE EL CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 3.1 DE LA DIRECTIVA 93/13

Caso 14. *Constructora Principado*²²⁶: El concepto de «desequilibrio importante» del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 no requiere un desequilibrio cuantitativamente importante en relación al contrato, sino cualitativamente importante y ello puede suceder cuando la legislación nacional atribuye al profesional el pago de un impuesto y este lo carga al consumidor en una cláusula contractual, sin perjuicio de que incumbe al tribunal nacional apreciar las circunstancias concurrentes en el asunto concreto y las demás cláusulas del contrato controvertido.

Hechos. La petición se ha presentado en el marco de un litigio entablado por el consumidor Sr. Menéndez Álvarez contra la entidad Constructora Principado, S. A. en el que el primero reclama a la segunda el reintegro de ciertas cantidades abonadas por él a resultas de un contrato de compraventa de vivienda celebrado con Constructora Principado²²⁷.

²²⁶ Asunto C-226/12. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de enero de 2016. Constructora Principado, S. A., contra José Ignacio Menéndez Álvarez. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de Oviedo, ECLI: EU: C:2014:10 Este asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado el mismo.

²²⁷ En junio de 2005, el Sr. Menéndez Álvarez celebró con Constructora Principado un contrato de compraventa de una vivienda. La estipulación decimotercera de ese contrato rezaba: «Asimismo será de cuenta de la parte compradora el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Bienes de Naturaleza Urbana, al haberse tenido en cuenta este hecho para la definición del precio de los inmuebles objeto del contrato. También serán de cuenta del comprador los derechos de alta individualizada en los distintos suministros tales como agua, gas, energía eléctrica, alcantarillado, etc., aun cuando hayan sido anticipados por la vendedora». El consumidor-adquirente pagó inicialmente una suma total de 1.223,87 euros, de los cuales 1.000 euros habían sido abonados en concepto del comúnmente conocido como impuesto municipal de plusvalía («Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Bienes de Naturaleza Urbana»), regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y 223,87 euros por conexión y enganche

La Audiencia Provincial formula la cuestión prejudicial que es reformulada por el TJUE considerando que aquella quería saber si el concepto de «desequilibrio importante», que figura entre los criterios generales enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva para definir una cláusula abusiva, debe interpretarse en el sentido de que exige que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula de ese tipo tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, o bien si únicamente deben considerarse los efectos de dicha cláusula en los derechos y obligaciones del consumidor.

Doctrina. Aunque no se lo pregunta la Audiencia Provincial, el TJUE se detiene en la cuestión del carácter de «negociada individualmente» o no de la cláusula controvertida indicando que en la decisión del tribunal remitente al respecto serán de aplicación las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén, en particular, que si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

El TJUE también señala que es su competencia la interpretación del concepto de cláusula abusiva y del anexo a la Directiva, y proporcionar los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula a la luz de la Directiva, correspondiendo al juez nacional determinar su pronunciamiento sobre la naturaleza abusiva o no de la cláusula en función de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta esos criterios ²²⁸.

A partir de ahí, el TJUE desarrolla el análisis de los criterios a tener en cuenta para determinar si la cláusula causa un desequilibrio importante al consumidor.

de la vivienda a la red de agua y alcantarillado. Posteriormente, el Sr. Menéndez Álvarez presentó una demanda contra Constructora Principado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Oviedo en la que reclamaba el reembolso de esas cantidades. La demanda se basaba en que la estipulación decimotercera del contrato debía considerarse abusiva porque no había sido negociada y originaba un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. El profesional alegó que sí había sido negociada y que no existía un desequilibrio importante si se comparaba el importe de las cantidades reclamadas con el precio total pagado por el comprador por la adquisición de su vivienda. En primera instancia la demanda fue estimada al considerar el juez que la cláusula era abusiva, ya que perjudicaba al consumidor imponiéndole cargas que no le correspondían, y que no constaba por lo demás que hubiera sido negociada específicamente con este. La demandada recurrió en apelación. Argumentaba la recurrente, entre otros extremos: a) que la propia redacción de la cláusula acreditaba que había sido negociada individualmente, al rezar que se había tenido en cuenta para la determinación del precio del inmueble; y, b) que no había desequilibrio importante porque la apreciación de tal desequilibrio no podía basarse únicamente en una cláusula concreta, sino que exigía valorar la totalidad del contrato y ponderar el conjunto de las cláusulas. El consumidor-actor seguía manteniendo en el recurso la naturaleza abusiva ya que el desequilibrio importante consistía en imponerle una carga que no le corresponde.

²²⁸ Asunto C-226/12. STJUE de 16 de enero de 2014. *Constructora Principado*, apdos. 19 y 20.

El primer criterio que señala el TJUE se refiere a tener en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Remitiéndose a *Aziz*²²⁹ observa el TJUE que el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

El segundo criterio es tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de este.

A partir de estas premisas, ya resuelve el TJUE uno de los puntos en conflicto y declara que para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Añade el TJUE que, por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

Tiene toda su lógica el razonamiento del TJUE. El desequilibrio importante puede producirse en un aspecto puntual del contrato. Recuerda el TJUE el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 del que resulta que deben apreciarse las consecuencias de la cláusula en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional. También menciona la importancia de la información previa al contrato suministrada al consumidor.

Desciende el TJUE a la obligación del pago del impuesto de plusvalía municipal impuesta al consumidor-comprador, evidenciando que se trata de un impuesto que corresponde legalmente al vendedor y que se refiere a la ganancia obtenida por la venta del inmueble. A ello añade el TJUE un dato que no es del todo correcto, si bien el propio TJUE utiliza la expresión «de ser así», por lo que el TJUE advierte que puede que no sea exacto. Dice el TJUE en base a las observaciones escritas presentadas por el letrado del consumidor que este no conoce el importe del impuesto en el momento de celebración de la compra-venta,

²²⁹ C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.

sino que solo se liquida a posteriori por la autoridad competente lo que, de ser así, implicaría una incertidumbre del consumidor sobre el alcance del compromiso asumido²³⁰. Por todo ello, manifiesta el TJUE que incumbe al tribunal remitente verificar ante todo si, a la luz del Derecho interno español, los hechos del litigio principal corresponden a la situación descrita en el precedente apartado. En segundo término, le corresponde apreciar si la estipulación decimotercera del contrato, al imponer al consumidor una obligación adicional no prevista por las normas del Derecho nacional, constituye una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que se encuentra el consumidor, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables. En su caso, le incumbe, por último, comprobar si la información recibida por el consumidor antes de la celebración del contrato se ajustaba a las exigencias derivadas del artículo 5 de la Directiva²³¹.

Por otro lado, en relación con la obligación referida al pago de las cantidades correspondientes a los gastos por alta individualizada en los distintos suministros tales como agua, gas, energía eléctrica y alcantarillado, corresponde al tribunal remitente verificar si aquellas incluyen los gastos de conexión a instalaciones generales indispensables para asegurar la habitabilidad de una vivienda, gastos que, conforme a las normas nacionales aplicables, estarían a cargo del vendedor en virtud de su obligación contractual de entregar una

²³⁰ Al respecto, es necesario aclarar por nuestra parte que, efectivamente, el impuesto de plusvalía se liquida una vez realizada la compraventa, pero en la fecha de los hechos del litigio principal, de ordinario, sí era posible conocer el importe a pagar ya que los correspondientes Ayuntamientos o los entes provinciales encargados del cobro del impuesto (Patronato provincial de recaudación, por ejemplo) emitían consultas especificando el importe que correspondía pagar en función de la fecha prevista de la escritura de venta y de la fecha del título de adquisición de la parte vendedora. Incluso se podía obtener esa información, en algunas ocasiones, mediante programas informáticos habilitados al efecto por los organismos públicos. Esta situación ha cambiado desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. En la actualidad los organismos públicos, por regla general, no están emitiendo consultas previas sobre el importe a pagar en una futura transmisión que dé lugar al devengo del Impuesto de Plusvalía municipal. De cualquier forma, es necesario advertir, por un lado, que siempre existía un cierto margen de incertidumbre porque en algunas ocasiones la consulta facilitada previamente o emitida por el programa informático no coincidía con la cifra final que arrojaba la liquidación efectuada tras la compraventa. No es la plusvalía municipal un impuesto fácil de calcular como puede ser el Impuesto de transmisiones, por ejemplo. Por otro lado, también es necesario advertir que esa gestión a la que nos hemos referido anteriormente se realiza habitualmente antes del otorgamiento de escritura pública, lo que conlleva otro problema añadido. Es bastante excepcional que esa gestión esté efectuada antes de la suscripción del documento privado de compraventa que frecuentemente se firma como acto previo al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, por lo que en ese primer acto que es donde se pacta la distribución de gastos, normalmente el profesional no informa al consumidor-adquirente de su importe.

²³¹ Asunto C-226/12. STJUE de 16 de enero de 2014. *Constructora Principado*, apdo. 27.

vivienda conforme con su destino, esto es, en estado de habitabilidad. Declara el TJUE que, si ello fuera así, incumbe apreciar al órgano remitente si esa cláusula contractual, al restringir los derechos que, según las normas del Derecho nacional, el contrato confiere al consumidor, y al imponerle una obligación adicional no prevista por esas normas, constituye una lesión suficientemente grave de la situación jurídica que el Derecho nacional atribuye a ese consumidor en cuanto parte contratante²³².

Finalmente, señala el TJUE que la mención en la estipulación controvertida de que la asunción por el comprador del impuesto de plusvalía se ha tenido en cuenta al determinar el precio de venta no puede por sí sola constituir la prueba de una contrapartida de la que se haya beneficiado el comprador²³³.

Comentarios. Esta sentencia presenta una serie de aspectos de interés de diversa índole. En primer lugar, hemos de recordar que en nuestro país tuvo una cierta relevancia mediática porque era una cuestión que llevaba años dilucidándose. La reforma legislativa operada mediante la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, había logrado hacer desaparecer prácticamente la utilización de la cláusula que cargaba la plusvalía al comprador en compraventa de inmuebles entre promotores y consumidores. Hay que decir que durante décadas muchas promotoras habían incluido la obligación del pago de la plusvalía para los consumidores-adquirentes mediante la introducción de la correspondiente cláusula en los contratos privados de compraventa²³⁴, primero, y después transcribiéndola en la escritura pública de compraventa.

²³² *Ibid.*, apdo. 28.

²³³ En efecto, para garantizar la eficacia del control de las cláusulas abusivas, la prueba de una reducción del precio como contrapartida de la aceptación por el consumidor de obligaciones adicionales no puede aportarse mediante la inclusión por el profesional de una mera afirmación a ese efecto en una cláusula contractual que no haya sido negociada individualmente.

²³⁴ Especialmente, en los años de bonanza económica cuando las ventas de pisos se disparan, los consumidores «firman cualquier cosa» con tal de adquirir la deseada vivienda. En ese contexto de «euforia» de ventas, las promotoras aprovechaban aspectos accesorios al precio de venta para obtener ingresos, cargando a los consumidores todos los gastos imaginables en el contrato privado de venta. Cuando el consumidor afrontaba el otorgamiento de la escritura pública, tras haber efectuado los correspondientes pagos durante la construcción de la vivienda, —algunas veces sin haber recibido los preceptivos avales bancarios sobre las cantidades abonadas durante la construcción— se daba cuenta de todos los gastos adicionales al precio de compra que le habían sido repercutidos en el contrato de compra y tenía que asumir al otorgamiento de escritura. La falta de protección del consumidor en este ámbito era muy notable y, desgraciadamente, aun siendo algo menor en la actualidad, sigue existiendo una alta desprotección del consumidor, tanto en la fase de contratación como en la denominada fase de post-venta. Con respecto a esta última fase, me refiero a los frecuentes problemas de graves defectos constructivos que no son solventados por la promotora ni por los demás agentes intervinientes en la edificación y que, en muchas ocasiones, particularmente cuando los consumidores no pueden o no quieren arriesgar su dinero en un procedimiento judicial, quedan sin solucionar.

A pesar de esa nueva situación, seguía latente la posibilidad de reclamar o no los importes abonados a resultados de contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley.

La postura de los tribunales en relación con la cláusula de imposición de la plusvalía al comprador-consumidor no había sido pacífica. Las Audiencias Provinciales tenían posturas encontradas y el Tribunal Supremo en la década de los noventa había considerado que no era abusiva. Fue la sentencia del Tribunal Supremo número 842/2011, de 25 de noviembre, ES: TS:2011:7981,—a la que también nos referiremos más adelante— la que aclaró la cuestión al aplicar el párrafo primero del apartado 1 del artículo 10²³⁵ de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, redactado por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación que era una transcripción casi literal del artículo 3.1 de la Directiva 93/13²³⁶.

Al aplicar ese precepto el TS consideró abusiva dicha cláusula en el asunto enjuiciado, sin perjuicio de que correspondía a cada tribunal en función de las circunstancias concurrentes en el asunto correspondiente comprobar si se daban los requisitos del entonces artículo 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para considerar abusiva la cláusula controvertida en cada litigio.

Después de la sentencia *Constructora Principado*, nuestro Tribunal Supremo afianzó su postura —ya manifestada en la STS de 25 de noviembre de 2011— mediante sucesivas sentencias de 12 de marzo de 2014²³⁷, 22 de octubre de 2014²³⁸ y 17 de marzo de 2016^{239 - 240}.

²³⁵ En su redacción vigente desde el 5 mayo 1998 hasta el 30 diciembre 2006 el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 rezaba:

«Artículo 10. Cláusulas abusivas para a los intereses económicos y sociales de los consumidores.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley».

²³⁶ El Tribunal Supremo omite en la sentencia —al menos según consta en la base de datos Cendoj del CGPJ— la expresión «artículo 10».

²³⁷ STS número 97/2014 de 12 de marzo, ES: TS:2014:1101.

²³⁸ STS número 557/2014 de 22 de octubre, ES: TS:2014:4429.

²³⁹ STS número 180/2016 de 17 de marzo, ES: TS:2016:1292.

²⁴⁰ O. Carballo Fidalgo: «La repercusión al consumidor de la plusvalía en el contrato de compraventa de bienes inmuebles como cláusula abusiva», Noticias Jurídicas, publicado el 9 de septiembre de 2016, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11299-la-repercusion-al-consumidor-de-la-plusvalia-en-el-contrato-de-compraventa-de-bienes-inmuebles-como-clausula-abusiva/> (última revisión 14 de diciembre de 2022).

En segundo lugar, *Constructora Principado* presenta unas indicaciones muy claras para los jueces nacionales de cualquier Estado miembro con respecto al concepto de desequilibrio importante. Entre otros extremos, deja claro que la poca significación económica o de otra índole de la cláusula en relación con el resto del contrato no va a jugar en contra del consumidor, sino que el juez nacional examinará la lesión concreta que se le produce al consumidor en la cláusula controvertida, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, entre ellas, si se trata de obligaciones no previstas por las normas nacionales.

En tercer lugar, es de destacar que el asunto se refiera a las cláusulas abusivas en el marco de la compraventa de vivienda, un ámbito con gran trascendencia económica para el consumidor y, sin embargo, con respecto al cual se formulan pocas cuestiones prejudiciales y donde sigue proliferando el uso de cláusulas abusivas por los profesionales (penalizaciones abusivas, atribución de gastos a los consumidores que no les corresponden, etc.). Es de esperar que sean dictadas por el TJUE más sentencias como la que ahora comentamos que contribuyan a la depuración del uso de cláusulas abusivas en el ámbito de compra de viviendas por consumidores, puesto que estos sufren constantemente una elevada desprotección en ese campo que se ve incrementada hasta niveles alarmantes en fases de auge económico y aumento de ventas de viviendas.

En cuarto y último lugar, hemos de observar que en la sentencia el TJUE no hace referencia a dos aspectos del Derecho nacional de bastante relevancia, a nuestro modo de ver, quizá debido a que las partes no lo hicieron constar durante el procedimiento prejudicial o bien porque, a criterio del TJUE, no revestían esa importancia. Nos referimos, por un lado, al hecho de que el Tribunal Supremo ya había manifestado el carácter abusivo de este tipo de cláusulas. Así, en la antes citada sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2011, este declaró que «es claro el desequilibrio contractual porque en el impuesto de que se trata sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana –que es el tributo directo que grava el incremento de valor que experimentan los terrenos y se pone de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título [...], el sujeto pasivo [...] es el transmitente, que es quien percibe el aumento del valor –mayor valor adquirido por el inmueble– y como tal beneficiario está obligado al pago; sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, que se ve obligado a responder de una carga económica sin ninguna contraprestación o contrapartida por parte del vendedor»²⁴¹. Por tanto, antes

²⁴¹ Fundamento de Derecho tercero, párrafo quinto de la STS 842/2011, de 25 de noviembre.

de la sentencia *Constructora Principado* la cláusula ya era considerada abusiva por nuestro Tribunal Supremo.

Por otro lado, el propio legislador español mediante la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, ya había modificado la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introduciendo una nueva disposición que consideraba abusiva «c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional» y «d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando esta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad»²⁴². A pesar de no ser de aplicación esta modificación legislativa al contrato controvertido en la sentencia *Constructora Principado* parece que podía haber sido objeto de mención por el TJUE la postura del legislador español al respecto.

En definitiva, nos llama la atención que al analizar el Derecho nacional el TJUE no hubiese hecho referencia ni a la postura del Tribunal Supremo ni a la del legislador –aunque la disposición no estuviera vigente en el momento de la celebración del contrato origen del litigio– sobre la cuestión controvertida.

Caso 15. *Sebestiyén*²⁴³: Conjunto de indicaciones para tener en cuenta por el juez nacional a fin de decidir sobre la naturaleza abusiva o no de una cláusula de sometimiento exclusivo a arbitraje en un contrato de préstamo.

Hechos. La petición fue presentada en un litigio en el que la consumidora Sra. Sebestyén demandó a varias entidades ante un tribunal húngaro en solicitud de la declaración de nulidad del convenio arbitral contenido en un

²⁴² Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios: artículo 1, catorce: Se añaden dos nuevas cláusulas, la 7 bis y la 17 bis, a la disposición adicional primera, y se modifica la cláusula número 22, en los siguientes términos: [...] «22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al profesional. En particular, en la compraventa de viviendas: a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al profesional (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación). b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del profesional de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación. c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional. d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad».

²⁴³ Asunto C-342/13. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de abril de 2014, Katalin Sebestyén contra Zsolt Csaba Kővári., OTP Bank, OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt., Raiffeisen Bank Zrt. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Szombathelyi Törvényszék (Hungría). EU: C:2014:1857. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

contrato celebrado con una de estas entidades destinado a la concesión de un préstamo hipotecario²⁴⁴.

Según la reformulación del TJUE, el órgano jurisdiccional remitente preguntó si se puede interpretar el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que una cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un banco y un consumidor y que atribuye la competencia exclusiva a un tribunal arbitral permanente, cuyas decisiones no son susceptibles de recurso de Derecho interno, para conocer de cualquier controversia que tenga su origen en dicho contrato debe ser considerada abusiva en el sentido de dicha disposición, aún en el caso de que antes de la firma de dicho contrato el consumidor haya obtenido información general sobre las diferencias existentes entre el procedimiento arbitral y el procedimiento judicial ordinario.

Doctrina. El TJUE estimó de aplicación el artículo 99 del Reglamento del Procedimiento y resolvió el asunto mediante auto²⁴⁵. En cuanto a lo que implica «pese a las exigencias de la buena fe», el juez debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual²⁴⁶.

²⁴⁴ En octubre de 2008, la Sra. Sebestyén celebró con el Raiffeisen Bank Zrt un contrato de préstamo y un contrato de hipoteca en los que las partes se sometieron a un tribunal arbitral para dirimir las controversias que pudieran resultar de los mismos, con determinadas excepciones, entre ellas, para los procesos monitorios y el procedimiento ordinario. Antes de la firma de los contratos, el banco había informado a la Sra. Sebestyén sobre las diferencias existentes entre las normas procesales que aplicarían, en su caso, el tribunal arbitral y el tribunal ordinario, en particular que el procedimiento arbitral tendría instancia única, así como que las costas de su tramitación serían superiores a las de un procedimiento ante un tribunal ordinario. No obstante, la Sra. Sebestyén demandó a la entidad bancaria ante el Szombathelyi Törvényszék solicitando la nulidad de los convenios arbitrales contenidos en ambos contratos al entender que, por una parte, habían puesto al Raiffeisen Bank Zrt en una situación ventajosa y, por otra parte, habían limitado de forma injustificada su derecho constitucional de actuar en justicia.

²⁴⁵ De entrada, el TJUE se refiere a que las cláusulas que entran dentro de su ámbito de aplicación son aquellas no negociadas individualmente, es decir, redactadas previamente y en las que el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular, en los contratos de adhesión. El siguiente paso que da el TJUE para proporcionar las indicaciones que el juez nacional tendrá en cuenta para valorar el carácter abusivo o no de la cláusula –apreciación que corresponde a este– es detenerse en el concepto de «desequilibrio importante», remitiéndose a las pautas que dio en *Aziz* (Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013) en relación con ese concepto con referencia a las cláusulas de vencimiento anticipado, intereses moratorios y pacto de liquidez sobre las que había sido preguntado el TJUE por parte del juez de lo mercantil Sr. Fernández Seijo. Así, deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

²⁴⁶ Asunto C-342/13. Auto del TJUE de 3 de abril de 2014. *Sebestyén*, apdos. 27 y 28. Completa ese razonamiento con la necesidad de tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y todas las circunstancias que concurran en su celebración, conforme al 4.1 de la Directiva 93/13.

Añade también el TJUE el hecho de que en el listado del anexo de la Directiva relativo a cláusulas que pueden ser declaradas abusivas figura la de obligar al consumidor a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje, lo que constituye un elemento esencial para poder basar su apreciación²⁴⁷.

Finalmente, señala el TJUE la importancia que reviste para el consumidor el hecho de poder disponer con carácter previo de la información sobre las condiciones del contrato y las consecuencias de su celebración, pero matizando que ello no permite por sí solo excluir el carácter abusivo de una cláusula como el convenio arbitral controvertido²⁴⁸.

De esta forma, concluye el TJUE que el artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13 y el punto 1, letra q), del anexo de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional que conozca del asunto determinar si debe ser considerada abusiva en el sentido de dichas disposiciones una cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un banco y un consumidor que atribuye la competencia exclusiva a un tribunal arbitral permanente –cuyas decisiones no son susceptibles de recurso de Derecho interno– para conocer de cualquier controversia que tenga su origen en dicho contrato²⁴⁹.

En el marco de esta apreciación, el tribunal nacional que conozca del asunto deberá, en particular:

- comprobar si la cláusula de que se trate tiene por objeto o por efecto suprimir y obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recurso por parte del consumidor; y,
- tener en cuenta que la información general proporcionada al consumidor antes de celebrar un contrato, sobre las diferencias existentes entre el procedimiento arbitral y el procedimiento judicial ordinario no permite por sí sola excluir el carácter abusivo de dicha cláusula.

En caso afirmativo, incumbe a dicho órgano jurisdiccional deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para garantizar que el citado consumidor no esté vinculado por la mencionada cláusula.

Comentarios. Desde nuestro punto de vista, de nuevo, el TJUE, proporcionando un número importante de indicaciones deja poco margen al juez nacional para decidir otra cosa que no sea la naturaleza abusiva de la cláusula de

²⁴⁷ *Ibid.*, apdos. 31 y 32.

²⁴⁸ *Ibid.*, apdos. 33 y 34.

²⁴⁹ Hemos cambiado el orden de las palabras que figuran en la versión en español del auto para hacer comprensible dicho texto.

sumisión a arbitraje. Lógicamente, el juez nacional va a valorar según su propio criterio dichas indicaciones y va a emitir su decisión en un sentido u otro. Sin embargo, el sentido común parece que debería inclinarse por la anulación de dicho convenio arbitral. Así, juega un papel preponderante que la sumisión exclusiva a arbitraje esté contenida en el listado del anexo. A diferencia de lo que sucedía en *Mostaza Claro*²⁵⁰ y en *Asturcom Telecomunicaciones*²⁵¹, no constan datos en el auto que se refieran a la falta de imparcialidad del tribunal arbitral²⁵².

Por otro lado, el hecho de que en el contrato de préstamo figurase con mayor o menor detalle las características del arbitraje y sus diferencias con el procedimiento judicial no debería, bajo nuestro punto de vista, convertirse en circunstancia determinante en la generalidad de los casos, puesto que difícilmente esas cláusulas podrían ser comprendidas en cuanto a su alcance y consecuencias jurídicas por un consumidor medio. Por todo ello, consideramos adecuada la solución presentada por el TJUE proporcionando una batería de indicaciones extensas y detalladas que ayuden a los jueces nacionales –no solo al juez remitente– a poder decidir sobre la naturaleza abusiva o no de las frecuentes cláusulas de sumisión a arbitraje con exclusividad contenidas en contratos de consumidores.

Caso 16. *Verein für Konsumenteninformation (contra Amazon EU Sàrl)*²⁵³: Carácter abusivo de la cláusula de sumisión expresa a la ley del Estado del domicilio social del profesional cuando induce a error al consumidor por no incluir la previsión del artículo 6.2 del Reglamento Roma I, lo que corresponde comprobar al juez nacional.

Hechos. La cuestión prejudicial fue planteada por el Tribunal Supremo austriaco en el marco del litigio seguido a resultas de la acción de cesación

²⁵⁰ Asunto C-186/05. STJUE de 26 de octubre de 2006. *Mostaza Claro*.

²⁵¹ Asunto C-40/08. STJUE de 6 de octubre de 2009. *Asturcom Telecomunicaciones*.

²⁵² Ignoramos si como sucedía en los asuntos españoles era la propia asociación organizadora del arbitraje (en aquellos casos la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad con sede en Bilbao) la que redactaba los contratos y los convenios arbitrales. Lo que parece claro es que en materia de consumidores la práctica durante muchos años ha consistido en que las patronales de un determinado sector se ponían de acuerdo para que una determinada asociación de arbitraje –promovida con frecuencia por las propias patronales– figurase en los contratos de adhesión como encargada de dilucidar el arbitraje en caso de que naciese algún conflicto entre el profesional y el consumidor. Es evidente que ese tribunal arbitral vinculado al profesional carece de la objetividad suficiente para dirimir el conflicto, incluso aunque en su fuero interno el árbitro esté convencido de que actúa imparcialmente. El arbitraje es un mecanismo muy adecuado para resolución de litigios cuando se parte de una situación de equilibrio negocial entre las partes, lo que parece que no se presenta en el caso controvertido.

²⁵³ Asunto C-191/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl*. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Austria). EU: C:2016:61. El Abogado General Sr. Saugmandsgaard Oe presentó sus conclusiones el 2 de junio de 2016.

interpuesta por una asociación de consumidores contra Amazon²⁵⁴. En relación con la interpretación de la Directiva 93/13 el Tribunal Supremo austriaco preguntó, según refundición efectuada por el TJUE, si una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un contrato celebrado por vía electrónica entre un profesional y un consumidor, en virtud de la cual la ley que rige ese contrato es la del Estado miembro del domicilio social de dicho profesional, es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13.

Doctrina. El TJUE declara que la legislación de la Unión autoriza, en principio, las cláusulas de elección de la ley aplicable. Así, el artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I reconoce la facultad de las partes de pactar el Derecho aplicable a un contrato de consumo, siempre que se garantice el respeto de la protección que le proporcionen al consumidor las disposiciones de la ley de su foro, que no podrán excluirse mediante acuerdo. Por ello, el TJUE, siguiendo las conclusiones del Abogado General²⁵⁵, señala que una cláusula de elección de la ley aplicable redactada previamente que designa al Derecho del Estado miembro donde se encuentra el domicilio del profesional únicamente es abusiva si presenta ciertas características, propias de su tenor o contexto, que generan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Continúa el TJUE observando que, en particular, el carácter abusivo de esa cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el artículo 5 de la Directiva 93/13, de forma que esa exigencia debe ser objeto de interpretación extensiva —citando el asunto *Van Hove*²⁵⁶—, dada la situación

²⁵⁴ Amazon EU es una sociedad domiciliada en Luxemburgo que forma parte del conocido grupo internacional de comercio por correspondencia utilizado por millones de usuarios de todo el mundo. Amazon EU celebra contratos de venta electrónica con consumidores que residen en Austria a través de un sitio de Internet dotado de un nombre de dominio con la extensión «.de». La entidad no tiene domicilio social ni cuenta con ningún establecimiento en Austria. Hasta mediados de 2012, las condiciones generales contenidas en los contratos celebrados con esos consumidores incluían entre otras estipulaciones una cláusula que preveía el sometimiento al Derecho de Luxemburgo, con exclusión de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CVIM, o CISG). Verein für Konsumenteninformation (VKI), entidad legitimada para ejercitar acciones de cesación en nombre de los consumidores, interpuso ante los tribunales austriacos una demanda solicitando que se dictara una orden conminatoria, relativa a la utilización de esa y otras cláusulas incluidas en las citadas condiciones generales de contratación y que se publicase la sentencia que acogiera, en su caso, sus pretensiones, por considerar que dichas cláusulas eran contrarias a las prohibiciones legales o a los usos leales del comercio. Tras una resolución parcialmente estimatoria en primera instancia y una resolución revocatoria en apelación, el asunto llegó al Tribunal Supremo austriaco que suspendió el procedimiento y formuló varias preguntas al TJUE.

²⁵⁵ Asunto C-191/15. Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe presentadas el 2 de junio de 2016.

²⁵⁶ Asunto C-96/14. STJUE de 23 de abril de 2015, *Van Hove*.

de inferioridad en que se halla el consumidor con respecto al profesional en lo que se refiere, en particular, al nivel de información²⁵⁷.

Profundiza en la cuestión el TJUE indicando que cuando los efectos de una cláusula se determinen por disposiciones legislativas imperativas, es esencial que el consumidor sea informado por el profesional de dichas disposiciones. En el caso controvertido, el artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I²⁵⁸ dispone que la elección de la ley aplicable no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable. Dado ese carácter imperativo del artículo 6.2 del Reglamento Roma I, dice el TJUE que un juez, ante una cláusula de elección aplicable, en el supuesto de que se trate de un consumidor que tenga su residencia principal en Austria, deberá aplicar las exigencias de las disposiciones legales austriacas, a las que, según el Derecho austriaco, no pueden introducirse excepciones mediante acuerdo, correspondiendo, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente identificar esas disposiciones²⁵⁹.

El TJUE concluye que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese profesional rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor, es abusiva en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del

²⁵⁷ Asunto C-191/15. STJUE de 28 de julio de 2016. *Verein für Konsumenteninformation*, apdos. 66 a 68.

²⁵⁸ El artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), titulado «Contratos de consumo», dispone:

«1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o
b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1».

²⁵⁹ Asunto C-191/15. STJUE de 28 de julio de 2016. *Verein für Konsumenteninformation*, apdos. 69 y 70.

artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional a la luz de todas las circunstancias pertinentes²⁶⁰.

Comentarios. En esta sentencia el TJUE decidió acerca de diversos problemas planteados por el Tribunal Supremo austriaco que afectaban a las relaciones entre Amazon y los consumidores²⁶¹. En este comentario solo nos vamos a ocupar de los aspectos relativos a la Directiva 93/13, obviando los datos y conclusiones sobre los otros problemas jurídicos analizados por el TJUE, salvo en cuanto afecte directamente a los aspectos analizados²⁶².

Según Stephanie Law²⁶³, *Verein für Konsumenteninformation* confirma por vez primera en el contexto del comercio electrónico que es necesario un planteamiento por parte del juez nacional en el sentido de que, a la hora de evaluar la ley de aplicación al contrato, por ejemplo, para apreciar la existencia de cláusulas abusivas, tiene que llevar a cabo un análisis comparativo de las legislaciones que son potencialmente aplicables. Una vez hecha esa comparación habrá de aplicar la ley que ofrece mayor protección al consumidor²⁶⁴.

Por otro lado, el TJUE deja un escaso margen al juez nacional para la calificación sobre la naturaleza abusiva de la cláusula; así, el juez nacional tendrá que evaluar si induce a error al consumidor la cláusula contenida en las condiciones generales al dar la impresión de que solo se aplica la ley de sumisión. Parece claro que la respuesta que debería dar el juez nacional es que se trata de

²⁶⁰ *Ibid.*, apdo. 71.

²⁶¹ Reglamentos sobre ley aplicable a obligaciones contractuales –Roma I– y extracontractuales –Roma II–, Directiva 2009/22 relativa a acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, Directiva 95/46 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y Directiva 93/13.

²⁶² Es reseñable el debate que lleva a cabo el TJUE previamente a dilucidar sobre los criterios para determinar la naturaleza abusiva o no de la cláusula de sumisión expresa al Derecho de Luxemburgo. Dicha controversia se refiere a si eran las normas de conflicto de Roma II o las de Roma I las que deberían ser utilizadas para determinar la ley que regula la apreciación de la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas. El TJUE distingue entre la ley aplicable a la acción de cesación en el sentido de la Directiva 2009/22 que habrá de determinarse conforme al Reglamento Roma II relativo a obligaciones extracontractuales frente a la ley aplicable al examen del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en contratos de consumo, siendo de aplicación la ley que se determine con arreglo al Reglamento Roma I relativo a obligaciones contractuales, porque las cláusulas supuestamente abusivas tienen la naturaleza de obligaciones contractuales.

²⁶³ LAW, S., «At the crossroads of consumer protection, data protection and private international law: some remarks on Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU», *European Law Review*, 42 (5), 2017, pp. 760-761.

²⁶⁴ El juez nacional debe analizar lo que prevé la legislación designada en el contrato sobre la naturaleza abusiva de una determinada cláusula y comparar su conclusión con lo previsto al respecto en la legislación de la residencia habitual del consumidor, de forma que, si esta última es más protectora para el consumidor, habrá de aplicarla.

una cláusula abusiva, ya que la cláusula de sumisión expresa no contiene ninguna referencia a la aplicación de la ley de residencia del consumidor en aquello que le sea más favorable y que no pueda excluirse mediante acuerdo²⁶⁵.

Esta sentencia del Tribunal de Justicia permitiría deducir que son abusivas todas las cláusulas de sumisión expresa a ley aplicable distinta de la ley de residencia habitual del consumidor cuando no indican claramente las particularidades previstas en el artículo 6, apartado 2 del Reglamento Roma I, habiéndose de tenerse en cuenta la circunstancia de que el profesional ejerza sus actividades en el país del consumidor o dirija sus actividades a captar clientes en ese país –circunstancia muy frecuente en la venta electrónica–²⁶⁶.

Caso 17. *Nova Kreditna Banka Maribor*²⁶⁷: Es compatible con la Directiva 93/13 la normativa eslovena con arreglo a la cual una cláusula puede ser declarada abusiva cuando cause un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, sin tener que examinar las exigencias de buena fe del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

Hechos. El pleito principal tiene como objeto una demanda interpuesta por una consumidora contra una entidad bancaria en solicitud de la nulidad de un contrato de crédito alegando las fluctuaciones del tipo de cambio entre el euro y el franco suizo²⁶⁸. Según la reformulación efectuada por el TJUE, el

²⁶⁵ Coincide con nuestra postura, Stephanie Law, al afirmar que al faltar la referencia a la que se refieren el TJUE y el Abogado General, la cláusula contenida en las condiciones generales de Amazon es abusiva. *Ibid.*, p. 760.

²⁶⁶ Considero que el TJUE acierta al precisar bastante la cuestión, lo que favorece una interpretación uniforme del Derecho de la Unión. Cuanto mayor sea el número de indicaciones y estas sean más detalladas, más fácil será para el juez nacional la interpretación del caso enjuiciado y, a la vez, mayor seguridad jurídica proporcionará a los operadores, que sabrán la posibilidad de éxito o fracaso de una determinada reclamación, facilitando también que los profesionales sepan a qué se arriesgan cuando incluyen cláusulas abusivas en sus contratos.

El problema radica en la necesidad de difusión de todos estos aspectos del Derecho de consumo, ya que en su mayor parte los consumidores los ignoran, por lo que los poderes públicos deberían hacer una labor mucho más amplia para promover el conocimiento de los derechos de los consumidores y, dentro de estos, los relativos a las compras transfronterizas, que tanto se han incrementado en los últimos años mediante el comercio electrónico.

²⁶⁷ Asunto C-405/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 13 de octubre de 2022. FV contra Nova Kreditna Banka Maribor d.d.. Petición de cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE remitida por el Tribunal de Apelación de Maribor (Eslovenia). EU: C:2022:793. Este asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. G. Pitruzzella, a quien le fue asignado.

²⁶⁸ En 2007 una entidad bancaria eslovena y la madre de FV celebraron un contrato de crédito. Habiendo fallecido su madre, FV se comprometió el 21 de julio de 2014, en virtud de un contrato de adhesión a la deuda, a devolver a la entidad bancaria el saldo restante del contrato de crédito. Mediante este último contrato, la prestataria recibió un importe de 149.220 francos suizos (CHF) –equivalentes a 89.568 euros–, que se debía devolver en un plazo de 240 meses. El citado contrato de crédito no estipulaba nada en cuanto al tipo de cambio aplicable. A tenor de su artículo 12, la prestataria asumía íntegramente el riesgo de cambio. El órgano jurisdiccional remitente indicó que el riesgo del tipo de cambio se materializó, puesto

órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide, en esencia, si los artículos 3.1 y 8 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual si causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, aun sin examinar, en tal supuesto, las exigencias de la «buena fe», en el sentido del citado artículo 3.1.

Doctrina. El TJUE alude a la obligación de los Estados miembros de establecer un mecanismo que garantice que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo, incumbiendo al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos 3, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva. Al referirse a los conceptos de «buena fe» y de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente. Recuerda el Tribunal de Justicia que tiene declarado que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en el Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a este efecto examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. Se refiere el TJUE a que el desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave, no limitándose a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa²⁶⁹.

que, el 29 de enero de 2018, la prestataria aún tenía que devolver a la demandada en el litigio principal un importe de 72.049,58 euros. En abril de 2018, FV interpuso una demanda ante el Tribunal Comarcal de Maribor en la que solicitaba que se declarase la nulidad del contrato de crédito controvertido en el litigio principal, alegando las fluctuaciones del tipo de cambio entre el euro y el franco suizo. La demanda fue desestimada y FV recurrió en apelación ante el órgano jurisdiccional remitente. Según este último tribunal, la resolución del litigio dependía, en esencia, de si el artículo 24, apartado 1, de la ZVPot es conforme con el tenor y los objetivos de la Directiva 93/13.

²⁶⁹ C-405/21. STJUE de 13 de octubre de 2022, *Nova Kreditna Banka Maribor*, apdos. 18, 20, 21 y 22.

Pasando al concepto de «buena fe» el TJUE observa que conforme al decimosexto considerando la exigencia de «buena fe», en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, es un elemento que permite comprobar si el profesional ha tratado de manera leal y equitativa con el consumidor, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta. De este considerando también resulta que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor, siendo el concepto de «buena fe» inherente al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual e incumbiendo al juez nacional evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio en cuestión, en primer lugar, el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Señala el TJUE que hay que considerar que los dos elementos mencionados en el artículo 3.1 –buena fe y desequilibrio importante– exigen, atendiendo a todas las circunstancias del litigio en cuestión, una apreciación por el juez nacional a la luz de los criterios específicos de tales elementos, con el objetivo de determinar, a continuación, si la cláusula en cuestión tiene carácter abusivo, con la precisión de que la apreciación de tales elementos sobre la base de esos criterios no excluye la existencia de un vínculo entre ellos. A ello añade el TJUE que la transparencia de una cláusula contractual, que se exige en el artículo 5 de la Directiva 93/13, constituye asimismo uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, apreciación que corresponde efectuar al juez nacional en virtud del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 ²⁷⁰.

Descendiendo al litigio principal, el TJUE afirma que el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si puede, con arreglo a la normativa eslovena, pronunciarse sobre el litigio principal sin examinar la cuestión de si el profesional actuó de buena fe. Se plantea la cuestión de si la existencia, en detrimento del consumidor, de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato bastaría, dentro del respeto del Derecho de la Unión, para determinar el carácter abusivo de una cláusula contractual.

En primer lugar, se refiere el TJUE al considerando duodécimo y al artículo 8 de la Directiva 93/13 en el sentido de que la Directiva efectúa una

²⁷⁰ *Ibid.*, apdos. 23 a 28.

armonización mínima y que los Estados pueden adoptar disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección²⁷¹. A continuación, señala el TJUE que la Ley de Protección de los Consumidores transpuso en el ordenamiento jurídico esloveno la Directiva 93/13 y procede a analizar el artículo 24.1 de dicha Ley, observando que establece cuatro supuestos, unidos por la conjunción «o», en los que una cláusula contractual se considera abusiva. Entre estos supuestos figuran el de que la cláusula contractual cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (primer guion) y el de que la cláusula contractual contravenga el principio de buena fe y lealtad (cuarto guion)²⁷². Con respecto a las alegaciones del Gobierno esloveno, constata el TJUE que, en el marco del reparto de competencias entre este y los órganos jurisdiccionales nacionales, incumbe al Tribunal de Justicia tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión, de modo que el examen de una remisión prejudicial no puede efectuarse a la luz de la interpretación del Derecho nacional invocada por el Gobierno de un Estado miembro o por una parte en el litigio principal²⁷³. También recuerda el TJUE que las exigencias de la «buena fe», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, deben interpretarse a la luz del decimosexto considerando de dicha Directiva y, además, que de conformidad con el artículo 8 de la Directiva 93/13, los Estados miembros son libres, en principio, de extender la protección prevista en el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva siempre que la normativa nacional de que se trate garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados²⁷⁴. Procede el TJUE a despejar cualquier duda afirmando que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal persigue el objetivo de protección de los consumidores garantizado por la Directiva 93/13 y que, de conformidad con el artículo 8 de dicha Directiva, tal normativa puede garantizar a los consumidores un mayor nivel de protección efectiva que el que establece la Directiva, lo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, teniendo también en cuenta la jurisprudencia nacional en la materia. A ello añade que la Comisión indicó en las observaciones que presentó al Tribunal de Justicia que las autoridades eslovenas sí la habían informado de las normas pertinentes, relativas a los criterios y las modalidades de

²⁷¹ *Ibid.*, apdos. 29 y 30.

²⁷² *Ibid.*, apdo. 31.

²⁷³ *Ibid.*, apdo. 32.

²⁷⁴ *Ibid.*, apdos. 33 y 34.

apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 bis de la Directiva 93/13, de modo que, en el caso de autos, esta disposición no puede afectar a la interpretación solicitada. Por todo ello, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada declarando que los artículos 3.1 y 8 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, aun sin examinar, en tal supuesto, las exigencias de la «buena fe», en el sentido del citado artículo 3, apartado 1 ²⁷⁵.

Comentarios. Puede comprobarse en la sentencia el mecanismo a seguir en la concreta valoración de los dos elementos del artículo 3.1 de la Directiva 93/13: exigencia de buena fe y equilibrio entre las partes. Para la valoración del primero de esos dos elementos el TJUE se refiere a las premisas que facilita el considerando decimosexto de la Directiva 93/13 ²⁷⁶ y, siguiendo ese orden, para el segundo, el TJUE proporciona el análisis comparativo entre la cláusula controvertida y lo que disponga la legislación nacional en defecto de acuerdo entre las partes. Precisa el TJUE que para la valoración de la naturaleza abusiva de la cláusula también entra en juego la transparencia, que se incorpora a esos parámetros establecidos por el artículo 3.1 de la Directiva 93/13. Esa configuración establecida en la primera parte de los razonamientos jurídicos de esta sentencia puede resultar especialmente útil para nuestros jueces a la hora de enfrentarse a la determinación de la eventual naturaleza abusiva de una cláusula. En la segunda parte de los razonamientos jurídicos –dedicada en concreto a la cuestión controvertida en el litigio principal– el TJUE presenta un discurso lógico y esperado. Dado que lo que se está preguntando es que si es compatible con la Directiva 93/13 una norma nacional conforme a la cual basta que exista un desequilibrio importante –sin tener que analizar la exigencia de buena fe– para que la cláusula sea abusiva y habida cuenta de que la Directiva es norma de mínimos, pudiendo cada Estado miembro reforzar la protección del consumidor mediante disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, cae por su propio peso la respuesta del TJUE en el sentido de que la normativa eslovena es conforme con la Directiva 93/13.

²⁷⁵ Ibid., apdos. 35 a 37.

²⁷⁶ Estas premisas serían: la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula, si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor, si el profesional ha tratado de manera leal y equitativa con el consumidor y si ha tenido en cuenta los intereses legítimos de este.

2.4.2.2 SOBRE EL ANEXO DE LA DIRECTIVA 93/13 SEGÚN SU ARTÍCULO 3.3

Caso 18. *Lovasné Tóth*²⁷⁷: Para la declaración de abusividad de una cláusula que tiene por objeto o por efecto un supuesto contenido en el Anexo también es necesario un examen complementario consistente en comprobar si la cláusula es abusiva conforme al artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13.

Hechos. La petición fue presentada en el marco de un litigio entre la Sra. Lovasné Toth y la entidad bancaria ERSTE Bank Hungary a resultas de una demanda interpuesta por la consumidora para que se declarara el carácter supuestamente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario denominado en divisas extranjeras²⁷⁸.

La demanda de la consumidora fue desestimada en primera instancia considerando que la cláusula no era abusiva, interponiendo la Sra. Tóth recurso de apelación del que conoció el órgano remitente, que formula cuatro preguntas al TJUE. Mediante la primera cuestión prejudicial el órgano remitente pregunta si el artículo 3.3 de la Directiva 93/13 en relación con el número 1, letra q) del anexo de esta Directiva debe interpretarse en el sentido de que califica como abusiva, de forma general y sin examen complementario, una cláusula contractual que no haya sido negociada individualmente y que tenga por objeto o como efecto invertir la carga de la prueba en detrimento del consumidor.

²⁷⁷ C-34/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) dictada el 19 de septiembre de 2019. Otilia Lovasné Toth contra ERSTE Bank Hungary Zrt.. Petición de cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de la Capital (Hungría). EU: C:2019:764. El Abogado General Sr. Gerard Hogan presentó sus conclusiones el 21 de marzo de 2019.

²⁷⁸ En octubre de 2008 la consumidora prestataria celebró con el banco un contrato de préstamo inmobiliario denominado en francos suizos (CHF), poniéndose a disposición de la primera el importe de 132.848 CHF equivalente aproximadamente a 118.140 euros para la refinanciación de un crédito. Con la misma fecha, un notario levantó acta del reconocimiento de deuda por parte de la prestataria en un documento auténtico titulado «declaración unilateral de reconocimiento de deuda» en el que figuraban las estipulaciones del contrato de préstamo. En caso de incumplimiento grave de la prestataria el banco podía resolver el contrato de préstamo con efectos inmediatos, teniendo este derecho a la devolución inmediata del importe pendiente. En enero de 2016, la consumidora prestataria presentó una demanda ante el órgano jurisdiccional húngaro alegando que la cláusula 1.4. del contrato de préstamo y la disposición correspondiente del acta notarial levantada con motivo de la celebración del contrato de préstamo eran abusivas debido a que a través de las mismas ella se había comprometido a aceptar que el banco pudiera declarar unilateralmente un incumplimiento por su parte, así como el saldo pendiente de su deuda y proceder directamente a la ejecución sobre la base del acta notarial, dotada de valor probatorio, toda vez que estaba provista de la apostilla ejecutiva, invirtiendo la carga de la prueba en detrimento del consumidor de forma que, en caso de desacuerdo, corresponde al consumidor acudir al juzgado para oponerse a la ejecución forzosa.

Por medio de la segunda cuestión prejudicial el tribunal húngaro pregunta si el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13, en relación con el número 1, letra q, del anexo de esta Directiva, debe interpretarse en el sentido de que contempla (es decir, entraría dentro de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas) una cláusula que tiene por objeto o como efecto, por una parte, permitir que el consumidor tenga motivos fundados para suponer que está obligado a cumplir el contrato en su integridad, aun cuando considere no adeudadas determinadas prestaciones, y, por otra parte, obstaculizar el ejercicio, por parte del consumidor, de acciones judiciales o de recursos, cuando el importe pendiente adeudado por este último en virtud del contrato se haya determinado mediante acta notarial dotada de valor probatorio, permitiendo que el acreedor ponga fin al litigio.

Mediante la tercera pregunta el juzgado remitente pretende dilucidar, en esencia, si el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que exige que el profesional proporcione información complementaria relativa a una cláusula redactada de manera clara, pero cuyos efectos jurídicos solo pueden determinarse mediante interpretación de disposiciones de Derecho interno que no son objeto de jurisprudencia uniforme.

Finalmente, en la cuarta pregunta el juzgado remitente pregunta si el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13, en relación con el número 1, letra m), del anexo de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que contempla una cláusula que autoriza al profesional a apreciar unilateralmente si la pretensión que incumbe al consumidor ha sido ejecutada con arreglo al contrato.

Doctrina. Dice el TJUE que ante una cláusula de un contrato, en virtud del artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13 interpretado en relación con el número 1, letra q) del anexo, incumbe al juez nacional comprobar si, contrariamente a las exigencias de la buena fe, dicha cláusula causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Añade el TJUE que los Estados miembros son libres de extender la protección prevista en los artículos 3.1 y 3.3 de la Directiva interpretados en relación con el apartado 1 del anexo, declarando abusivas de manera general las cláusulas mencionadas en dicho número, sin necesidad de un examen complementario según los criterios del 3.1²⁷⁹.

²⁷⁹ Según el TJUE, se desprende de los autos remitidos por el juez nacional –al que corresponde no obstante su comprobación– que las cláusulas contempladas en el número 1, letra q) del anexo se consideran efectivamente abusivas según el Derecho húngaro, y ello sin necesidad de un examen complementario.

El TJUE responde a la primera pregunta afirmando que el artículo 3.3 de la Directiva 93/13 en relación con el número 1, letra q) del anexo de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no califica como abusiva, de forma general y sin examen complementario, una cláusula contractual que no haya sido negociada individualmente y que tenga como efecto o por objeto invertir la carga de la prueba en detrimento del consumidor²⁸⁰.

En cuanto a la segunda pregunta formulada, el TJUE atribuye al juez nacional la competencia para comprobar que la cláusula controvertida en el litigio principal no altera la posición jurídica del consumidor, en la medida en que no suprime ni obstaculiza el ejercicio, por su parte, de acciones judiciales o de recursos, en el sentido del número 1, letra q) del anexo de la Directiva 93/13²⁸¹.

Remitiéndose al asunto *ERSTE Bank Hungary*²⁸², el TJUE señala que el 6.1 y el 7.1 de la Directiva 93/13 no se oponen a una legislación nacional que permite a un notario (que ha autorizado, con observancia de todos los requisitos formales, un documento auténtico en el que se formaliza un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor), proceder a insertar la apostilla ejecutiva en el documento auténtico o negarse a cancelar la apostilla, sin que se haya examinado en ningún momento el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, siempre que las normas procesales de los recursos establecidas por el Derecho nacional garanticen en las circunstancias del litigio principal, la tutela judicial efectiva del consumidor, correspondiendo su verificación al juez nacional²⁸³.

²⁸⁰ C-34/18. STJUE de 19 de septiembre de 2019, *Lovasné Toth*, apdo. 49.

²⁸¹ El TJUE se remite a la sentencia *ERSTE Bank Hungary* –contra Attila Sugár– (Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015) para recordar que con arreglo a determinados preceptos de Derecho interno el consumidor puede presentar una demanda impugnando la validez del contrato y también está facultado para instar el archivo del procedimiento de ejecución forzosa o la limitación de su cuantía, pudiendo solicitar también la suspensión de la ejecución forzosa del contrato (Asunto C-34/18. STJUE de 19 de septiembre de 2019. *Lovasné Toth*., apdo. 55). El TJUE observa que la cláusula controvertida en el litigio principal no parece poder suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos, habida cuenta de la normativa procesal aplicable, correspondiendo en cualquier caso al juez nacional la comprobación de este extremo.

²⁸² As. C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*.

²⁸³ As. C-34/18. STJUE DE 19 de septiembre de 2019, *Lovasné Toth*, apdo. 59. El TJUE concluye que el artículo 3.3 de la Directiva 93/13 en relación con el número 1, letra q) del anexo de la misma, debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, no se refiere a una cláusula que tiene como objeto o efecto permitir que el consumidor tenga motivos fundados para suponer que debe cumplir el contrato en su integridad, aun cuando considere que no se adeudan determinadas prestaciones, cuando dicha cláusula no altere la posición jurídica del consumidor habida cuenta de la normativa nacional aplicable, y, por otra parte, que contempla una cláusula que tiene por objeto o como efecto obstaculizar el ejercicio, por parte del consumidor, de acciones judiciales o de recursos, cuando el importe pendiente de pago se determina mediante acta notarial dotada de valor probatorio, permitiendo al acreedor poner fin al litigio de manera unilateral y definitiva (apdo. 60).

Por lo que se refiere a la tercera pregunta, el TJUE parte de una premisa declarada en asuntos anteriores, conforme a la que la transparencia de las cláusulas contractuales no solo exige que la cláusula sea clara y comprensible gramaticalmente, sino también que permita al consumidor evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo, sin que sea obligación del profesional informar al consumidor sobre las medidas procesales a su disposición ²⁸⁴.

En relación con la pregunta cuarta, el TJUE llega a la conclusión de que el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 en relación con el número 1, letra m) del anexo de dicha Directiva, no se refiere a una cláusula contractual que autoriza al profesional a apreciar unilateralmente si la prestación que incumbe al consumidor ha sido ejecutada con arreglo al contrato ²⁸⁵.

Comentarios. El TJUE interpretó dos supuestos de los previstos en el anexo a la Directiva 93/13, concretamente, los contenidos en la letra m) y en la letra q) en relación con una demanda de una consumidora húngara con respecto a un contrato de préstamo hipotecario reflejado en un documento auténtico notarial titulado «declaración unilateral de reconocimiento de deuda» con las particularidades inherentes a este documento notarial en caso de ejecución.

De la interpretación que el TJUE hace del artículo 3.3 de la Directiva 93/13 puede inferirse que, salvo que la legislación nacional prevea una protección

²⁸⁴ Tras citar algunos ejemplos de situaciones ya enjuiciadas por el TJUE en las que el profesional debe proporcionar al consumidor informaciones complementarias, el TJUE afirma que el profesional no está obligado a informar al consumidor, antes de la celebración de un contrato, de disposiciones procesales generales del Derecho interno de su propio Estado de residencia, como serían las relativas al reparto de la carga de la prueba, así como de la jurisprudencia relativa a las mismas (apdo. 66). Entiende el TJUE que imponer al profesional una obligación de informar al consumidor de la existencia de disposiciones procesales generales y de jurisprudencia en relación con ellas iría más allá de lo que razonablemente cabría esperar de tal profesional en el marco de la exigencia de transparencia (apdo. 69). Por ello, el TJUE responde al juzgado remitente que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no exige que el profesional proporcione información complementaria sobre una cláusula redactada de manera clara, pero cuyos efectos jurídicos solo pueden determinarse interpretando disposiciones del Derecho nacional que no son objeto de jurisprudencia uniforme.

²⁸⁵ Referida a la interpretación del supuesto previsto en la letra m) del número 1 del anexo concerniente a las cláusulas que tienen por objeto o como efecto conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajustan a lo estipulado en el contrato o le confieren el derecho exclusivo a interpretar cualquier cláusula del contrato, la cuestión cuarta formulada lleva al TJUE a afirmar que ese supuesto no hace referencia a las obligaciones del consumidor, sino únicamente a las obligaciones del profesional, ya que se refiere a cláusulas que permiten al profesional, en caso de reclamación o de impugnación por parte del consumidor en relación con el servicio prestado o con el bien entregado, determinar unilateralmente si su propia prestación es conforme al contrato. Por ello, deduce el TJUE que esa disposición no se refiere a las cláusulas que autorizan al profesional a apreciar unilateralmente si la contraprestación del consumidor, consistente en amortizar una deuda y en pagar los gastos correspondientes, ha sido ejecutada con arreglo al contrato (apartados 73 y 74).

más elevada²⁸⁶, para la declaración de la naturaleza abusiva de una cláusula no basta que el juez nacional tenga que examinar si la cláusula en cuestión entra dentro del supuesto previsto por la letra correspondiente del número 1 del anexo, sino que también el juez nacional tiene que efectuar un examen complementario consistente en comprobar si la cláusula constituye cláusula abusiva conforme al artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13, y ello porque el apartado 3 del artículo 3 dice expresamente «pueden ser declaradas abusivas» por lo que no deben considerarse necesariamente abusivas.

De la contestación a la primera pregunta se infiere el mecanismo a seguir según el TJUE en relación con las cláusulas que «pueden ser declaradas abusivas»²⁸⁷ al tener por objeto o por efecto cualquiera de los supuestos previstos en la lista del número 1 del anexo. En ese sentido, parece que lo primero que tiene que hacer el juez nacional es ver si la legislación nacional correspondiente ha decidido mejorar la protección de la Directiva 93/13 considerando de forma automática como abusivas aquellas cláusulas que recogen cualquiera de dichos supuestos. Si no es así, nos encontraríamos dentro del campo de acción de la expresión «pueden ser declaradas abusivas» (art. 3, apdo. 3 Directiva 93/13) por lo que el juez nacional tendrá que efectuar un doble análisis:

a) El primer análisis consistirá en comprobar que la cláusula constituye uno de los supuestos de la lista del número 1 del anexo.

b) El segundo análisis es el del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, es decir, tendrá que comprobar que la cláusula no se ha negociado individualmente y causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes. Este segundo examen es el considerado por el TJUE como «examen complementario». Ello sin perjuicio de que anteriormente habrá debido comprobar que no ha sido negociada individualmente y que no entra dentro de la exclusión del 4.2, así como si es transparente o no lo es.

También hay que observar con relación a esta sentencia que la respuesta del TJUE a la segunda cuestión es un tanto farragosa, motivada porque la

²⁸⁶ La legislación española dispone una protección más elevada al prever la denominada «lista negra» o cláusulas que «en todo caso» son abusivas en el artículo 82.4 en relación con los artículos 85 a 90 LGDCU.

²⁸⁷ Es en la expresión «pueden ser declaradas abusivas» donde radica la clave para entender los efectos del listado. No es que aquella cláusula que entre dentro de alguno de los supuestos de la lista se considere abusiva de forma automática, sino que «puede ser abusiva», por lo que ello conlleva la necesidad del examen complementario para comprobar si es abusiva con arreglo al artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

pregunta también lo es. Parece que para entender correctamente la contestación al juzgado remitente hay que detenerse en las referencias a la sentencia *ERSTE Bank Hungary* que preceden a la conclusión sobre esa pregunta. Entendemos que lo que viene a hacer el TJUE es reiterar que el procedimiento de ejecución notarial previsto en la legislación húngara es conforme a la Directiva 93/13 en la medida en que el consumidor tiene la posibilidad de acudir a los tribunales para impugnar la apostilla ejecutiva en el documento auténtico insertada por el notario o la negativa del notario a cancelar la apostilla.

En relación con las preguntas tercera y cuarta poco hay que comentar puesto que el planteamiento del juzgado remitente ha sido un tanto forzado y no excesivamente acertado²⁸⁸.

²⁸⁸ De los datos suministrados por el Abogado General en sus conclusiones (C-34/18; Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Hogan el 21 de marzo de 2019), parece deducirse la existencia de un enfrentamiento de criterio entre el juzgado remitente –Tribunal Superior de la Capital– y la Kúria o Tribunal Supremo de Hungría de forma que, a pesar de varias sentencias de este último confirmando la legalidad de una cláusula contenida en los contratos de préstamos hipotecarios, el juzgado remitente dudaba de dicha legalidad.

En la tercera pregunta, el juzgado remitente parece sostener la obligación del profesional de proporcionar información complementaria sobre la interpretación de disposiciones de Derecho nacional que no son objeto de jurisprudencia uniforme. La respuesta del TJUE es completamente lógica señalando que no existe tal obligación. Una cosa es que el profesional tenga la obligación de redactar las cláusulas de manera clara y comprensible y que ello incluya que el consumidor pueda evaluar en base a criterios precisos y comprensibles las consecuencias económicas que van a afectarle y otra cosa es –tal y como parece mantener el juzgado remitente– pedirle al profesional que incluya en esas cláusulas unas informaciones complementarias sobre interpretación de Derecho nacional que no son objeto de jurisprudencia uniforme.

En la cuarta, el juzgado remitente parece no haber escogido el camino más adecuado para que se dilucide si es contrario o no a la Directiva 93/13 el hecho de que es el profesional el que inicia el procedimiento ejecutivo determinando que ha existido un incumplimiento por parte del consumidor, lo que parece llevar a una situación en la que, a ojos del juzgado remitente, se produce una inversión de la carga de la prueba y corresponde al consumidor demostrar que ha cumplido con sus obligaciones. Entendemos que el juzgado remitente tendría que haber planteado el asunto de forma más clara con disposiciones o prácticas judiciales nacionales que expusieran de manera precisa una inversión de la carga de la prueba. De lo que expone el juzgado remitente no se deduce otra cosa que la iniciativa corresponde al profesional acreedor, lo cual es lógico ante un incumplimiento del consumidor-deudor y el profesional tiene ciertos «privilegios» a la hora de cuantificar la deuda, pero en la medida en que el consumidor tiene la posibilidad de impugnar judicialmente esas actuaciones, no parece que exista nada contrario al Derecho de la Unión, como ya dejó claro en su día el TJUE en la sentencia *ERSTE Bank Hungary*. Si el juzgado remitente quería plantear nuevamente la incompatibilidad del procedimiento de ejecución notarial húngaro con la Directiva 93/13 tenía que haber planteado argumentos más sólidos. De cualquier forma, también es criticable que el TJUE declare que el número 1, letra m) del anexo de la Directiva 93/13 «no hace referencia a las obligaciones del consumidor derivadas del contrato, sino únicamente a las obligaciones del profesional» (Asunto C-34/18. STJUE de 19 de septiembre de 2019. *Lovasné Toth.*, apdo. 74). De la lectura de la segunda parte de la disposición («[...] o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato») no parece deducirse esa conclusión obtenida por el TJUE, sin perjuicio de que ello no afecta al sentido de la respuesta final emitida por el TJUE. Es decir, pese a la opinión del TJUE, parece bastante lógico pensar que una cláusula que tiene por objeto o por efecto conferir al profesional el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato puede referirse a obligaciones del profesional, pero también a obligaciones del consumidor.

Caso 19. *A (Subarriendo de una vivienda social)*²⁸⁹: Posible naturaleza abusiva de una cláusula que fija una indemnización por subarriendo ilegal por ser desproporcionadamente alta –apdo. 1, e) del anexo–.

Hechos. La petición fue presentada en el marco de un litigio entre una fundación encargada del arrendamiento de viviendas sociales, el arrendatario de esta y el subarrendatario, en relación con el pago, por una parte, de la penalización contractual por incumplimiento de la obligación de residir en esa vivienda y la prohibición de subarrendarla, así como, por otra parte, de una cantidad correspondiente al beneficio obtenido indebidamente por el arrendatario con el subarriendo²⁹⁰.

El TJUE reformula las dos preguntas planteadas por el juzgado de Ámsterdam en una sola entendiendo que dicho juzgado desea saber si los

²⁸⁹ Asunto C-738/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de septiembre de 2020. A contra B y C, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Rechtbank Amsterdam –Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam (Países Bajos), EU: C:2020:687. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Pitruzzella, al que le fue asignado.

²⁹⁰ La entidad arrendadora y el arrendatario habían suscrito contrato de arrendamiento de una vivienda social con efectos de 12 de abril de 2017 y siendo la renta mensual de 648,96 euros. El contrato controvertido estaba sujeto en particular a las Algemene Voorwaarden Sociale Woonruimte van 1 november 2016 (condiciones generales relativas a las viviendas sociales de 1 de noviembre de 2016). Estas condiciones contenían varias cláusulas penales relativas, en particular, a la prohibición de subarrendar la vivienda, así como la obligación de ocuparla personalmente y desalojarla completamente al término del contrato. Con arreglo a la cláusula 7.14 de las condiciones generales, en caso de incumplimiento de la prohibición de subarrendar la vivienda, el arrendatario está obligado a abonar al arrendador una penalización directamente exigible de 5.000 euros, sin perjuicio del derecho de este último de solicitar la reparación íntegra del daño. Las condiciones generales también contienen una cláusula penal general, denominada «residual», aplicable en caso de incumplimiento por el arrendatario de cualesquiera de sus obligaciones contractuales, cuando no sea de aplicación ninguna cláusula penal especial. La entidad arrendadora llevó a cabo una inspección de la vivienda y presentó una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam a fin de resolver el contrato de arrendamiento y desalojar tanto al arrendatario como al subarrendatario y de que se le abonaran las rentas vencidas, así como la penalización de 5.000 euros por incumplimiento de la prohibición de subarriendo, y que se le restituyera el beneficio resultante, en la medida en que el arrendatario había subarrendado la vivienda en cuestión por una renta más elevada de la que él mismo estaba obligado a pagar contractualmente. El órgano jurisdiccional remitente constató que el arrendatario no había cumplido la obligación de residencia y la prohibición de subarrendamiento prevista en las condiciones generales, en concreto la cláusula 7.14. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente tenía dudas sobre el eventual carácter abusivo de la cláusula 7.14 de las condiciones generales. Así, estimaba que, considerada aisladamente, la cláusula que impone una penalización de 5.000 euros en caso de incumplimiento de la prohibición de subarriendo no es abusiva. No obstante, al tratarse de una vivienda social, el juzgado remitente se pregunta si para realizar dicha apreciación debería tener en cuenta el conjunto de las cláusulas penales contenidas en el contrato controvertido. El juzgado menciona el hecho de que, por lo que respecta al contrato controvertido, únicamente están acreditados dos incumplimientos contractuales, estrechamente vinculados el uno al otro, a saber, el incumplimiento, por una parte, de la obligación del arrendatario de ocupar personalmente la vivienda como domicilio principal y, por otra parte, de la prohibición de subarrendarla. En cualquier caso, según el juzgado remitente, mediante su acción, la entidad arrendadora pretende obtener el pago de la penalización prevista en el contrato controvertido como consecuencia del subarriendo, mientras que su pretensión de que el beneficio obtenido por el arrendatario le sea restituido no trae causa del contrato, sino del artículo 6:104 del Código Civil.

artículos 3, apartados 1 y 3, y 4, apartado 1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que cuando un órgano jurisdiccional nacional examina el eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor, en el sentido de esas disposiciones, procede tener en cuenta todas las cláusulas de ese contrato o solo algunas de ellas y, para apreciar más concretamente si la indemnización impuesta al consumidor es desproporcionadamente alta, en el sentido del punto 1, letra e), del anexo de esta Directiva, tal examen debe versar exclusivamente sobre aquellas relativas al mismo incumplimiento.

Doctrina. En principio, el TJUE aclara que las tres partes del procedimiento principal están comprendidas en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/13. Siendo A una fundación encargada del arrendamiento de viviendas sociales es, por tanto, profesional a los efectos de la Directiva 93/13 ²⁹¹. Recuerda el TJUE que el hecho de que el contenido de una cláusula sometida a la apreciación del juez nacional se corresponda con el de una cláusula recogida en este anexo no determina automáticamente y por sí solo el carácter abusivo de esta, si bien sí constituye un elemento esencial en el cual ese juez puede basar su apreciación del carácter abusivo de esa cláusula. Con arreglo al artículo 4.1 de la Directiva, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de la cláusula contractual en que se base la demanda de la que conozca, el juez nacional debe tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas debe hacerse caso por caso, y la obligación de tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato se justifica porque el examen de la cláusula impugnada ha de tomar en consideración todos los elementos que pueden ser pertinentes para comprender esa cláusula en su contexto, en la medida en que, en función del contenido del contrato, para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula impugnada puede ser necesario evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas del contrato. En efecto, no todas las cláusulas de un contrato revisiten la misma importancia, y el grado de interacción de una determinada estipulación con otras estipulaciones depende necesariamente de sus respectivos alcances y de la medida en que cada una de ellas contribuya a un eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se

²⁹¹ También enumera el TJUE las pretensiones del profesional en el litigio: a) resolución del contrato controvertido, b) desalojo de los ocupantes, c) pago de la penalización contractual sancionadora de la prohibición de subarriendo y d) entrega de los beneficios obtenidos de dicho subarriendo. Es de tener en cuenta que el contrato controvertido contiene una cláusula expresa que prohíbe el subarriendo y, por otra parte, que se pide la restitución de los frutos procedentes del subarriendo basándose en la normativa nacional en materia de responsabilidad civil, a saber, el artículo 6:104 del Código Civil.

derivan del contrato controvertido, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Señala el TJUE la diferencia con respecto al asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de abril de 2016, *Radlinger y Radlingerová* (C377/14, EU: C:2016:283) —citada por el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial—, ya que aquel versaba sobre un contrato en el que un único incumplimiento de las obligaciones que imponía daba lugar a la aplicación simultánea de varias cláusulas penales. Observa el TJUE que en el presente asunto el órgano jurisdiccional indica que la acción de A no se funda en otras cláusulas penales, de modo que no existe acumulación de sanciones por un mismo incumplimiento, no cabiendo, por ello, la solución que el Tribunal de Justicia adoptó en la sentencia *Radlinger y Radlingerová*. Señala el TJUE que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, por el mismo incumplimiento, otras cláusulas del contrato controvertido son invocadas por el profesional contra el consumidor o son susceptibles de ser invocadas en el marco de las distintas acciones ejercidas contra él. Si así fuera, el efecto acumulativo de la aplicación de todas esas cláusulas, aun cuando no resultasen abusivas en sí mismas, debería tomarse en consideración por el órgano jurisdiccional remitente para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual en que se funda la demanda de la que conoce. Dado que corresponde al tribunal remitente la calificación de la cláusula y al TJUE establecer los criterios, este tiene declarado que se debe tener en cuenta la naturaleza de la obligación en el marco de la relación contractual de que se trate, en particular el posible carácter esencial de esa obligación. Asevera el TJUE que por lo que se refiere a la cláusula 7.14 de las condiciones generales, esta sanciona todo incumplimiento de la prohibición de subarriendo y de la obligación de residir personalmente en los espacios tomados en arrendamiento. Puesto que el arrendamiento de autos consiste en una vivienda social, es evidente que esta prohibición y esta obligación revisten una naturaleza particular que forma parte de la esencia misma de la relación contractual. En cuanto a los daños y perjuicios reclamados por A por los beneficios obtenidos por B resultantes del subarriendo, que en su caso se acumularían a la indemnización de 5.000 euros contractualmente prevista, esa pretensión no tiene su fundamento en el contrato de arrendamiento, sino en la legislación nacional relativa a la responsabilidad civil, más concretamente el artículo 6:104 del Código Civil, según el cual, cuando una persona que incurra en responsabilidad frente a otra persona por la comisión de un acto ilícito o por el incumplimiento de una obligación frente a ella haya obtenido un beneficio de ese acto o incumplimiento, el juez podrá, a instancia de esa otra persona, estimar el daño en ese beneficio o en una parte de este. Aclara el TJUE

que el hecho de que el fundamento de esa pretensión se halle en la normativa nacional impide que una disposición de Derecho nacional, como el artículo 6:104 del Código Civil, pueda estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. A pesar de que al apreciar el carácter abusivo de la cláusula contractual controvertida, es preciso tener en cuenta el contexto normativo que determina, conjuntamente con esa cláusula, los derechos y obligaciones de las partes, no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar en qué medida la aplicación del artículo 6:104 del Código Civil, que prevé la recuperación de una cantidad indebida, como la procedente de las rentas de que se trata en el litigio principal, puede asimilarse a una sanción. Concluye el TJUE que ha de responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas que los artículos 3.1 y 3.3 y el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional nacional examina el eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor, en el sentido de esas disposiciones, procede tener en cuenta, entre las cláusulas comprendidas en el ámbito de aplicación de esa Directiva, el grado de interacción de la estipulación controvertida con otras cláusulas, en función en particular de sus respectivos alcances. Para apreciar el posible carácter desproporcionadamente alto de la indemnización impuesta al consumidor, en el sentido del punto 1, letra e), del anexo de dicha Directiva, debe darse una importancia significativa a aquellas de esas cláusulas que se refieran al mismo incumplimiento.

Comentarios. A resultados de lo manifestado por el TJUE no parece que la cláusula de penalización de 5000 euros deba ser declarada abusiva por cuanto que se trata de una sola penalización por una conducta (subarriendo ilegal), teniéndose en cuenta que la otra cantidad reclamada lo es en base a una disposición legal que respalda la recuperación del enriquecimiento injusto conseguido por el demandado. En cualquier caso, el planteamiento del TJUE ha sido un tanto farragoso debido a la complejidad de las preguntas del juzgado remitente. Es comprensible que el juzgado remitente quiera recabar criterios del TJUE ante un asunto en el que se demandan cantidades importantes. A pesar de su falta de claridad, el TJUE deja patente que el juez nacional debe tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato de que se trate y puede deducirse que la reclamación del enriquecimiento injusto es procedente porque está amparada en una disposición legal neerlandesa –de la misma forma que lo prevé la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos– y no en una cláusula, quedando fuera del ámbito de la Directiva. No parece que la recuperación de la cantidad indebida sea una sanción –como se pregunta el TJUE– sino, más

bien, la reclamación del enriquecimiento injusto. El problema se plantea por la indemnización de 5.000 euros por subarrendar ilegalmente la vivienda social. Habrá de ser el juez nacional el que sopesa si es una indemnización desproporcionadamente alta. El TJUE ya le está diciendo que no se da la acumulación de sanciones por un mismo incumplimiento. Todo ello viene configurado en el marco de una reprochable actuación del consumidor en relación con un alquiler social, al haber subarrendado ilegalmente la vivienda, situación que podría justificar la gravedad de la penalización de 5.000 euros. Parece que el TJUE podría haber aportado algunos criterios en cuanto a si el mayor o menor reproche social de la conducta del consumidor puede justificar o no una elevada indemnización sin incurrir en una penalización desproporcionada.

2.4.2.3 SOBRE LA DOBLE PROBLEMÁTICA DEL ARTÍCULO 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13 CONSISTENTE EN LA EXCLUSIÓN DE LA APRECIACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS QUE DEFINEN EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO Y LA ADECUACIÓN ENTRE PRECIO Y BIENES O SERVICIOS, POR UN LADO, Y, POR OTRO, LA EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN CUANDO LAS CLÁUSULAS NO ESTÁN REDACTADAS DE MANERA CLARA Y COMPRENSIBLE (LA TRANSPARENCIA –ART. 4.2 *IN FINE* Y ART. 5 DE LA DIRECTIVA 93/13–)

*Caso 20. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid)*²⁹²: Al proporcionar una protección más elevada, es compatible con la Directiva 93/13 la normativa española que (a criterio del TJUE, inducido por el Tribunal Supremo) no excepciona los supuestos excluidos por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

Hechos. Esta cuestión prejudicial se presentó en el marco de un litigio instado por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios («Ausbanc») contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid («Caja Madrid») en solicitud de la declaración de nulidad y el cese de la utilización de la «cláusula de redondeo» introducida por Caja Madrid en los contratos de préstamo a tipo de interés variable celebrados con sus clientes y destinados a la adquisición de

²⁹² C-484/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) dictada el 3 de junio de 2010. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc). Petición de cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal Supremo. EU: C:2010:309. La Abogada General Sra. Trstenjak presentó sus conclusiones en audiencia pública el 29 de octubre de 2009.

viviendas. En virtud de la conocida como «cláusula de redondeo» el tipo de interés nominal previsto por el contrato, variable por períodos –de acuerdo con el índice de referencia pactado–, debe redondearse, desde la primera revisión, al cuarto de punto porcentual superior²⁹³.

Según el Tribunal de Justicia, las dos primeras preguntas del Tribunal Supremo habían de resolverse conjuntamente y se preguntaba, en esencia, si los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva se oponen a que un Estado miembro establezca en su ordenamiento jurídico, en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

Mediante la tercera cuestión, el Tribunal Supremo preguntó si los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva en el sentido de que los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

Es decir, el Supremo pide al TJUE la interpretación de varios preceptos del Tratado para responder a la misma problemática que es el control jurisdiccional del carácter abusivo de cláusulas que se refieren a los supuestos excluidos por el artículo 4.2 de la Directiva.

Doctrina. Con carácter previo, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la posible inadmisibilidad de la cuestión prejudicial solicitada por Ausbanc, por

²⁹³ En julio de 2000, Ausbanc interpuso una demanda a fin de que Caja Madrid eliminara la cláusula de redondeo de dichos contratos de préstamo y que se abstuviera de utilizarla en el futuro. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó en apelación la sentencia estimatoria que consideraba que la cláusula de redondeo era abusiva, y, por lo tanto, nula, con arreglo a la normativa nacional que adaptaba el Derecho interno a la Directiva 93/13. Caja Madrid interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Este considera en el auto de remisión de la cuestión prejudicial que la cláusula de redondeo puede constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo bancario, como el que es objeto del procedimiento principal. Dado que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva prevé que la apreciación del carácter abusivo no se refiera a una cláusula relativa al objeto principal del contrato, una cláusula como la controvertida en el procedimiento principal no puede, en principio, ser objeto de una apreciación de su carácter abusivo. El Tribunal Supremo señala en el auto de remisión que, no obstante, al no haber incorporado el legislador español dicho artículo 4, apartado 2, a su ordenamiento jurídico, la legislación española somete el contrato en su conjunto a dicha apreciación.

el Gobierno español y por la Comisión al no considerarla útil para la resolución del litigio de que conoce el órgano jurisdiccional remitente. En apoyo de su solicitud de inadmisibilidad alegan que la cláusula de redondeo de que se trata en el litigio principal no se refiere al objeto principal del contrato en cuestión, sino que constituye un elemento accesorio de este, de manera que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva no es aplicable al litigio principal. El Tribunal de Justicia desestima dicha petición sosteniendo que lo que plantea el Tribunal Supremo en su auto de remisión es la cuestión del alcance de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de la Directiva por lo que se refiere a la extensión del control jurisdiccional del carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales que, a juicio del propio Tribunal Supremo, quedan comprendidas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, no resultando evidente para el Tribunal de Justicia que dicha disposición no sea aplicable al asunto, por lo que es competente para resolver el asunto y no cabe declarar la inadmisibilidad²⁹⁴.

Para resolver las dos primeras preguntas el Tribunal de Justicia comienza por referirse al duodécimo considerando de la Directiva, conforme al cual la Directiva únicamente ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva²⁹⁵, así como al artículo 8 de la Directiva que establece que los Estados podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la Directiva disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección²⁹⁶.

Se trataría, por tanto, de comprobar si el alcance del artículo 8 de la Directiva se extiende a todo el ámbito regulado por esta y, por consiguiente, al artículo 4, apartado 2, de la misma, o bien si, como sostiene Caja Madrid, esta última disposición está excluida del ámbito de aplicación de dicho artículo 8.

El Tribunal de Justicia considera que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva tiene únicamente por objeto establecer las modalidades y el alcance del control de contenido de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, que describen las prestaciones esenciales de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, siguiéndose de ello que las cláusulas

²⁹⁴ C-484/08. STJUE de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, apdos. 21 a 23.

²⁹⁵ *Ibid.*, apdo. 28.

²⁹⁶ *Ibid.*, apdo. 29.

contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de esta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2²⁹⁷. Ello conlleva, según el Tribunal de Justicia, que no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de esta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección²⁹⁸.

A continuación, el Tribunal de Justicia analiza la normativa española al respecto, aseverando que la Ley 7/1998 no ha incorporado el artículo 4, apartado 2, al ordenamiento interno²⁹⁹, y afirma –aludiendo expresamente a que también lo señala así el Tribunal Supremo– que en el ordenamiento jurídico español un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible³⁰⁰. A partir de esa afirmación, el Tribunal de Justicia –como cabía esperar– considera que al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por esta (apartado 43)³⁰¹.

La respuesta a la tercera cuestión también era bastante previsible. El TJUE afirma que los artículos 2 CE y 4 CE, apartado 1, según reiterada jurisprudencia, enuncian objetivos y principios generales que se aplican necesariamente en relación con los capítulos correspondientes del Tratado CE destinados a aplicar estos principios y objetivos. Así pues, estos preceptos no

²⁹⁷ *Ibid.*, apdos. 34 y 35.

²⁹⁸ *Ibid.*, apdo. 40.

²⁹⁹ *Ibid.*, apdo. 41.

³⁰⁰ *Ibid.*, apdo. 42.

³⁰¹ De esta forma, el Tribunal de Justicia responde a las preguntas primera y segunda que los artículos 4, apartado 2 y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

pueden, por sí mismos, imponer a los Estados miembros obligaciones jurídicas claras e incondicionales³⁰². De la misma forma, el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), tampoco puede imponer por sí mismo obligaciones jurídicas a los Estados miembros, al limitarse a indicar un objetivo que debe no obstante precisarse en otras disposiciones del Tratado, en particular las relativas a las normas sobre competencia³⁰³. Por todo ello, el TJUE responde a la tercera cuestión en el sentido de que los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible³⁰⁴.

Comentarios. En *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* el TJUE resuelve la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa española que no excepciona del control judicial de abusividad los supuestos excluidos por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, es decir, las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible³⁰⁵.

Resulta de interés referirnos a las alusiones efectuadas por la Abogada General en sus conclusiones³⁰⁶ sobre los orígenes del artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Se refiere la Abogada General a que la propuesta inicial de la Comisión no preveía esta disposición y su introducción se debió a las enmiendas del Consejo en el marco del proceso legislativo³⁰⁷. La Abogada General alude a que la finalidad legislativa de esta disposición, en opinión

³⁰² *Ibid.*, apdo. 46.

³⁰³ *Ibid.*, apdo. 47.

³⁰⁴ *Ibid.*, apdo. 49.

³⁰⁵ Hemos de observar que el alcance del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 es analizado por el Tribunal de Justicia a través de su jurisprudencia desde diferentes perspectivas. En este asunto lo hace para comprobar la compatibilidad o no con el Derecho de la Unión de una normativa nacional como la española que parece conceder una protección más alta al consumidor, al no excepcionar del control jurisdiccional la exclusión prevista en el artículo 4.2 de la Directiva.

³⁰⁶ Asunto C-484/08. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak presentadas el 29 de octubre de 2009.

³⁰⁷ *Ibid.*, apdo. 61 ss.

unánime de la doctrina jurídica, consiste en limitar el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas en los contratos con consumidores en aras de la libertad individual de las partes para contratar y de un mercado eficaz basado en la competencia en materia de precios y de oferta de servicios³⁰⁸, así como en la protección del consumidor³⁰⁹. Se trata de una norma de mínimos³¹⁰; por ello, propuso al Tribunal de Justicia resolver que la normativa española era compatible con la Directiva y con las normas sobre competencia del Tratado, habiendo seguido el Tribunal de Justicia la propuesta de la Abogada General en su sentencia.

Según la Abogada General, en la literatura jurídica se expresa la suposición de que posiblemente los reparos formulados por el Gobierno alemán en el Consejo contribuyeron a que también estén excluidas del control de contenido las cláusulas que en los contratos con consumidores describen las prestaciones y que determinan el precio con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, como también disponía el artículo 8 de la Ley alemana sobre condiciones generales de la contratación³¹¹.

En su comentario sobre esta sentencia, Micklitz y Kas³¹² se refieren a la contraposición que efectúa el TJUE de la situación enjuiciada con la que

³⁰⁸ Explica que la limitación del alcance del control operada por el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 se basa, a juicio de la doctrina jurídica, en los puntos de vista de la economía de mercado. Según los principios fundamentales de un orden económico liberal, las partes del contrato determinan libremente la prestación y la contraprestación, en virtud de cuyo intercambio se concluye el contrato. Ello es conforme con las leyes del mercado y de la competencia, que se dejarían parcialmente en suspenso si se controlara la adecuación o la equivalencia, de manera que quedara excluido un comportamiento preestablecido de los prestadores de servicios en el mercado con arreglo a dichas leyes. Así, puede deducirse de esta disposición que las obligaciones de las prestaciones principales, así como la adecuación de la relación entre precio y servicio, deben en principio dejarse, conforme a la voluntad del legislador, al acuerdo entre las partes y a la correspondiente oferta del mercado (*Ibid.*, apdos. 62, 63 y 64).

³⁰⁹ La Abogada General considera que este precepto, «en cierto modo, refleja la tensión existente entre la autonomía de la voluntad y la necesidad de una intervención jurídica en favor de la protección del consumidor» (*Ibid.*, apdo. 64).

³¹⁰ Tras haber analizado los orígenes de la norma, la Abogada General considera que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 no puede calificarse de disposición imperativa, que pudiera impedir a un Estado miembro invocar el artículo 8 de la Directiva para adoptar disposiciones que amplíen el alcance del control de contenido a otros objetos contractuales, como el objeto principal del contrato o la adecuación de la relación entre precio y servicio (*Ibid.*, apdo. 84). Además, considera que la norma responde al principio que subyace en la Directiva 93/13 relativo a una simple armonización mínima, desprendiéndose del duodécimo considerando que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva. Tampoco consideró que la normativa española al no excepcionar los supuestos mencionados del control jurisdiccional de abusividad fuese incompatible con las normas de competencia o con las libertades fundamentales (*Ibid.*, apdo. 109).

³¹¹ *Ibid.*, Nota explicativa 31.

³¹² MICKLITZ, H.-W., y KAS, B., «Overview of cases before the CJEU on European Contract Law (2008-2013) Part I», *European Review of Contract Law*, 2014, 10 (1) pp. 10-11.

resolvió en el asunto *Comisión/Países Bajos*³¹³, ya que en esa sentencia el Tribunal consideró que Países Bajos había incumplido las obligaciones que le incumbían con arreglo a la Directiva 93/13, no por no hacer la transposición del 4.2 de la Directiva, sino por hacerla de forma incompleta, con el resultado de que cualquier posibilidad de control judicial de las cláusulas referidas a obligaciones esenciales, incluso aquellas cuya redacción fuese oscura y ambigua, estaría excluida³¹⁴. Es de resaltar el hecho de que las dos sentencias ilustran la naturaleza de la directiva, que conforme al artículo 288 TFUE vincula en cuanto al resultado a conseguir, concediendo a los Estados miembros la elección por lo que respecta a forma y métodos³¹⁵.

También resulta interesante reseñar los comentarios sobre esta sentencia que, a título particular, efectúa la propia Verica Trstenjak junto con Erwin Beyesen³¹⁶. Según estos autores, dentro de la jurisprudencia reciente del TJUE relativa a la autonomía de los Estados miembros concerniente al proceso y a los recursos para el ejercicio de los derechos conferidos por las directivas sobre protección de consumidores, cabría distinguir un primer grupo de asuntos que se refieren a la posibilidad de los Estados miembros de mantener o introducir derechos y recursos a fin de garantizar un nivel de protección más alto que el exigido por esas directivas y un segundo grupo de asuntos relativos a situaciones en las que el TJUE ha tenido que evaluar si los derechos y recursos previstos en el ordenamiento jurídico nacional cumplen con los estándares mínimos requeridos por esas directivas³¹⁷. Dentro del primer grupo de sentencias los citados autores se refieren a la sentencia *Scarpelli*³¹⁸ y a *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de*

³¹³ Asunto C-144/99. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2001. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos*.

³¹⁴ El asunto *Comisión/Países Bajos*, alegado infructuosamente por Caja Madrid, también sirvió para que la Abogada General afirmara que la idea de la armonización mínima es la de garantizar un nivel de protección al consumidor lo más elevado posible, mientras que una restricción del ámbito de aplicación de la Directiva mediante una adaptación indebida del Derecho interno significa, por el contrario, no alcanzar el nivel de protección mínima establecido por el Derecho comunitario (Asunto C-484/08; Conclusiones de la Abogada General Sra. Trstenjak, apdo. 80). En otras palabras, «una diferencia a la baja, es decir, un nivel de protección del consumidor que quede a la zaga de los objetivos de la Directiva, no sería compatible con los principios de la Directiva» (*Ibid.*, apdo. 86).

³¹⁵ MICKLITZ, H-W., y KAS, B., «Overview of cases before the CJEU...», *op. cit.*, p. 11.

³¹⁶ TRSTENJAK, V., y BEYSEN, E., «European consumer protection: *Curia semper dabit remedium?*», *Common Market Law Review*, 48, Kluwer Law International, 2011, pp. 95-124.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 109

³¹⁸ Asunto C-509/07. Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2009. Luigi Scarpelli y NEOS Banca SpA. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale di Bergamo (Italia). EU: C:2009:255. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que artículo 11, apdo. 2, de la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del procedimiento principal, la existencia de un acuerdo entre el prestamista y el proveedor,

Madrid. Respecto de esta última, dicen los autores que el TJUE enfatizó en el hecho de que la Directiva 93/13 solo pretende una armonización parcial y mínima de la legislación relativa a cláusulas abusivas de forma que los Estados miembros pueden ofrecer a los consumidores un nivel más alto de protección que el que confiere la Directiva 93/13, lo que también resulta de aplicación para el artículo 4.2 de la Directiva, por lo que no se puede impedir a los Estados miembros que dispongan de normas que prevean la posibilidad de un control judicial completo de la naturaleza abusiva de las cláusulas³¹⁹. A ello añaden los autores que la posibilidad de los Estados miembros de introducir un nivel de protección más elevado que el requerido por las directivas de armonización mínima implica que los Estados miembros son libres para determinar los recursos y las normas procedimentales para el ejercicio de ese más elevado nivel de protección, siempre que esa facultad sea ejercida respetando el Derecho primario.

El asunto que ahora comentamos pone de manifiesto una llamativa paradoja. El Tribunal de Justicia, inducido por el Tribunal Supremo en el planteamiento de la cuestión prejudicial, da por supuesto que nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba la exclusión prevista por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 al no haber sido incorporada dicha disposición al ordenamiento español por la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (apdo. 9 de *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*). Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, con posterioridad (sentencia número 406/2012 de 18 de junio, ES: TS:2012:5966 y, sobre todo, sentencia número 241/2013 de 9 de mayo, ES: TS:2013:1916), dejó muy claro que la exclusión del artículo 4.2 era de aplicación en nuestro país y declaró que nuestro ordenamiento disponía que quedaban fuera del control de la naturaleza abusiva las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y bienes o servicios en contraprestación, siempre que estuvieran redactadas de forma clara y comprensible³²⁰.

en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor, no es requisito necesario para el ejercicio del derecho del cliente a dirigirse contra el prestamista en caso de incumplimiento de las obligaciones que incumben al proveedor, con objeto de obtener la resolución del contrato de préstamo y la consiguiente devolución de los importes pagados a la entidad financiera.

³¹⁹ TRSTENJAK, V., y BEYSEN, E., «European consumer protection...», *op. cit.* p. 112.

³²⁰ Sentencia del TS número 241/2013 de 9 de mayo. ES: TS:2013:1916. «Apdo. 196: De lo expuesto cabe concluir: a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. Apdo. 197: Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal del contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone».

En cualquier caso, la interpretación del TJUE sobre el Derecho de la Unión es indiscutiblemente correcta, ya que es patente que la legislación de los Estados miembros puede prever el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales cuya apreciación resulta excluida por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, garantizando así un mayor nivel de protección a los consumidores conforme al artículo 8 de la Directiva 93/13. Incluso, a nuestro modo de ver, sería bastante positivo que el legislador español adoptara esa medida, ya que no parece muy justificada la exclusión efectuada por la Directiva en su día.

No creemos que la libre competencia se vaya a ver afectada negativamente por el hecho de que el control de abusividad también se extienda a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y los bienes o servicios a recibir en contraprestación, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.

Esta extensión, aplicada razonablemente, dotaría al consumidor de mayor protección y podría evitar las discusiones sobre qué constituye objeto principal del contrato o cuándo estamos ante una cláusula que se refiere a la adecuación entre precio y servicio o producto que se entrega en contraprestación.

En ese sentido, es de reseñar que la Comisión Europea en su informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13³²¹, emitido el 27 de abril de 2000 –anterior a la Comunicación de la Comisión relativa a las directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 publicada el 27 de septiembre de 2019–, viene a indicar que una parte de los Estados miembros no incorporó la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva sin que se plantearan problemas de aplicación práctica. Es más, la Comisión afirma que «su exclusión del ámbito de aplicación³²² de la Directiva plantea, no obstante, problemas de interpretación que ponen en entredicho la correcta aplicación del texto»³²³. Del texto publicado por la Comisión se podría deducir una posición favorable a la eliminación de la exclusión del 4.2 de la Directiva para mejorar la aplicación de la Directiva 93/13.

A modo de ejemplo y desde nuestro punto de vista, una cláusula de redondeo por arriba –como la referida en el litigio principal– siempre debería ser declarada abusiva porque es injusta –podría decirse, «intrínsecamente

³²¹ Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. COM(2000) 248 final, hecho en Bruselas con fecha 27 de abril de 2000.

³²² La expresión utilizada por la Comisión no es adecuada, desde nuestro punto de vista. El artículo 4.2 de la Directiva no implica la exclusión del ámbito de aplicación de las cláusulas a las que se refiere esta disposición, sino la exclusión del juicio de abusividad de esas cláusulas cuando son transparentes.

³²³ *Ibid.*, pp. 15-16.

injusta»—, se considere que forma parte del objeto principal del contrato o se considere que es un elemento accesorio —así fue calificada posteriormente por el propio TS— y esté redactada de forma clara y haya sido entendida perfectamente por el consumidor en todo su alcance y consecuencias económicas o no lo sea. Se trataba de una cláusula que, en su momento, todos los bancos la imponían y si el consumidor quería firmar una hipoteca con una entidad bancaria en nuestro país tenía que «pasar» por esa cláusula. Así, esta cláusula fue calificada como abusiva por el legislador en la reforma introducida mediante la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios³²⁴. Sirva este ejemplo para plantear la posibilidad de futuro de prever en la legislación española el control de la naturaleza abusiva de las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque dichas cláusulas se hayan redactado de manera clara y comprensible.

Finalmente, es de observar que el Tribunal Supremo no tuvo que resolver el recurso de casación interpuesto por Caja Madrid porque esta entidad, días después de que el TJUE dictara su sentencia, presentó escrito de desistimiento del recurso de casación, por lo que el TS dictó auto con fecha de 6 de julio de 2019³²⁵ teniendo por desistida a Caja Madrid.

Caso 21. *RWE Vertrieb*³²⁶: La exigencia de transparencia en su aspecto material.

Hechos. La cuestión prejudicial fue elevada durante el trámite de casación del procedimiento seguido a consecuencia de la demanda formulada por una asociación de consumidores actuando en representación de veinticinco consumidores contra la empresa RWE Vertrieb AG en relación con la utilización, por parte de RWE, de cláusulas supuestamente abusivas en los contratos

³²⁴ «Artículo 1. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. [...] Catorce. Se añaden dos nuevas cláusulas, la 7 bis y la 17 bis, a la disposición adicional primera, y se modifica la cláusula número 22, en los siguientes términos:

7 bis. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva [...]».

³²⁵ Auto del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 6 de julio de 2010, núm. de Recurso: 3090/2002. ES: TS:2010:9133A.

³²⁶ Asunto C-92/11. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de marzo de 2013 *RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof (Alemania), EU: C:2013:180. La Abogada General Sra. Trstenjak presentó sus conclusiones el 13 de septiembre de 2012.

celebrados con consumidores³²⁷. El Tribunal de instancia de Dortmund estimó la pretensión de reembolso por un importe de 16.128,63 euros, más los intereses. El recurso de apelación interpuesto por RWE ante el tribunal superior fue desestimado y la empresa interpuso recurso de casación contra la sentencia. En casación, el Bundesgerichtshof planteó la cuestión prejudicial.

Mediante la primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que dicha Directiva no se aplica a las cláusulas de las condiciones generales incluidas en contratos, celebrados entre un profesional y un consumidor, que reproducen una disposición del Derecho nacional aplicable a otra categoría de contrato y que no están sujetas a la normativa nacional de que se trate.

En base a la segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide sustancialmente que se determine si los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, en relación con los apartados 1, letra j) y 2) letra b) párrafo segundo, del anexo de la propia Directiva, y el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2003/55 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural³²⁸ en relación con el anexo A, letras b) y/o c), de esta, deben interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual tipo mediante la que la empresa suministradora se reserva el derecho a modificar unilateralmente el precio del suministro de gas, pero sin indicar la causa, las condiciones o el alcance de la modificación, es conforme con las exigencias de tales disposiciones de garantizar que los consumidores sean informados de la modificación del precio con un antelación razonable y que estos dispongan entonces del derecho a rescindir el contrato si no aceptan las modificaciones.

³²⁷ RWE, empresa suministradora de gas, celebró con consumidores contratos de suministro de gas natural. Además de la posibilidad de celebrar tales contratos, RWE y las demás empresas suministradoras de gas tienen la obligación, conforme a la normativa nacional, de contratar con los consumidores aplicando una tarifa tipo. Las cláusulas de las condiciones generales incluidas en los contratos especiales controvertidos en el presente asunto, relativas a la modificación del precio del gas, hacían referencia a las disposiciones de la normativa nacional o a las condiciones tipo cuyo texto se correspondía con tal normativa, sin ser esta aplicable a dichos contratos, regulando únicamente los contratos sujetos a tarifa. Tal normativa permitía al proveedor modificar unilateralmente el precio del gas sin indicar la causa, las condiciones o el alcance de la modificación, garantizando al mismo tiempo, no obstante, que los clientes fueran informados de esa modificación y pudieran, en su caso, denunciar el contrato. En el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 1 de octubre de 2005, RWE incrementó el precio del gas en cuatro ocasiones. Durante ese período, los clientes de que se trata en el asunto principal no tuvieron la posibilidad de cambiar de proveedor de gas. La asociación de consumidores reclamó a RWE, por cuenta de tales consumidores, el reembolso de las cantidades adicionales que estos le habían abonado al incrementarse el precio.

³²⁸ Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE. Publicada en *DOUE* el 15 de julio de 2003.

Doctrina. El TJUE argumenta –siguiendo las conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak³²⁹–, que la exclusión del régimen de la Directiva 93/13 prevista en su artículo 1.2 se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos³³⁰.

Aclara el TJUE que la exclusión no puede aplicarse a las cláusulas de un contrato diferente de los que reflejan disposiciones de la normativa nacional que regulan una categoría determinada de contrato. Por ello, la eventual voluntad de las partes de extender la aplicación de un régimen normativo a un contrato diferente a los previstos en ese régimen normativo no puede asimilarse al establecimiento por el legislador nacional de un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos³³¹.

Según el TJUE, esa extensión pondría en tela de juicio el régimen de protección de los consumidores instaurado por la Directiva y, en esas circunstancias, un profesional podría eludir fácilmente el control del carácter abusivo de las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual con un consumidor redactando las cláusulas de sus contratos de la misma manera que aquellas previstas por la normativa nacional para determinadas categorías de contratos³³².

Observa el TJUE, siguiendo las conclusiones de la Abogada General, que el legislador alemán optó deliberadamente por no aplicar a los contratos especiales el régimen establecido por la normativa nacional que determina el contenido de las cláusulas de los contratos de suministro de gas³³³.

En consecuencia, el TJUE concluye que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a las cláusulas de las condiciones generales incluidas en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor que reproducen una disposición del Derecho nacional aplicable a otra categoría de contrato y que no están sujetas a la normativa nacional de que se trate³³⁴.

En relación a la segunda pregunta, el TJUE, remitiéndose a *Invitel*³³⁵, observa que es esencial que el consumidor sea informado por el profesional

³²⁹ Asunto C-92/11. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak presentadas el 13 de septiembre de 2012.

³³⁰ Asunto C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013. *RWE Vertrieb*, apdo. 28.

³³¹ *Ibid.*, apdo. 29.

³³² *Ibid.*, apdos. 30 y 31.

³³³ *Ibid.*, apdo. 37.

³³⁴ *Ibid.*, apdo. 39.

³³⁵ Asunto C-472/10. STJUE de 26 de abril de 2012, *Invitel*.

del contenido de las disposiciones de que se trate, de forma que la falta de información antes de la celebración del contrato no se puede compensar con el hecho de que los consumidores sean informados durante la ejecución del contrato de la modificación del coste con una antelación razonable y de su derecho a rescindir el contrato si no desean aceptar la modificación³³⁶. El profesional tiene la obligación de informar al consumidor antes de celebrarse el contrato y en términos claros y comprensibles sobre las principales condiciones del ejercicio del derecho de la empresa suministradora a la modificación unilateral del coste.

El TJUE llega a la conclusión de que los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 en relación con el artículo 3, apartado 3 de la Directiva 2003/55 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar si una cláusula contractual tipo mediante la que una empresa suministradora se reserva el derecho a modificar el coste del suministro del gas obedece o no a las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que imponen tales disposiciones, reviste concretamente una importancia esencial determinar, entre otros extremos, si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles las eventuales modificaciones de ese coste, correspondiendo al tribunal remitente efectuar dicha apreciación³³⁷.

A continuación, el TJUE desarrolla la temática de la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia. Dicho tratamiento es efectuado a requerimiento tanto del gobierno alemán como de la empresa RWE. El primero solicitó al TJUE que en el supuesto de que la sentencia dispusiera la incompatibilidad de la cláusula con el Derecho de la Unión, limitara en el tiempo los efectos de la sentencia, de modo que la interpretación que se efectuara de la sentencia del TJUE no se aplicase a las modificaciones de tarifa que hubieran tenido lugar con anterioridad a la fecha de la sentencia. Por su parte, la empresa RWE solicitó al TJUE que declarase que los efectos de la sentencia se suspendieran durante veinte meses para permitir que tanto las empresas afectadas como el legislador nacional se adaptaran a sus consecuencias. Dichas peticiones fueron amparadas en las graves consecuencias financieras que podrían producirse respecto a un gran número de contratos de suministro de gas en Alemania, dando lugar a un déficit considerable de las empresas afectadas.

El TJUE señaló que esa limitación invocada –que se basaría en la aplicación del principio de seguridad jurídica– tiene un carácter excepcional, debiendo

³³⁶ Asunto C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013. *RWE Vertrieb*, apdos. 49 a 51.

³³⁷ *Ibid.*, apdo. 55.

concurrir los dos criterios esenciales de buena fe de los círculos interesados y de riesgo de trastornos graves. Al no considerar el TJUE que se haya acreditado la existencia de riesgo de trastornos graves según el concepto del mismo establecido por la propia jurisprudencia del TJUE, este rechaza la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia, no siendo necesario comprobar si concurre la buena fe de los círculos interesados³³⁸.

Comentarios. El Tribunal de Justicia realiza una importante declaración en esta sentencia al señalar que la exigencia de transparencia de los artículos 3 y 5 de la Directiva ha de ser entendida no solo en su aspecto formal, sino también en su aspecto material. Por vez primera, el TJUE se refiere a la transparencia material en la medida en que señala la importancia de determinar si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles las eventuales modificaciones de ese coste, correspondiendo al tribunal remitente efectuar dicha apreciación. Como afirman Micklitz y Kas³³⁹, el TJUE convierte el requisito de la transparencia en una obligación positiva de información, ya que únicamente la información clara y transparente permite al consumidor ejercitar sus derechos. Es de señalar que nuestro Tribunal Supremo en la trascendental sentencia de 9 de mayo de 2013³⁴⁰ sobre la denominada «cláusula suelo» se remitió a *RWE Vertrieb* dentro de su argumentación relativa a la exigencia de transparencia, referida a su observancia no solo desde un plano formal, sino también desde un plano material, lo que en palabras de nuestro Tribunal Supremo en dicha sentencia en relación a la transparencia de las cláusulas no negociadas es la inclusión del «control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato»³⁴¹.

La trascendencia que la noción de la transparencia ha tenido en nuestro país ha sido enorme, dando lugar a la consideración de la transparencia como valor del cambio social, según construcción realizada por el profesor Orduña Moreno³⁴², quién, además, ha tenido un papel primordial en un conjunto de

³³⁸ *Ibid.*, apdos. 56 a 64.

³³⁹ MICKLITZ, H-W., y KAS, B., «Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008-2013) -Part I», *European Review of Contract Law*, 10 (1) 2014, p. 29.

³⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013 de 9 de mayo, ES: TS:2013:2016. En su apartado 214 la STS reproduce el apartado 49 de *RWE Vertrieb*: «[...] de forma que el consumidor pueda prever sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]».

³⁴¹ *Ibid.*, apdo. 215.

³⁴² ORDUÑA MORENO, F. J., y SÁNCHEZ MARTÍN, C., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

sentencias del Tribunal Supremo que ha modelado la figura de la transparencia en nuestra jurisprudencia reciente³⁴³.

En otro orden de cosas, Micklitz y Kas³⁴⁴ señalan que en esta sentencia el TJUE se aleja de la distribución de competencias efectuada en la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*³⁴⁵ con arreglo a la cual la declaración de nulidad no es competencia del TJUE, sino del juez nacional. Por el contrario, la minuciosa interpretación de los requisitos de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 deja poco margen de maniobra al tribunal nacional para tomar otra decisión que no sea invalidar la cláusula de variación del precio del gas. Desde nuestro punto de vista, esa postura del TJUE es positiva puesto que cuanto más detallados sean los criterios que facilite al juez nacional menos dificultades tendrá este a la hora de interpretarlos, lo que propiciará la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión entre los órganos jurisdiccionales nacionales. Además, en el apartado 55 de la sentencia, el TJUE añade la consabida premisa en el sentido de que corresponde al tribunal remitente efectuar la apreciación.

No obstante, esta sentencia también ha dado lugar a críticas. Así, Siciliani³⁴⁶ sostiene que el TJUE ha ido demasiado lejos, estimando que los requisitos de transparencia impuestos por la sentencia son desproporcionados e inviables.

No compartimos esa crítica, sino que consideramos que a través de esta sentencia y de *Invitel*³⁴⁷ se han realizado mejoras sustanciales en el entendimiento de lo que conlleva la transparencia bajo la Directiva 93/13, al menos en relación con cláusulas que permiten modificar los precios que han de pagar los consumidores en el contexto de contratos de larga duración. Además, esta sentencia ayuda a clarificar la función de la transparencia que no solo está orientada a la fase contractual, sino que también tiene algo que ayudar en un momento posterior, durante la ejecución del contrato³⁴⁸. La cláusula tiene que indicar en un lenguaje claro y comprensible las razones

³⁴³ La importancia del principio de transparencia en España es tan elevada que ha dado lugar a la celebración del primer congreso sobre el principio de transparencia en la contratación predispuesta y su proyección como valor transversal en la sociedad organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona que se desarrolló con gran éxito los días 18 y 19 de febrero de 2021.

³⁴⁴ MICKLITZ, H.-W., y KAS, B., «Overview of cases before the CJEU ...», *op. cit.*, p. 29.

³⁴⁵ C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*.

³⁴⁶ SICILIANI, P., «Should EU consumer law be used to close a presumed enforcement gap under EU competition law? The unintended consequences of *Invitel* and *RWE Vertrieb*», *European Law Review*, 39 (4), 2014, pp. 567-578.

³⁴⁷ C-472/10. STJUE de 26 de abril de 2012. *Invitel*.

³⁴⁸ LEONE, C., «Transparency revisited –on the role of information in the recent case-law of the CJEU», *European Review of Contract Law*, 10 (2) 2014, pp. 313-314.

que permiten una modificación y el método que será empleado para determinar las nuevas condiciones ³⁴⁹.

Un segundo aspecto relevante de la sentencia está constituido por el hecho de que el TJUE tiene la oportunidad de interpretar la exclusión prevista en el artículo 1.2 de la Directiva declarando que no se aplica dicha exclusión a las cláusulas de un contrato diferente a los previstos específicamente en el régimen normativo de que se trate, precisando que para que resulte de aplicación tiene que existir una coincidencia en la categoría de contratos en juego, es decir, para operar la exclusión no basta que las cláusulas controvertidas reproduzcan una norma prevista en la legislación nacional, sino que es necesario que esa legislación resulte de aplicación a la categoría específica de contratos a la que pertenece el clausulado controvertido.

En esta sentencia también se debate un tercer punto de gran interés concerniente a la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia. En base a su propia jurisprudencia, el TJUE determina la necesidad de concurrencia de dos requisitos: la buena fe de los círculos interesados y la existencia de riesgo de trastornos graves. No habiéndose acreditado, según el TJUE, la concurrencia de este segundo requisito, no hay lugar a la limitación temporal de los efectos de la sentencia, sin que sea necesario examinar la existencia del primero.

Prueba de la importancia de las declaraciones del TJUE en *RWE Vertrieb* sobre la limitación en el tiempo de los efectos de una sentencia es que nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, reproduce el apartado 59 de *RWE Vertrieb* ³⁵⁰, constituyendo «el riesgo de trastornos graves» uno de los razonamientos en los que apoya la declaración de irretroactividad de su sentencia ³⁵¹.

Tras la sentencia del TJUE, el Bundesgerichtshof, mediante decisión de 31 de julio de 2013, confirmó la sentencia dictada por el Oberlandesgericht Hamm que había establecido la naturaleza abusiva de la cláusula controvertida, lo que era bastante previsible habida cuenta del escaso margen de maniobra dejado por el TJUE al juez nacional. El Bundesgerichtshof, entre otros extremos, declaró que los consumidores podían tener la falsa impresión de que las tarifas no estaban sujetas a la posibilidad de que el proveedor de gas modificase unilateralmente el precio ³⁵².

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 324.

³⁵⁰ Sentencia del TS número 241/2013 de 9 de mayo. ES: TS:2013:2016, apdo. 292.

³⁵¹ *Ibid.*, apdo. 293, letra k).

³⁵² Fuente: Portal ACA Europe. Disponible en <http://www.aca-europe.eu/index.php/en/dec-nat-en>. Bundesgerichtshof, Urteil vom 31/07/2013; referencia del asunto: VIII ZR 162/09. (última consulta el 17 de diciembre de 2022).

Caso 22. *Matei*³⁵³: Una cláusula de variación unilateral del tipo de interés y una cláusula de percepción de una comisión de riesgos, en principio, no forman parte del objeto principal del contrato ni se refieren a la adecuación entre precio y retribución y los servicios o bienes en contraprestación, a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva, sin perjuicio de que corresponde al juez nacional su verificación.

Hechos. Al considerar que una serie de cláusulas de los contratos de crédito de que se trata en el litigio principal, entre las que se encuentran las relativas al carácter variable del tipo de interés y a la «comisión de riesgo», tenían carácter abusivo en el sentido del artículo 4 de la Ley núm. 193/2000, los prestatarios, presentaron una demanda ante el Tribunal de primera instancia de Cluj-Napoca solicitando que declarara el carácter abusivo de las cláusulas de que se trata y su consiguiente nulidad³⁵⁴.

Mediante sentencia de 12 de diciembre de 2011, dicho tribunal estimó parcialmente la demanda de los prestatarios, declarando que algunas cláusulas tienen carácter abusivo y que, en consecuencia, deben considerarse nulas. Tal es el caso, según el referido tribunal, de la cláusula relativa al carácter variable del tipo de interés, ya que el concepto de «variaciones significativas en el mercado financiero» es tan vago que permite al banco modificar el tipo de interés de forma discrecional. En cambio, dicho tribunal consideró que las cláusulas relativas a la «comisión de riesgo», así como la propuesta de cláusula relativa a la «comisión de administración del crédito»³⁵⁵, no podían ser calificadas de abusivas

³⁵³ Asunto C-143/13, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 26 de febrero de 2015. Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunalul Specializat Cluj (Rumanía) EU: C:2015:127. Este asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado el mismo.

³⁵⁴ Los consumidores-prestatarios Sres. Matei celebraron dos contratos de crédito con la entidad Volksbank. El primer contrato, celebrado el 4 de marzo de 2008 y destinado a cubrir gastos corrientes personales, tiene por objeto un crédito de 8.000 euros. Dicho crédito, que debía reembolsarse en un período de cinco años, fue acordado a un tipo de interés anual fijo del 9 % y a una TAE del 20,49 %.

El segundo contrato, celebrado el 7 de marzo de 2008, tenía por objeto un crédito de 103.709,18 francos suizos (CHF), estaba destinado a financiar la adquisición de un bien inmueble y estaba garantizado con una hipoteca sobre el referido bien. Dicho crédito era reembolsable en un período de veinticinco años, su tipo de interés anual se fijó en el 3,99 % y su TAE es del 19,55 %.

A tenor de la cláusula 3, letra d), de las condiciones particulares de ambos contratos, relativa al carácter variable del tipo de interés, «el Banco se reserva el derecho de revisar el tipo de interés corriente en caso de que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero, comunicando a los prestatarios el nuevo tipo de interés. El tipo de interés así modificado se aplicará desde la fecha en que sea comunicado».

³⁵⁵ La cláusula 3.5 de las condiciones generales de los contratos de crédito titulada «comisión de riesgo», establece que, por la puesta a disposición del crédito, el prestatario quede obligado a satisfacer al banco una comisión de riesgo, calculada sobre el saldo del crédito y pagadera mensualmente durante toda la vida del crédito.

pues, en particular, no era de su competencia apreciar el riesgo concreto asumido por el banco ni tampoco la eficacia de las garantías contractuales. Ambas partes interpusieron recurso de casación ante el Tribunalul Specializat Cluj, que, al tener dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, formuló cuestión prejudicial. Según reformulación llevada a cabo por el TJUE, mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra» comprenden tipos de cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores, como las controvertidas en el litigio principal, que, por una parte, permiten que en determinadas circunstancias el prestamista modifique unilateralmente el tipo de interés, y, por otra parte, prevén que este perciba una «comisión de riesgo».

Doctrina. De entrada, el TJUE —remitiéndose a la sentencia *Kasler*³⁵⁶— establece la distribución de competencias con respecto al tribunal nacional en el sentido de que corresponde exclusivamente al tribunal nacional pronunciarse sobre la calificación de las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato o que son relativas a la adecuación entre precio y servicios o bienes en contraprestación, en función de las circunstancias propias del asunto del que conoce, mientras que el TJUE es competente para deducir los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al apreciar cláusulas contractuales a la luz de dicha disposición³⁵⁷.

La cláusula 5 de las condiciones particulares de dichos contratos, también titulada «comisión de riesgo», precisa que dicha comisión es igual al producto obtenido de multiplicar el saldo del crédito por 0,74 % para el crédito contratado en euros, y por 0,22 % para el crédito contratado en francos suizos. El importe total adeudado en concepto de esta comisión asciende a 1.397,17 euros para el crédito contratado en euros y a 39.955,98 CHF para el crédito contratado en francos suizos.

Tras la entrada en vigor, el 22 de junio de 2010, de la OUG núm. 50/2010, Volksbank inició gestiones para adecuar los contratos de crédito de que se trata en el litigio principal a lo dispuesto por dicho Decreto-ley. De este modo, el citado banco propuso reemplazar, en los proyectos de apéndices a tales contratos de crédito, la denominación de las cláusulas relativas a la «comisión de riesgo» por «comisión de administración del crédito», pues la percepción de esta última estaba expresamente autorizada por el artículo 36 del citado Decreto-ley, pero sin modificar el contenido de tales cláusulas. Los prestatarios rechazaron la referida propuesta y, consiguientemente, se negaron a firmar dichos apéndices.

³⁵⁶ C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kasler y Kaslerné Rabai*.

³⁵⁷ Si bien no fue objeto de la pregunta formulada por el tribunal remitente, el TJUE añade a su argumentación la cuestión de que incluso en el caso de que el tribunal remitente considere que las cláusulas controvertidas forman parte del objeto principal o se refieren a la adecuación entre precio y retribución, también serían objeto de apreciación sobre su eventual abusividad en el supuesto de que el tribunal remitente verificase que no fueron redactadas de forma clara y comprensible (*Ibid.*, apdo. 72). El TJUE reitera las premisas dadas en *Kasler* (Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*) sobre la transparencia material y que después repetirá en otras sentencias como *Andriciuc* (Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017).

El TJUE diferencia dos categorías dentro de la exclusión del 4.2 de la Directiva 93/13. La primera categoría constituida por las cláusulas que forman parte del objeto principal y, la segunda, por las cláusulas que se refieren a la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Las primeras son las que regulan prestaciones esenciales y se contraponen a las cláusulas de carácter accesorio. Las segundas tienen un alcance más reducido y su exclusión se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación. El TJUE analiza primeramente la cláusula controvertida referida a la posibilidad de modificar unilateralmente el tipo de interés, adelantando que dicha cláusula no entraría dentro de la exclusión del artículo 4.2 y proporcionando varios elementos para apoyar su postura. Se remite a una cláusula de modificación de gastos de los servicios que debían prestarse al consumidor analizada en *Invitel*³⁵⁸ y también se refiere a que las cláusulas que permiten al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés figuran en el punto 1, letra j, del listado del anexo a la Directiva 93/13, con las matizaciones del punto 2, letra b). Al haber incluido esa referencia en el listado del anexo, quedaría privada de sentido esa remisión si se entiende que están excluidas de la apreciación de abusividad³⁵⁹. El TJUE enumera varias circunstancias que apoyan el carácter accesorio de esa cláusula, entre otros, que es un mecanismo accesorio de la cláusula que fija el interés del préstamo.

En relación con las cláusulas que prevén una «comisión de riesgo» percibida por el prestamista, el TJUE también elabora varios elementos que permiten considerar que estas no están comprendidas en ninguna de las dos categorías de exclusiones previstas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, sin perjuicio de que la verificación corresponde al juez nacional. Entre otros elementos, el TJUE menciona que la finalidad esencial perseguida por la «comisión de riesgo», consistente en garantizar el reembolso del préstamo. Ello constituye manifiestamente una obligación esencial que recae en el consumidor como contrapartida a la puesta a su disposición del importe del préstamo. Es de reseñar que todos los elementos que presenta el TJUE lo son a los efectos de que puedan ser discernidos por el juez nacional. El TJUE también procede a dar indicaciones sobre la posibilidad de que esa cláusula pertenezca a la segunda categoría prevista en el artículo 4.2 de la Directiva. No obstante, parece que la cláusula de comisión por riesgo no versa sobre la adecuación entre el importe de dicha comisión y cualesquiera de los servicios prestados por el prestamista,

³⁵⁸ C-472/10. STJUE de 26 de abril de 2012. *Invitel*,

³⁵⁹ Asunto C-143/13. STJUE de 26 de febrero de 2015. *Matei*, apdos. 57 a 60.

toda vez que se alega que este último no presta ningún servicio efectivo que pueda constituir la contrapartida de tal comisión, motivo por el cual la cuestión de la adecuación de dicha comisión no puede plantearse³⁶⁰.

Se refiere el TJUE a la cláusula sobre variación del interés en el sentido de que cabe preguntarse sobre la previsibilidad para el consumidor de los incrementos de dicho tipo que puede efectuar el prestamista en función del criterio –poco transparente a primera vista– basado en «que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero», aun cuando esta última formulación sea, en sí misma, gramaticalmente clara y comprensible³⁶¹.

Con respecto a la cláusula de la comisión de riesgo, el TJUE viene a decir que los motivos que la justifican no están expuestos, toda vez que se rebate que el prestamista esté obligado a proporcionar una contrapartida real para percibir dicha comisión, al margen de asumir el riesgo de la falta de reembolso, el cual –según se alega– ya está cubierto con una hipoteca. En otras palabras, que no se sabe por qué se paga esa comisión. Añade el TJUE que la falta de transparencia de la mención de los motivos que justifican tales cláusulas en los contratos de que se trata en el litigio principal parece confirmarse aún más por el hecho, recordado en el apartado 29 de la sentencia, de que el prestamista propuso a los prestatarios sustituir la denominación de dichas cláusulas por «comisión de administración del crédito», sin modificar no obstante el contenido de estas³⁶².

Dicho todo esto, el TJUE presenta la conclusión final, declarando que habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra» no cubren, en principio, tipos de cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores, tales como las controvertidas en el litigio principal, que, por una parte, permiten al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una «comisión de riesgo» percibida por este. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la calificación de tales cláusulas contractuales atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos de que se trata, así como al contexto jurídico y de hecho en que estas se inscriben³⁶³.

³⁶⁰ *Ibid.*, apdos. 65 a 70.

³⁶¹ Asunto C-143/13. STJUE de 26 de febrero de 2015. *Matei*, apdo. 76.

³⁶² *Ibid.*, apdo. 77.

³⁶³ *Ibid.*, apdo. 78.

Comentarios. Entendemos que en esta sentencia el TJUE se ha mostrado más riguroso que lo fue en *Kásler*³⁶⁴ con la distribución de competencias frente al juez nacional al respecto de la calificación de las cláusulas controvertidas dentro de las categorías establecidas en el artículo 4.2 de la Directiva. Decimos esto porque, a pesar de que en esta sentencia se remite a la sentencia *Kásler* al referirse al comienzo de su argumentación a la distribución de competencias, en *Kásler* el TJUE no respetó el reparto de competencias en lo concerniente a las cláusulas referidas a la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios en contraprestación, sino que afirmó categóricamente que la cláusula controvertida no estaba dentro de esa categoría.

En la sentencia que ahora comentamos, el TJUE reproduce el apartado 45 de la sentencia *Kásler* para razonar el reparto de competencias, pero hay que recordar que ese apartado 45 de *Kásler* únicamente se refería a la primera categoría (objeto principal del contrato) y no a la segunda. En definitiva, nos parece positivo que en esta sentencia el TJUE haya adoptado una actitud más coherente que en *Kasler*, puesto que, sin perjuicio de la conveniencia de que los criterios proporcionados al juez nacional sean lo más precisos y claros, siguiendo su propia doctrina, el TJUE debe dejar la última palabra sobre la calificación al juez nacional en orden a que este pueda tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el asunto, como máximo conocedor de estas.

La sentencia *Matei* resulta de gran ayuda para los jueces nacionales porque son muchas y muy variadas las cláusulas introducidas por las entidades bancarias de una índole similar a las que son objeto del litigio principal. De esta forma, sin perjuicio de la verificación que ha de hacer el juez nacional, cláusulas con un sentido similar a establecer una modificación unilateral del tipo de interés en función de cierto evento de difusa determinación o fijar una comisión de riesgo o similar, no entrarían dentro de la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva.

Ello tiene para los consumidores un efecto muy práctico porque abre la puerta directamente a que estos puedan solicitar su calificación como abusivas si no responden a las exigencias de la buena fe y comportan el desequilibrio importante del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, sin tener que acreditar que no fueron redactadas de forma clara y comprensible.

Es de señalar que en *Matei* el TJUE ha querido proporcionar indicaciones al tribunal remitente sobre el cumplimiento o no de la transparencia material por parte de las cláusulas controvertidas. En ese sentido, el TJUE lanza

³⁶⁴ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*.

serias dudas sobre dicha transparencia, advirtiendo de la falta de previsibilidad del consumidor sobre cuándo se produciría la modificación unilateral del interés y subrayando el desconocimiento de los motivos por los que se paga la comisión de riesgo.

Es decir, a pesar de que el tribunal rumano no le haya preguntado al respecto, el TJUE ha querido enfatizar sus dudas sobre la transparencia de las cláusulas controvertidas, sin perjuicio de que antes ha venido a afirmar que, en principio, las cláusulas no entran dentro de la exclusión del 4.2 de la Directiva, razón por la cual, si ello es verificado por el tribunal nacional, podrá este analizar de plano la existencia de desequilibrio importante que le llevaría a la calificación como abusivas de las cláusulas controvertidas.

Caso 23. *Van Hove*³⁶⁵: Aplicación analógica de las exigencias de la transparencia material en el marco de un contrato de seguro de amortización de préstamo por incapacidad total sobrevenida para trabajar.

Hechos. La petición prejudicial se formula en el contexto de un pleito entre el consumidor sr. Van Hove y una entidad aseguradora (CNP Assurances) relativo al carácter supuestamente abusivo de una cláusula incluida en un contrato de seguro que contenía la definición de incapacidad total para trabajar a los efectos de que la aseguradora se hiciera cargo de las cuotas mensuales de préstamos inmobiliarios que tenía suscritos el sr. Van Hove³⁶⁶.

³⁶⁵ Asunto C-96/14, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de abril de 2015. Jean-Claude Van Hove contra CNP Assurances SA,. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el tribunal de grande instance de Nîmes (Francia) EU: C:2015:262. Este asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Jaaskinen, al que le fue asignado el mismo.

³⁶⁶ En julio de 1998, el Sr. Van Hove celebró con el Crédit Immobilier de France Méditerranée dos contratos de préstamo por importe equivalente a 51.924 euros y de 16.244 euros, reembolsables mediante mensualidades de 434,43 euros que habían de pagarse hasta el 31 de marzo de 2016, en el caso del primer contrato, y de 26,70 euros (así consta literalmente en el apartado 10 de la sentencia, si bien parece existir un error numérico) pagaderas hasta el 31 de marzo de 2017, en el caso del segundo. En el momento de celebrar los mencionados contratos de préstamo, el Sr. Van Hove se adhirió a un «contrato de seguro tipo» de CNP Assurances (en lo sucesivo, «contrato de seguro»). La primera cláusula de este contrato de seguro garantiza que la entidad aseguradora se hará cargo, a su vencimiento, del pago de las mensualidades «debidas por el prestatario al prestamista, en caso de fallecimiento o invalidez permanente y absoluta de aquel, así como del 75 % de las mensualidades vencidas, en caso de que el prestatario se encuentre en situación de incapacidad total para trabajar».

En virtud de la segunda cláusula del contrato de seguro, «el asegurado se encontrará en situación de incapacidad total para trabajar cuando, al término de un período de interrupción continuada de la actividad de 90 días (llamado plazo de carencia), se encuentre imposibilitado para volver a ejercer cualquier actividad, remunerada o no, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad».

Tras una serie de incidencias en su situación laboral como consecuencia de un accidente de trabajo, en febrero de 2010, se concedió al Sr. Van Hove una baja laboral. A partir del 1 de enero de 2011, su grado de incapacidad permanente parcial para trabajar quedó fijado por la seguridad social en un 72 %. En este concepto, se le reconoció una pensión consistente en mensualidades de 1.057,65 euros.

El órgano jurisdiccional tiene dudas sobre la interpretación de la Directiva 93/13 y pregunta al TJUE si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la excepción prevista en dicha disposición puede aplicarse a una cláusula incluida en un contrato de seguro que tenga por objeto garantizar la obligación del asegurador de hacerse cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario y que excluya al asegurado del beneficio de esta cobertura si es declarado apto para ejercer una actividad, remunerada o no.

Doctrina. El centro del debate es la interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y lo primero que señala el TJUE es que al tratarse de una excepción ha de ser interpretado de forma estricta. A continuación, el TJUE se plantea dos cuestiones: si la cláusula controvertida forma parte del objeto principal de un contrato de seguro y si la cláusula está redactada de manera clara y comprensible.

Para resolver la primera cuestión el TJUE recuerda que las cláusulas incluidas en el concepto de objeto principal del contrato son las que regulan las prestaciones del contrato y que, como tales, lo caracterizan. Por otro lado, las cláusulas de carácter accesorio no forman parte de dicho concepto. El TJUE se refiere al decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 que dispone que las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de una apreciación del

En junio de 2012, a fin de determinar la cobertura que debía garantizar CNP Assurances, el médico designado por esta entidad aseguradora procedió a examinar al Sr. Van Hove, llegando a la conclusión de que el estado de salud de este le permitía ejercer a tiempo parcial una actividad profesional adaptada a su situación. Mediante dos cartas, en julio y en agosto de 2012, CNP Assurances notificó al Sr. Van Hove, primero, que a partir del 18 de junio de 2012 no se haría cargo del pago a su vencimiento de las mensualidades de los contratos de préstamo de aquel y, más tarde, que, aunque su estado de salud ya no era compatible con el ejercicio de su profesión anterior, disponía de la facultad de ejercer una actividad profesional adaptada a su situación, por lo menos a tiempo parcial.

En marzo de 2013, el sr. Van Hove demandó a CNP Assurances ante el tribunal de grande instance de Nîmes solicitando que se declararan abusivas las cláusulas del contrato de seguro que le vinculaba con CNP Assurances relativas a la definición de incapacidad total para trabajar y a las condiciones en las que se adquiere la cobertura garantizada, así como que condenara a la parte demandada en el litigio principal a hacerse cargo a partir del mes de junio de 2012 del pago de las cantidades aún pendientes en virtud de los dos préstamos mencionados más arriba. El Sr. Van Hove sostuvo, en esencia, la naturaleza abusiva de la cláusula que supedita la obligación que incumbe al asegurador de hacerse cargo del pago de las mensualidades vencidas a la imposibilidad absoluta del asegurado de volver a ejercer cualquier actividad, remunerada o no, porque crea entre las partes un desequilibrio importante en detrimento del consumidor. Además, el Sr. Van Hove sostiene que la definición de incapacidad total para trabajar está redactada de tal forma que no permite que un consumidor profano en la materia comprenda su alcance. Para conseguir la desestimación de la demanda, CNP Assurances alega, entre otros argumentos, que los criterios tomados en consideración para fijar este grado de incapacidad funcional son diferentes de los que tiene en cuenta la seguridad social y que la cláusula en cuestión no puede ser abusiva porque constituye el objeto mismo del contrato y no crea un desequilibrio importante en perjuicio del demandante asegurado.

carácter abusivo ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada³⁶⁷.

En base a las explicaciones dadas por el tribunal remitente, declara el TJUE que no puede excluirse que la cláusula controvertida delimite el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador, correspondiendo la competencia de verificar ese extremo al juez nacional, lo que tendrá que hacer atendiendo a la configuración general y a todas las estipulaciones del contrato, así como al contexto jurídico y de hecho.

Analizado ese punto, el TJUE pasa al siguiente haciendo constar que si el tribunal nacional constata que se trata de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato, el tribunal debe verificar que la cláusula ha sido redactada por el profesional de forma clara y comprensible.

El TJUE aborda la necesidad de transparencia de la cláusula, no reducida al plano formal y gramatical, sino entendida de manera extensiva.

Es de significar que el TJUE se remite analógicamente a sentencias anteriores (*RWE Vertrieb*, *Kasler* y *Matei*) no referidas al ámbito de seguros, pero que dan una idea sobre el criterio correcto para evaluar la exigencia de transparencia. En ese sentido, menciona el TJUE la importancia de la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad aseguradora se hace cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario, la relación de ese mecanismo con el que establezcan otras cláusulas para que el consumidor pueda valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que de ello se derivan³⁶⁸.

El TJUE pasa a centrarse en la expresión «volver a ejercer cualquier actividad, remunerada o no» argumentando las diferentes interpretaciones de la que es susceptible. Observa el TJUE que no cabe excluir que el consumidor no haya comprendido la cláusula controvertida, por más que dicha cláusula haya sido redactada de manera gramaticalmente correcta, correspondiendo al tribunal nacional verificar esta circunstancia³⁶⁹.

El TJUE añade más argumentos en favor de las dudas suscitadas por la cláusula, remitiéndose a lo sostenido en la vista por la Comisión y por el gobierno francés³⁷⁰.

Para terminar su disertación, el TJUE desciende al detalle del contrato controvertido y emite una serie de indicaciones claras que dejan poco margen

³⁶⁷ Asunto C-96/14. STJUE de 23 de abril de 2015. *Van Hove*, apdo. 35.

³⁶⁸ *Ibid.*, apdo. 41.

³⁶⁹ *Ibid.*, apdos. 42 y 43.

³⁷⁰ *Ibid.*, apdos. 44 a 46.

al tribunal nacional para pensar otra cosa que no sea que el consumidor no ha comprendido el verdadero alcance de la cláusula controvertida.

Así, afirma el TJUE que, tratándose de las particularidades de una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, incumbe al juez remitente, a la vista de todos los hechos pertinentes –tales como la publicidad y la información facilitada por el asegurador en el marco de la negociación del contrato de seguro–, así como, con carácter más general, a la luz del entramado contractual en su conjunto, determinar si el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no solo podía saber que existe una diferencia entre el concepto de «incapacidad total para trabajar», a efectos del contrato sobre el que versa el litigio principal, y el concepto de «incapacidad permanente parcial», a efectos del Derecho nacional de la seguridad social, sino que se encontraba también en condiciones de valorar las consecuencias económicas de la limitación de la garantía incluida en la póliza de seguro, potencialmente significativas para él, de conformidad con las exigencias derivadas de la jurisprudencia recordada en el apartado 41 de la sentencia³⁷¹.

A ello añade el TJUE la dificultad para el consumidor de firmar el contrato controvertido en conjunción con los contratos de préstamo, lo cual hace aún más compleja la situación a la vez que resta atención al consumidor sobre el contrato de seguro³⁷².

En ese punto el TJUE ya ha presentado todo su desarrollo argumental y tan solo le queda clarificar el escenario. A tal fin, señala que si el tribunal remitente entiende que a la cláusula controvertida no le afecta la exclusión del 4.2 de la Directiva 93/13, entonces se aplicaría el artículo 5 de la misma directiva, en cuya virtud prevalece la interpretación más favorable para el consumidor cuando la redacción de una cláusula contractual no es clara³⁷³.

Concluye el TJUE afirmando que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la excepción que figura en dicha disposición únicamente resultará aplicable a una cláusula incluida en un contrato de seguro y que tenga por objeto garantizar la obligación de la entidad aseguradora de hacerse cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en

³⁷¹ *Ibid.*, apdo. 47.

³⁷² El TJUE declara que podría también resultar pertinente en este contexto la circunstancia de que el contrato de seguro sobre el que versa el litigio principal se incardina en un entramado contractual más amplio y está ligado a los contratos de préstamo. De hecho, en el supuesto de que se celebren varios contratos vinculados entre sí, no puede exigirse al consumidor la misma atención en cuanto al alcance de los riesgos cubiertos por el mencionado contrato de seguro que la que se le exige en el supuesto de que hubiera celebrado de manera diferenciada dicho contrato de seguro y los contratos de préstamo (*Ibid.*, apdo. 48).

³⁷³ *Ibid.*, apdo. 49.

caso de incapacidad total para trabajar del prestatario en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente constata:

– por una parte, que, atendiendo a la naturaleza, a la configuración general y a las estipulaciones del conjunto de contratos en el que se inserte, así como al contexto jurídico y de hecho, dicha cláusula constituye un elemento esencial de ese conjunto de contratos que, como tal, caracteriza al entramado contractual, y,

– por otra parte, que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él ³⁷⁴.

Comentarios. A nuestro modo de ver, la importancia de la sentencia radica en que el TJUE relata una serie de circunstancias –además de la comprensión gramatical– que tiene que comprobar el juez nacional en relación al contrato de seguro «importadas» analógicamente de otras sentencias del TJUE como *RWE Vertrieb* ³⁷⁵, *Kasler* ³⁷⁶ y *Matei* ³⁷⁷, referidas tanto al mecanismo establecido en la cláusula como a su relación con el funcionamiento del conjunto del contrato que deben exponerse de manera transparente, de forma que el consumidor-asegurado debe estar en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. El juez nacional habrá de decidir si la cláusula controvertida forma parte del objeto principal del contrato. Al tratarse de un contrato de seguro, el TJUE trae a colación el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 que establece que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de la apreciación del carácter abusivo, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor. Sin perjuicio de que su evaluación corresponde al juez nacional, parece que estaremos ante un supuesto excluido,

³⁷⁴ *Ibid.*, apdo. 50.

³⁷⁵ Asunto C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013. *RWE Vertrieb*.

³⁷⁶ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Kasler*.

³⁷⁷ Asunto C-143/13. STJUE de 26 de febrero de 2015. *Matei*.

en principio, por lo que es necesario comprobar si la cláusula está redactada de manera clara y comprensible, transparencia exigible tanto en cuanto al aspecto gramatical como en cuanto a las consecuencias económicas que acarrea para el consumidor. Para decidir ese extremo el juez nacional habrá de ponerse en el lugar de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz³⁷⁸. Si no supera el control de transparencia, como parece que ocurre en este caso, se encontrará el juez nacional en disposición de apreciar si la cláusula es abusiva o no lo es con arreglo a lo dispuesto por el artículo 3.1 de la Directiva, al no operar la excepción del artículo 4.2 del mismo instrumento.

El TJUE no trata sobre la conexión entre falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula. A lo más que llega es a declarar que si el juez nacional considera que la excepción del artículo 4.2 de la Directiva no resulta aplicable, es de tener en cuenta que «cuando la redacción de una cláusula

³⁷⁸ El TJUE establece una serie de premisas en base a las cuales le está indicando prácticamente al juez nacional que el consumidor no conocía el alcance de la cláusula por falta de transparencia material de esta. Del conjunto de razonamientos del TJUE parece deducirse que la cláusula sí formaría parte integrante del objeto principal del contrato, pero que el consumidor no estaba en condiciones de alcanzar a comprender, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se derivaban para él. No obstante, hace constar el TJUE que es el tribunal nacional el que tiene determinar, atendiendo a la naturaleza, a la configuración general, a todas las estipulaciones del contrato y al contexto jurídico y fáctico, si la cláusula controvertida en el litigio forma parte del objeto principal del contrato y si ha sido redactada de manera clara y comprensible. Por tanto, dentro de la distribución de competencias entre TJUE y tribunal nacional, queda claro que es a este último al que corresponde decidir si la cláusula controvertida forma parte del objeto principal del contrato y al TJUE elaborar los criterios orientativos que pueden guiar al tribunal nacional.

La conclusión contenida en el apartado 50 y reproducida en lo que podría denominarse «fallo» –aunque no venga así intitulado–, es algo más objetiva que los razonamientos contenidos en los apartados 47 y 48 y está estructurada partiendo del artículo 4.2 de forma que se establecen dos premisas que han de cumplirse acumuladamente para que se produzca la exclusión del 4.2 en un contrato de seguro de amortización de préstamo por incapacidad total del asegurado.

La primera premisa es que la cláusula incluida en el contrato destinada a garantizar la obligación de la aseguradora de amortizar las cuotas del préstamo del asegurado frente al acreedor en caso de que suceda la incapacidad total para trabajar constituya un elemento esencial del conjunto de contratos. Es decir, al ser un elemento esencial, forma parte del objeto principal del contrato y como tal no puede ser apreciada como abusiva (siempre que se haya redactado de manera clara y comprensible).

La segunda premisa se refiere a esa condición establecida en el artículo 4.2 *in fine*.

Consiste la segunda premisa contenida en el fallo «que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», explicando a continuación el TJUE qué hay que entender por esa expresión o, dicho de otro modo, qué circunstancias tienen que darse para configurarla así, circunstancias que no van a afectar únicamente a la cláusula sino también al contrato en la que está enmarcada.

Por un lado, la cláusula tiene que ser inteligible para el consumidor en el plano gramatical, pero, por otro lado, además, el contrato tiene que exponer de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se derivan para él. Todas estas premisas han de ser constatadas por el órgano jurisdiccional nacional atendiendo a la figura del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

contractual no sea clara, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor» (apdo. 49).

Como percibe Élise Poillot³⁷⁹, a pesar de que el tribunal nacional centra el debate en la cuestión de si la cláusula controvertida se refiere a la definición del objeto principal del contrato a fin de determinar si puede llevar a cabo el control de la eventual naturaleza abusiva en base a un desequilibrio significativo, sin mencionar la cuestión de una eventual falta de claridad y de comprensibilidad, el TJUE introdujo hábilmente esta cuestión en el debate.

El interés de esta sentencia radica, entre otros aspectos, en que se refiere al ámbito de los contratos de seguro. Se trata de un campo en el que, a pesar de la relevancia económica que para el consumidor puede tener la declaración de nulidad por abusiva de una determinada cláusula, la litigiosidad sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas en los contratos de adhesión se mantiene muy alejada de la que se ha desarrollado con los productos financieros. Es indudable que la crisis económica arrastró la necesidad de pleitear en este último ámbito y, a partir de ahí, ha calado en la sociedad la conveniencia de reclamar en los juzgados aquellas pretensiones que se consideren justas.

En el ámbito de seguros, lo mismo que ocurre en arrendamientos, los consumidores no litigan frecuentemente en busca de la declaración de nulidad de una cláusula por su naturaleza abusiva. Esta sentencia demuestra que el concepto de falta de transparencia material es de aplicación a otros ámbitos y no solo al financiero como ha sucedido con las cláusulas suelo o con los préstamos multidivisas³⁸⁰.

Hemos de señalar que, tras la sentencia del TJUE, el Tribunal de *Grande Instance* de Nîmes declaró la naturaleza abusiva de la cláusula contenida en el contrato de seguro vinculado al contrato de préstamo³⁸¹.

³⁷⁹ POILLOT, E., «Jean-Claude Van Hove c/CNP Assurances SA, aff. C-96/14, ECLI: EU: C:2015:262», *Jurisprudence de la CJUE 2015 Décisions et commentaires*, Bruylant, Volumen 1, Bruselas, 2016.

³⁸⁰ En esta sentencia, el TJUE ha desarrollado una importante labor orientadora de los criterios a seguir por los jueces nacionales cuando se debatan circunstancias similares relativas a contratos de seguros o de otra índole a los que les resulte de aplicación analógica estos criterios de la misma forma que en esta sentencia se ha aplicado analógicamente lo declarado en *RWE Vertrieb, Kasler y Matei* (apartado 41 de la sentencia *Van Hove*).

³⁸¹ Habida cuenta de que la noción de «incapacidad total para trabajar» estaba definida como imposibilidad para volver a ejercer cualquier actividad, remunerada o no, el Tribunal de *Grande Instance* afirmó que esa cláusula debía tenerse por no escrita y condenó a la compañía de seguros a hacerse cargo de las sumas adeudadas a resultas del contrato de préstamo. Argumentó que, dado el objeto del contrato, el demandante podía esperar legítimamente que la noción de «incapacidad total para trabajar» prevista en el contrato se correspondía con una situación en la que él se encontraría en la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, pudiendo, al menos potencialmente, dar lugar a una remuneración suficiente para que él pudiera hacer frente a las cuotas mensuales del préstamo. Al no ser ese el caso, la cláusula controvertida no estaba redactada de manera clara y comprensible, ya que no había permitido al consumidor comprender realmente su contenido y, por tanto, no constituía la excepción prevista por el artículo L. 132-1 del Código de Consumo que transpone el artículo 4.2 de la

Caso 24. *Bucura*^{382, 383}: Criterios sobre transparencia en un supuesto de tarjeta de crédito, poniendo en relación la Directiva 93/13 con la derogada Directiva 87/102 sobre contratos de créditos a los consumidores, en particular, que el consumidor debe tener conocimiento de todos los datos que le permitan saber el coste total del préstamo y que la ausencia de información sobre elementos esenciales del contrato juega un papel decisivo a la hora de apreciar la posible naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas.

Hechos. La cuestión prejudicial es planteada en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa instado por la entidad bancaria rumana Bancpost SA contra la Sra. Bucura relativo a una deuda resultante de un contrato de crédito al consumo vinculado a la utilización de una tarjeta de crédito³⁸⁴.

Directiva 93/13 [Fuente: Portal ACA Europe. Disponible en <http://www.aca-europe.eu/index.php/en/dec-nat-en>. Tribunal de grande instance de Nîmes, jugement du 25/05/2016. Jean-Claude Van Hove / CNP Assurance SA; referencia del asunto: 13/01393. (última consulta el 17 de diciembre de 2022)].

³⁸² Asunto C-348/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) dictada el 9 de julio de 2015. Maria Bucura contra SC Bancpost SA en presencia de Vasile Ciubanu. Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por la Judecătoria Câmpulung (Rumania) EU: C:2015:447. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

³⁸³ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas rumano y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

³⁸⁴ En agosto de 2008, el Sr. Ciobanu suscribió con la entidad Bancpost un contrato de crédito vinculado a la utilización de una tarjeta de crédito con un límite de 31.000 lei rumanos equivalentes a 7038 euros. La Sra. Bucura firmó un apéndice a dicho contrato convirtiéndose en codeudora de la deuda del Sr. Ciubanu. El contrato de crédito contenía en su clausulado una serie de disposiciones sobre las cantidades que debe reembolsar el deudor mensualmente y las facultades del banco cuando se produce el impago de dichas cantidades, entre otras, la posibilidad de resolver el contrato de pleno derecho, constituyendo en ese caso un título ejecutivo. Los extractos de la cuenta y los demás documentos contables de Bancpost tienen fuerza probatoria para la ejecución de las obligaciones resultantes del contrato. En junio de 2010, el Sr. Ciobanu recibió un requerimiento de Bancpost para abonar la suma de 37.004 lei resultante de sus obligaciones contractuales. Un año después, en junio de 2011, al no haber satisfecho la deuda, se le requirió para el pago de la suma de 54.224 lei, advirtiéndosele de la inminente ejecución forzosa del contrato. En agosto de 2011, cuando se informa al deudor principal que el juzgado tramitaba la demanda de ejecución, la deuda se elevaba a 59.948 lei. También en agosto de 2011, la Sra. Bucura fue informada del embargo de una parte de sus ingresos a partir de diciembre de 2011. En enero de 2013 Bancpost notificó al Sr. Ciubanu y a la Sra. Bucura que el expediente estaba a cargo de un ejecutor judicial con mandato urgente para recuperar las sumas adeudadas. La notificación no indicaba el montante de la suma a recuperar.

En marzo de 2013 el Sr. Ciobanu y la Sra. Bucura fueron informados del embargo de sus bienes para recuperar la deuda de 117.391 lei correspondiente a la deuda y a los honorarios del ejecutor judicial. La Sra. Bucura formuló oposición a las medidas de ejecución solicitando su anulación en base, por un lado, a que ella no había recibido copia del apéndice del contrato de agosto de 2008 por el que ella se constituía en codeudora, y, por otro lado, que la suma por la cual sus bienes fueron embargados no fue determinada con precisión y que a pesar de que ella ingresaba 1000 lei cada mes, la suma global adeudada no cesaba de aumentar, debido a los intereses y a las comisiones sancionadoras. El juzgado remitente considera que ciertas cláusulas del contrato son susceptibles de revestir un carácter abusivo. En este sentido, plantea que, a falta de prueba en contrario, determinadas cláusulas no permiten identificar el alcance de las obligaciones inherentes a las mismas. En base a todas esas circunstancias, el juzgado rumano formuló una serie de preguntas al Tribunal de Justicia.

El TJUE entiende que debe responder a la cuarta cuestión en primer lugar. En ella, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el codeudor ostenta la condición de consumidor tal y como está definido por el artículo 2, letra b de la Directiva 93/13 y por el artículo 1, 2.º, apartado b de la Directiva 87/102³⁸⁵.

En cuanto a la primera pregunta, el TJUE la entendió en el sentido de que se pedía sustancialmente que se dilucidase en qué medida el juzgado remitente tiene la obligación de apreciar de oficio el carácter abusivo en el sentido de la Directiva 93/13 de las cláusulas de un contrato cuando conoce la oposición a una ejecución de ese contrato.

Mediante las cuestiones segunda, tercera, quinta y sexta, se pide sustancialmente al Tribunal de Justicia que dilucide en qué medida la manera en la que ciertas cláusulas de un contrato de crédito han sido redactadas y la ausencia de mención de ciertas informaciones tanto en el momento de celebración del contrato como en el curso de la ejecución pueden llevar a la apreciación del carácter abusivo de ciertas cláusulas en el sentido del artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13.

Doctrina. El Tribunal de Justicia responde a la pregunta cuarta declarando que el artículo 2, letra b de la Directiva 93/13 y el artículo 1, 2.º, apartado b de la Directiva 87/102 definen al consumidor como una persona física que actúa con un propósito que puede ser considerado ajeno a su actividad comercial o profesional, por lo que la codeudora cumple esta condición. Además, según el TJUE, conviene subrayar que dado que el codeudor se encuentra en una situación análoga a la del deudor en términos de obligaciones contractuales, no hay motivo para hacer distinciones entre el deudor y el codeudor en cuanto a la aplicación de las Directivas 87/102 y 93/13 a este contrato, debiéndose beneficiar ambos de la misma protección en virtud de ambas directivas³⁸⁶.

Por todo ello, el TJUE responde a la cuarta pregunta manifestando que el artículo 1, apartado 2, letra a) de la Directiva 87/102 y el artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13 deben ser interpretados en el sentido de que ostenta la condición de consumidor la persona física que es codeudora en el marco de un contrato suscrito con un profesional, siempre que actúa con un propósito que puede ser considerado ajeno a su actividad comercial o profesional³⁸⁷.

³⁸⁵ Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. Publicada en el *DOCE* el 12 de febrero de 1987.

³⁸⁶ Asunto C-348/14. STJUE de 9 de julio de 2015, *Bucura*, apdos. 34 a 38.

³⁸⁷ *Ibid.*, apdo. 39.

En relación con la primera cuestión prejudicial, el TJUE, remitiéndose a *VB Pénzügyi Lizing*³⁸⁸ y a *Aziz*³⁸⁹, señala que tiene declarado que un órgano jurisdiccional que conoce una oposición formulada por un consumidor a un requerimiento de pago tiene la obligación de adoptar de oficio las medidas para establecer si una cláusula contenida en un contrato entre profesional y consumidor entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, tiene que apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de la cláusula en cuestión³⁹⁰.

Por ello, el TJUE responde a la primera pregunta declarando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe ser interpretado en el sentido de que incumbe al juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, desde el momento en que el juez dispone de los elementos fácticos y jurídicos necesarios a tal fin³⁹¹.

Con respecto a las preguntas segunda, tercera, quinta y sexta, el TJUE comienza recordando que corresponde al juez nacional pronunciarse sobre la interpretación de una eventual cláusula abusiva teniendo en cuenta las circunstancias del caso, correspondiendo al Tribunal de Justicia facilitar al juez remitente los criterios que este último debería tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula concernida³⁹². Incluso, se remite a la «vieja» sentencia *Freiburger Kommunalbauten*³⁹³ en la que el TJUE determinó la competencia del juez nacional para establecer el carácter abusivo de una determinada cláusula «desmarcándose» en cierta forma de su postura en *Océano*³⁹⁴ al haber calificado directamente como abusiva la cláusula atributiva de competencia territorial del contrato en conflicto en el litigio principal.

El TJUE se refiere a los artículos 4 y 5 de la Directiva 93/13, así como a su considerando vigésimo, señalando la obligación del profesional de formular de manera clara y comprensible las cláusulas escritas y la necesidad de que el consumidor tenga la oportunidad de conocer de forma efectiva todas las cláusulas del contrato³⁹⁵.

También observa el TJUE la necesidad de interpretar de forma amplia la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales

³⁸⁸ Asunto C-137/08. STJUE de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lizing*.

³⁸⁹ Asunto C-415/11. STJUE de 14 marzo de 2013, *Aziz*.

³⁹⁰ Asunto C-348/14. STJUE de 9 de julio de 2015. *Bucura*, apdos. 40 a 43.

³⁹¹ *Ibid.*, apdo. 44.

³⁹² *Ibid.*, apdos. 46 y 47.

³⁹³ Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*.

³⁹⁴ Asunto C-240/98 a C-244/98. STJUE de 27 de junio de 2000. *Océano Grupo Editorial*.

³⁹⁵ Asunto C-348/14. STJUE de 9 de julio de 2015. *Bucura*, apdos. 48 y 49.

habida cuenta de que el sistema de protección de la Directiva 93/13 se basa sobre la idea de la situación de inferioridad del consumidor, lo que afecta al nivel de información³⁹⁶. Igualmente, señala el TJUE que en el marco de la Directiva 87/102 el legislador de la Unión ha atribuido una especial importancia a la información al consumidor en lo concerniente a los contratos de créditos al consumo, estableciendo el artículo 4 de esta las menciones escritas que deben contener estos contratos³⁹⁷.

Alude el TJUE a lo que se viene a llamar control de transparencia en el sentido de que la exigencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 según la cual la cláusula contractual debe estar redactada de manera clara y comprensible debe entenderse no solo en el plano gramatical, sino también que el contrato debe exponer de manera transparente las modalidades de cálculo de los intereses anuales del crédito, de forma que el consumidor pueda evaluar sobre la base de criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se derivan para él³⁹⁸.

En consecuencia, concluye el TJUE en relación con la segunda pregunta que corresponde al juez remitente determinar si un consumidor medio, esto es, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede evaluar, a partir de las modalidades de cálculo de interés anual que le han sido comunicadas, las consecuencias económicas de su aplicación para el cálculo de las cuotas que debe reembolsar y, por tanto, que pueda calcular el coste total del préstamo³⁹⁹.

En segundo lugar, tratándose de la omisión en el contrato litigioso de la mención de ciertas informaciones relativas a las condiciones de reembolso y a algunos gastos vinculados al contrato, el TJUE recuerda que tiene declarado que habida cuenta del objetivo de protección del consumidor contra las condiciones de crédito no equitativas perseguido por la Directiva 87/102 y a fin de permitirle un completo conocimiento de las condiciones de una futura ejecución del contrato suscrito, el artículo 4 de esa Directiva exige que el prestatario disponga del conjunto de elementos susceptibles de tener una incidencia sobre el alcance de su compromiso⁴⁰⁰.

El TJUE señala que, en particular, se deduce de la resolución de reenvío que el contrato de crédito controvertido en el litigio principal está vinculado a la utilización de una tarjeta de crédito, por lo que es de recordar que

³⁹⁶ *Ibid.*, apdo. 52.

³⁹⁷ *Ibid.*, apdo. 53.

³⁹⁸ *Ibid.*, apdo. 55.

³⁹⁹ *Ibid.*, apdo. 56.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, apdo. 57.

el artículo 4 de la Directiva 87/102 exige que ciertas informaciones sean imperativamente mencionadas por escrito en los contratos de crédito. Así, se contemplan en este artículo, entre otras, la TAE o tasa anual equivalente, debiéndose indicar las condiciones en las que esta tasa puede ser modificada, así como las otras condiciones esenciales del contrato. A título de ejemplo de condiciones consideradas esenciales, el anexo 1 punto 2 de esta Directiva menciona, en particular, el límite del crédito y las condiciones de reembolso o el medio para determinarlas ⁴⁰¹.

Por un lado, por lo que respecta a la TAE que representa en virtud del artículo 1, apartado 2, letra e) de la mencionada Directiva el coste total del crédito expresado en porcentaje anual sobre el montante del crédito, recuerda el TJUE que, según resulta de su jurisprudencia, esta información, dada sobre la forma de una tasa calculada según una fórmula matemática única, reviste una importancia esencial y que, según el artículo 3 de la Directiva 87/102, debe ser comunicada desde la fase de la publicidad a fin de permitirle al consumidor apreciar el alcance de su compromiso ⁴⁰².

Por otro lado, en lo que se refiere a las informaciones relativas a los importes de los intereses, gastos y comisiones, así como las condiciones en las que estos importes pueden ser modificados, recuerda el TJUE que ya ha considerado que resulta de los artículos 3 y 5 así como de los puntos 1, letra j) y 2, letras b) y d) del anexo de la Directiva 93/13 que reviste una importancia esencial la cuestión de saber si el contrato expresa de manera transparente el motivo y el modo de variación de los gastos vinculados al servicio prestado, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las modificaciones eventuales de estos gastos ⁴⁰³.

Remitiéndose a *Pohotovost* ⁴⁰⁴, señala el TJUE que, por lo tanto, en una situación como la del litigio principal, la ausencia de mención de las informaciones relativas a las condiciones de reembolso del crédito en cuestión, así como la falta de alusión a las modalidades de modificación de estas condiciones en curso del crédito son elementos decisivos en el marco del análisis por parte del juez nacional en orden a saber si una cláusula de un contrato de préstamo relativa a su coste en la que no figura esa mención está redactada de manera clara y comprensible ⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ *Ibid.*, apdo. 58.

⁴⁰² *Ibid.*, apdo. 59.

⁴⁰³ *Ibid.*, apdo. 60.

⁴⁰⁴ Asunto C-76/10. Auto del TJUE de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost*.

⁴⁰⁵ Asunto C-348/14. STJUE de 9 de julio de 2015. *Bucura*, apdo. 61.

Según el TJUE, un examen de esas características implica que el tribunal remitente aprecie si, teniendo en cuenta todas las circunstancias en torno a la celebración del contrato del pleito principal, la descripción de las modalidades del cálculo de los intereses anuales y la omisión de las diferentes informaciones relativas a las condiciones de reembolso del crédito son susceptibles de conferir a estas cláusulas un carácter abusivo en el sentido de los artículos 3 y 4 de la Directiva 87/102⁴⁰⁶.

Si el órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que una cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13, con arreglo al artículo 6.1 de la misma Directiva, no debe vincular al consumidor según las condiciones fijadas por el Derecho nacional. De otra parte, en virtud de esta misma disposición, el juez nacional deberá apreciar si el contrato puede subsistir sin esa eventual cláusula abusiva⁴⁰⁷.

El TJUE declara que, en tales circunstancias, incumbe al juez nacional extraer todas las consecuencias que se derivan según el Derecho nacional a fin de asegurar que el consumidor no está vinculado por la mencionada cláusula⁴⁰⁸.

Finalmente, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, concluye el TJUE que conviene responder a las preguntas segunda, tercera, quinta y sexta que los artículos 3 a 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que en el marco de la apreciación del carácter abusivo en el sentido del artículo 3, apartados 1 y 3, de esta Directiva, de las cláusulas de un contrato de crédito al consumo, el juez nacional debe tener en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes en torno a la celebración del contrato. En este sentido, le incumbe verificar que en el asunto en cuestión le haya sido comunicado al consumidor el conjunto de elementos susceptibles de tener una incidencia sobre el alcance de su vinculación, permitiendo al consumidor evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Juega un papel decisivo en esta apreciación, de una parte, la cuestión de saber si las cláusulas son redactadas de manera clara y comprensible de forma que permitan a un consumidor medio, es decir, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar ese coste, y, por otro lado, la circunstancia vinculada a la ausencia de mención en el contrato de crédito al consumo de las informaciones consideradas como elementos esenciales con respecto a la naturaleza de los bienes o servicios que constituyen el objeto de ese contrato y en particular aquellos contemplados en el artículo 4 de la Directiva 87/102⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, apdo. 63.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, apdo. 64.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, apdo. 65.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, apdo. 66.

Comentarios. En esta sentencia el Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 93/13 en relación con la Directiva 87/102 en materia de créditos al consumo. El TJUE traza una serie de indicaciones claras al juez nacional para que pueda realizar la apreciación sobre el posible carácter abusivo de una serie de cláusulas de un contrato de crédito vinculado a la utilización de una tarjeta de crédito. Básicamente, el contrato debía recoger de forma clara y comprensible las condiciones esenciales del mismo, de manera que el consumidor medio hubiera podido conocer el coste total del préstamo. Además, específicamente, debía haber contenido los datos a los que se refería el artículo 4 de la Directiva 87/102 –derogada por la Directiva 2008/48⁴¹⁰– que mencionaba el porcentaje anual de cargas financieras y las condiciones para su modificación, así como –por remisión al anexo de la Directiva 87/102–, entre otros, el importe del límite de crédito y las condiciones de reembolso o las formas de determinarlas. La ausencia de esos datos conllevaría el carácter abusivo de las cláusulas destinadas a informar al consumidor, apreciación que debe ser realizada por el juez nacional, como resulta de la distribución de tareas fijada por el TJUE desde la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*⁴¹¹. En la sentencia ahora comentada el TJUE declara de forma reiterada que corresponde al juez nacional apreciar el carácter abusivo de una determinada cláusula. De nada sirve el esfuerzo del juez remitente que en la primera pregunta se refiere expresamente nada menos que a doce tipos de comisiones bancarias⁴¹² diferentes cuyos importes no han sido precisados en el contrato de crédito al consumo. El TJUE se limita a contestarle esa pregunta en el sentido de que ha de ser el propio juzgado remitente el que de oficio evalúe la posible naturaleza abusiva de esas cláusulas. Ahora bien, al contestar a las otras preguntas, el TJUE sí establece los consabidos criterios que ayuden al juez nacional a adoptar su decisión al respecto. Parece evidente que el juez nacional habrá de apreciar el carácter abusivo de las

⁴¹⁰ La Directiva 87/102 fue derogada mediante la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo, publicada en el *DOUE* de 22 de mayo de 2008. Habida cuenta de que, según la disposición derogatoria contenida en la Directiva 2008/48, la Directiva 87/102 quedaba derogada con efectos a partir del 12 de mayo de 2010, a los hechos enjuiciados en el litigio principal –contrato de crédito al consumo celebrado el 20 de agosto de 2008– les resultaba de aplicación la Directiva 87/102 y no la 2008/48.

⁴¹¹ Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004. *Freiburger Kommunalbauten*.

⁴¹² Concretamente, el juzgado remitente se refiere en su pregunta primera a las siguientes comisiones cuyos importes no habían sido precisados en el contrato de crédito vinculado al uso de la tarjeta de crédito: a) comisión de emisión de la tarjeta, b) comisión de gestión anual de la tarjeta, c) comisión de gestión anual de la tarjeta suplementaria, d) comisión de renovación de la tarjeta, e) comisión de sustitución de la tarjeta, f) comisión de reedición del PIN, g) comisión de retirada de efectivo en distribuidor o cajero, h) comisión por el pago de bienes o servicios facilitados por comerciantes en Rumanía o en el extranjero, i) comisión por la impresión y envío de extractos de la cuenta j) comisión de consulta de saldo en un distribuidor, k) comisión por el retraso en el pago, l) comisión por rebasar el límite del crédito, m) comisión de denegación de pago injustificado.

cláusulas a las que hace mención en la resolución de remisión puesto que el TJUE deja claro, por un lado, que el consumidor tiene que tener conocimiento de todos los datos que le permitan saber el coste total del préstamo y, por otro, que la ausencia de información sobre elementos esenciales del contrato juega un papel decisivo a la hora de apreciar la posible naturaleza abusiva, con lo que de una forma sutil, pero muy esclarecedora le está indicando al juez nacional que la falta de esos elementos convierten en abusivas las cláusulas que en ese contrato de préstamo se destinan a la información al consumidor, puesto que no facilitan la información esencial requerida.

Hay que recordar que el artículo 4 de la derogada Directiva 87/102 hacía referencia a la necesidad de inclusión en el contrato, por una parte, del porcentaje anual de cargas financieras y de las condiciones en las que podrá modificarse este y, por otra parte, de las demás condiciones esenciales del contrato, que estaban enumeradas con carácter ilustrativo en el Anexo de la Directiva 87/102, aludiendo este cuando se trataba de un contrato de crédito ligado a la utilización de tarjeta de crédito, entre otras, al importe del límite de crédito y a las condiciones de reembolso o las formas de determinarlas. El TJUE da unas indicaciones muy concretas al juez nacional que, a la luz de los datos facilitados por este, parece que deberían conducirlo a la declaración de la naturaleza abusiva de determinadas cláusulas del contrato de crédito del litigio principal al no facilitar la información sobre las condiciones esenciales al consumidor.

No obstante, parece que el procedimiento nacional no terminó de la forma esperada a la luz de las consideraciones del TJUE.

Según nuestras informaciones⁴¹³, mediante decisión de 22 de octubre de 2015, la Judecatoria Câmpulung (Juzgado de Primera Instancia de Câmpulung) estimó el recurso presentado por la demandante, la Sra. Bucura Maria, contra la decisión de la oficina del agente judicial, en relación con la implementación por el último de la incautación de una parte de sus ingresos para recuperar la deuda resultante del contrato de crédito. El juzgado dictaminó la naturaleza abusiva de determinadas cláusulas del contrato de crédito. Así, según el juzgado de instancia, el cálculo del interés anual –sin indicar la tasa de interés– o las comisiones a pagar –sin especificar su monto– no estaban reflejados de manera clara y comprensible para proporcionar al consumidor la información relacionada con las condiciones del reembolso del crédito o su costo total, que son elementos que demuestran ser esenciales para que el consumidor pueda evaluar el alcance de sus

⁴¹³ Hacemos constar que no hemos podido examinar directamente la sentencia dictada por el Juzgado de Campulung, sino que nos basamos en la información disponible en la base de datos Dec-Nat que a su vez recoge las informaciones facilitadas por el Estado miembro correspondiente, en este caso, Rumanía.

obligaciones de conformidad con el acuerdo firmado y, por lo tanto, debían considerarse abusivas. La judecatoria Câmpulung también recordó que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia, el codeudor de un contrato de crédito al consumo entra dentro del concepto de «consumidor», en virtud de las Directivas 93/13 y 87/102 y, por lo tanto, tiene derecho a obtener la información esencial, permitiéndole evaluar el alcance de sus compromisos contractuales. En consecuencia, el Juzgado de Primera Instancia de Câmpulung estimó el recurso presentado por la Sra. Bucura, estableció la naturaleza abusiva de determinadas cláusulas y anuló las medidas de ejecución forzosa basadas en esas cláusulas⁴¹⁴.

Sin embargo, Bancpost recurrió la decisión del juzgado de la instancia ante el Tribunalul de Arges y consiguió su revocación. Este tribunal consideró que la oposición hecha por la Sra. Bucura representaba de hecho una reclamación contra las medidas de ejecución forzosa y no se había presentado dentro de los plazos previstos por la legislación nacional. Consecuentemente, el Tribunal de Arges rechazó por extemporánea la oposición de la Sra. Bucura y confirmó las medidas de ejecución –embargo de una parte de sus ingresos– adoptadas originariamente para la recuperación de la deuda resultante del contrato de crédito⁴¹⁵.

Caso 25. *Andriciuc y otros*⁴¹⁶: Criterios interpretativos del artículo 4.2 de la Directiva, en particular de la transparencia material, en un contrato de crédito denominado en francos suizos, aplicados por el Tribunal Supremo español al préstamo hipotecario multdivisa.

Hechos. Esta petición se presentó en el contexto de un litigio instado por la Sra. Andriciuc y 68 personas más contra Banca Românească SA (en lo sucesivo, «el banco») relativo al carácter supuestamente abusivo de cláusulas incluidas en contratos de crédito en las que se estipula, en particular, el reembolso de los créditos en la misma divisa extranjera en que se concedieron (francos suizos)⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Fuente: Portal ACA Europe. Disponible en http://www.aca-europe.eu/index.php/en/dec-nat-en.judecatoria_Câmpulung (Juzgado de Primera Instancia de Câmpulung) Decisión de 22 de octubre de 2015. Asunto Maria Bucura / SC Bancpost SA (última consulta el 20 de mayo de 2020).

⁴¹⁵ Fuente: Portal ACA Europe. Disponible en <http://www.aca-europe.eu/index.php/en/dec-nat-en>. Decisión de 8 de junio de 2016. Asunto Maria Bucura / SC Bancpost SA.. Referencia del asunto: Dosar nr. 6289/280/2013 (última consulta el 20 de mayo de 2020).

⁴¹⁶ Asunto C-186/16. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017. Ruxandra Paula Andriciuc y otros contra Banca Românească SA. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Oradea, Rumanía. EU: C:2017:703. El Abogado General Sr. Nils Wahl presentó sus conclusiones el 27 de abril de 2017.

⁴¹⁷ Entre 2007 y 2008, los demandantes en el litigio principal –que en ese período percibían sus ingresos en leus rumanos (RON)– celebraron con el banco contratos de crédito denominados en francos suizos (CHF) con el fin de adquirir bienes inmuebles, refinanciar otros créditos o satisfacer necesidades personales.

El tribunal nacional rumano explicó en su remisión que el franco suizo se había apreciado significativamente desde que se concedieron los préstamos controvertidos en el litigio principal y que ese incremento había afectado a los demandantes en ese litigio. De esta forma, consideraba necesario determinar el tribunal remitente si, en el marco de la obligación de información que incumbía al banco en el momento de la celebración de los contratos de crédito, este debía informar a los clientes de la posibilidad de que el franco suizo se apreciara o se depreciara en el futuro y si la cláusula controvertida en el litigio principal también debía indicar, para poder considerarse redactada de forma clara y comprensible en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, todas las consecuencias susceptibles de provocar una variación en el precio pagado por el prestatario, como sería el riesgo del tipo de cambio.

A tenor de la cláusula 1, apartado 2, de cada uno de esos contratos, los demandantes en el litigio principal estaban obligados a reembolsar las cuotas mensuales de los créditos en la misma divisa en que estos se habían contratado, es decir, en francos suizos, con la consecuencia de que el riesgo de tipo de cambio, que supone un incremento de las cuotas en caso de disminución del tipo de cambio del leu rumano con respecto al franco suizo, recaía enteramente sobre ellos. Además, dichos contratos contenían, en sus cláusulas 9, apartado 1, y 10, apartado 3, punto 9, dos estipulaciones que permitían al banco, una vez vencidas las mensualidades o en caso de incumplimiento por el prestatario de las obligaciones derivadas de dichos contratos, realizar un adeudo en la cuenta del prestatario y, de ser necesario, proceder a cualquier conversión del efectivo disponible en su cuenta a la divisa del contrato, al tipo de cambio practicado por el banco en el día de dicha operación. Con arreglo a tales estipulaciones, toda diferencia en el tipo de cambio corría exclusivamente por cuenta del prestatario.

Según los demandantes en el litigio principal, el banco podía prever la evolución y las fluctuaciones del tipo de cambio del franco suizo. A este respecto, sostienen que el riesgo de tipo de cambio se expuso de manera incompleta ya que, a diferencia de otras divisas que se utilizan como divisa de referencia en préstamos, el banco no explicó que esta fluctuaba sensiblemente con respecto al leu rumano.

Con carácter más general, los demandantes afirmaron que la presentación se realizó de manera engañosa, poniendo de relieve los beneficios de este tipo de producto y de la divisa utilizada, sin mostrar sus riesgos potenciales o la probabilidad de que estos se materializaran. En este contexto, los demandantes en el litigio principal alegan que, al no haberles informado de forma transparente acerca de dichas fluctuaciones, el banco incumplió sus obligaciones de información, de advertencia y de asesoramiento, así como su deber de redactar cláusulas contractuales de forma clara y comprensible para que cada prestatario pudiera apreciar el alcance de las obligaciones derivadas del contrato que celebraba.

Por considerar que las cláusulas que establecen el reembolso de los créditos en francos suizos constituían cláusulas abusivas, al hacer recaer el riesgo de tipo de cambio sobre los prestatarios, los demandantes en el litigio principal interpusieron ante el Tribunal de Distrito de Bihor, Rumanía, una demanda por la que se solicitaba que se anulasen las referidas cláusulas y se obligase al banco a establecer una nueva tabla de amortización que previera la conversión de los préstamos en leus rumanos, al tipo de cambio vigente en el momento de la celebración de los contratos de crédito controvertidos en el litigio principal.

En abril de 2015 la demanda fue desestimada por considerar que, a pesar de no haber sido negociada con los prestatarios, la cláusula que establecía el reembolso de los créditos en la misma divisa en que estos se habían contratado no era abusiva. Los consumidores demandantes recurrieron en apelación contra dicha resolución ante el Tribunal Superior de Oradea que, al tener dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, formuló cuestión prejudicial.

El tribunal rumano formuló tres cuestiones que fueron respondidas en orden inverso por el TJUE por lo que vamos a seguir ese orden a la hora de enunciar las preguntas y la doctrina del TJUE al respecto.

Mediante la tercera pregunta el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que los conceptos de «objeto principal del contrato» o de «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», en el sentido de esa disposición, comprenden una cláusula incluida en un contrato de crédito denominado en divisa extranjera entre un profesional y un consumidor que no ha sido negociada individualmente, como la controvertida en el litigio principal, y, según la cual, el crédito será devuelto en la misma divisa.

Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible implica que la cláusula de un contrato de crédito en virtud de la cual el crédito se reembolsará en la misma divisa extranjera en que se contrató debe indicar únicamente las razones de su inclusión en el contrato y su mecanismo de funcionamiento, o si también debe establecer todas las consecuencias que puede tener en el precio pagado por el consumidor, como el riesgo de tipo de cambio, y si, a la luz de la citada Directiva, la obligación de la entidad bancaria de informar al prestatario en el momento de conceder el crédito se refiere exclusivamente a las condiciones del crédito, esto es, a los intereses, comisiones y garantías a cargo del prestatario, sin que pueda incluirse en dicha obligación la posibilidad de apreciación o de depreciación de una moneda extranjera.

Mediante la primera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el desequilibrio importante que una cláusula abusiva causa entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe examinarse únicamente en el momento de la celebración del contrato.

Doctrina. Para responder a la tercera pregunta, es decir, la cuestión centrada en si la cláusula controvertida –según la cual el crédito será devuelto en la misma divisa– forma parte del objeto principal del contrato en el sentido del 4.2 de la Directiva 93/13 y, por tanto, estaría excluida de su apreciación como abusiva –siempre que estuviera redactada de forma clara y comprensible–, el TJUE comienza por resolver una cuestión suscitada en las observaciones del Gobierno rumano y del banco referida a que la cláusula reflejaba una

disposición legal rumana (art. 1578 del Código Civil rumano) en cuyo caso quedaría fuera del ámbito de la Directiva 93/13. El TJUE recuerda que para que la exclusión sea posible requiere la concurrencia de dos requisitos: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria, y ésta debe ser imperativa.

Declara el TJUE que incumbe al juez nacional comprobar si esa cláusula refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son de carácter supletorio y por tanto aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa. Para esa apreciación el tribunal nacional habrá de atender a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos de préstamo en cuestión, así como a su contexto jurídico y, de hecho, interpretando la excepción establecida en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 de forma estricta.

Continúa el TJUE sus razonamientos que se desarrollan para el supuesto de que el tribunal nacional no considere de aplicación la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13⁴¹⁸.

Siguiendo al Abogado General⁴¹⁹, observa el TJUE que los contratos de crédito vinculados⁴²⁰ a divisas extranjeras (asunto *Kasler*) no pueden asimilarse a los contratos de crédito denominados en divisas extranjeras, como los controvertidos en el litigio principal (asunto *Andriciuc*)⁴²¹.

⁴¹⁸ Recuerda el TJUE que la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 ha de ser interpretada, así mismo, de manera estricta. Además, los términos de ese precepto han de ser objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate.

El TJUE contrapone la categoría de cláusulas contractuales que forman parte del objeto principal del contrato (regulan prestaciones esenciales del contrato) a la de aquellas que tienen carácter accesorio. El TJUE despeja la duda sobre la cláusula controvertida e indica que varios de los documentos que obran en autos «apuntan» a que la cláusula controvertida está comprendida en el concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. En la versión en lengua francesa reza «tendent à indiquer». En ambas versiones, la expresión utilizada no transmite la seguridad y rotundidad con la que finalmente se decanta el TJUE.

⁴¹⁹ Asunto C-186/16. Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 27 de abril de 2017.

⁴²⁰ La versión en español de la sentencia utiliza la expresión «contratos de créditos vinculados a divisas extranjeras». Hubiera sido más claro utilizar «contratos de créditos indexados a divisas extranjeras» como traducción de la versión en francés que reza: «les contrats de crédit indexés sur des devises étrangères». Así se hubiera entendido mucho mejor la contraposición entre «contratos de créditos denominados en divisas extranjeras» y «contratos de créditos indexados a divisas extranjeras».

⁴²¹ Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017. *Andriciuc*, apdo. 40. El TJUE señala la diferenciación existente entre el asunto *Kasler* (C-26/13; STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Kásler-né Rábai*) y este, en el sentido de que, en aquel, los préstamos, a pesar de estar denominados en una divisa extranjera, debían reembolsarse en la moneda nacional en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por la entidad bancaria, mientras que en el litigio principal los préstamos deben reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se concedieron.

Antes había afirmado el TJUE que el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo.

La conclusión es clara para el TJUE al afirmar que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «objeto principal del contrato», comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible⁴²².

Pasa el TJUE al examen de la segunda cuestión para analizar los criterios que habrá de manejar el tribunal remitente a la hora de apreciar si la cláusula controvertida está redactada de forma clara y comprensible. Recuerda el TJUE que la exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula en un plano formal y gramatical, sino que debe entenderse de manera extensiva.

Reitera lo dicho en *Kasler* y en *Van Hove*, en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él⁴²³.

Desciende el TJUE a mayor detalle indicando que el examen del tribunal remitente habrá de incluir la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato.

⁴²² Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc*, apdo. 41.

⁴²³ El tribunal nacional tendrá que verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.

El TJUE recuerda su jurisprudencia relativa al hecho de que reviste una importancia fundamental para el consumidor, disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración⁴²⁴. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información⁴²⁵. Centrándose en el litigio principal, se remite a lo dicho por la Junta Europea de Riesgo Sistémico⁴²⁶.

En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras⁴²⁷.

El TJUE concluye que procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes⁴²⁸.

Acertadamente, desde nuestro punto de vista, el TJUE prescindió de una última consideración propuesta por el Abogado General en sus conclusiones

⁴²⁴ Siguiendo en parte lo manifestado por el Abogado General Sr. Wahl, declara el TJUE que el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el banco deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa.

⁴²⁵ Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc*, apdos. 47 y 48.

⁴²⁶ *Ibid.* apdo. 49, donde se refiere en particular a la Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), en el sentido de que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A – Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

⁴²⁷ Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc*, apdo. 50.

⁴²⁸ A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no solo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto (*Ibid.*, apdo. 51).

y que representaba una perspectiva completamente diferente de la cuestión, menos protectora en relación con fluctuaciones no previsibles⁴²⁹.

En relación a la primera pregunta, contestada en tercer lugar por el TJUE, relativa a si el desequilibrio importante debe examinarse únicamente en el momento de la celebración del contrato, señala el TJUE que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que solo se manifieste mientras se ejecuta el contrato⁴³⁰.

Advierte el TJUE que incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe⁴³¹ y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante⁴³² en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13.

⁴²⁹ El Abogado General había incluido como consideración final a su conclusión (Asunto C-186/16. Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 27 de abril de 2017, apdo. 72, que reprodujo en el apdo. 91): «En conclusión, la exigencia de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible implica que la cláusula relativa al reembolso de crédito en la misma moneda sea comprendida por el consumidor a la vez en el plano formal y gramatical, y también en cuanto a su alcance concreto, en el sentido de que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda no solamente conocer la posibilidad de que la divisa extranjera en la que se haya contratado el préstamo sufra una apreciación o depreciación, sino también evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula en sus obligaciones financieras. Sin embargo, esta exigencia no puede llegar a obligar al profesional a anticipar e informar al consumidor sobre acontecimientos posteriores no previsibles, como los que caracterizan las fluctuaciones de los tipos de cambio de las divisas en cuestión en el asunto principal, ni a que este profesional asuma las consecuencias de ello» (subrayado es nuestro).

⁴³⁰ Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*, apdo. 54. Descendiendo al litigio principal, considera el TJUE que de la resolución de remisión se desprende que la cláusula controvertida en el litigio principal, incluida en contratos de préstamo denominados en divisa extranjera, estipula que las cuotas de devolución del préstamo deben reembolsarse en esa misma divisa. Por lo tanto, una cláusula de esta índole hace recaer el riesgo de tipo de cambio sobre el consumidor en caso de devaluación de la moneda nacional con respecto a dicha divisa (*Ibid.*, apdo. 55).

⁴³¹ Continúa el TJUE facilitando indicaciones al tribunal nacional subrayando que para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, *el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual* (Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*, apdos. 56 y 57).

⁴³² Por todo ello, manifiesta el TJUE que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe

Comentarios. El TJUE dictó la sentencia *Andriciuc* el 20 de septiembre de 2017 en relación a los contratos de crédito denominados en divisas extranjeras suscritos por consumidores rumanos en los que se estipulaba el reembolso en francos suizos que era la misma divisa en la que se concedían, situación que tuvo graves efectos económicos para los consumidores rumanos por la sensible fluctuación que padeció la moneda rumana frente a la suiza. El TJUE llevó a cabo su labor a fin de resolver las dudas de interpretación del tribunal remitente en torno al artículo 4.2 de la Directiva 93/13, primero en cuanto a que si la cláusula controvertida era parte del objeto principal del contrato –que sí lo era–, y, en segundo lugar, en cuanto a facilitar las indicaciones para que el tribunal remitente evaluara si estaba redactada de forma clara y comprensible. El TJUE proporciona una serie de indicaciones en esta sentencia, siguiendo los criterios ya expuestos en *RWE Vertrieb*, *Kasler* y en *Van Hove* en cuanto a la exigencia de transparencia material. Finalmente, el TJUE también transmite al tribunal remitente sus indicaciones para la apreciación de la existencia o no de desequilibrio importante que diera lugar, en su caso, a la calificación como abusiva de la cláusula.

El orden seguido por el TJUE al examinar las preguntas responde al proceso lógico que debe seguir el juez nacional a la hora de enfrentarse con la eventual aplicación de los artículos 4.2 y 3.1 de la Directiva a una determinada cláusula. En líneas generales, una vez que ha comprobado que no ha sido negociada individualmente y que no resulta de aplicación la exclusión prevista por el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, el juez nacional necesita evaluar si la cláusula controvertida forma parte del objeto principal del contrato o se refiere a la adecuación entre precio y bienes o servicios proporcionados en contraprestación. Si no está incluida en ninguna de las dos categorías, entonces el juez puede directamente comprobar si la cláusula es abusiva con arreglo a los criterios del artículo 3.1 (exigencia de buena fe y desequilibrio importante) y al parámetro de la transparencia.

Si la cláusula pertenece a alguna de las dos categorías del artículo 4.2, entonces el juez debe comprobar si están redactadas de manera clara y comprensible, es decir, si son transparentes en sus aspectos tanto gramatical como material; en especial, en cuanto a este último, debe comprobar si el profesional ha proporcionado la información sobre las consecuencias económicas derivadas de la misma. Si la cláusula que pertenecía a una de las dos categorías del artículo 4.2 es transparente entonces no podrá ser objeto del control sobre su eventual naturaleza abusiva.

realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato.

En caso de que no supere el test de transparencia, el juez podrá proceder a comprobar si es abusiva o no con arreglo al artículo 3.1.

Este proceso lógico sería utilizable por el juez de un Estado miembro que no haya adoptado –al amparo del artículo 8 de la Directiva– disposiciones más estrictas para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Como se ha dicho anteriormente, es de observar que el juez nacional ha de haber tenido en cuenta previamente que la cláusula contractual controvertida no refleja disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni disposiciones o principios de convenios internacionales donde el Estado miembro concernido o la Unión sea parte, ni tampoco normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no existe ningún otro acuerdo⁴³³, por cuanto que conforme al artículo 1.2 de la Directiva esas cláusulas no están sometidas a las disposiciones de la Directiva, habiendo de ser interpretada esta exclusión de forma estricta.

Es de señalar que en la presente sentencia el TJUE responde a la tercera pregunta declarando con toda rotundidad que la cláusula controvertida, según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, forma parte del objeto principal del contrato, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. De esta forma, el TJUE no sigue la distribución de competencias que estableció en *Kásler* y en *Matei*, ni siquiera dando un estrecho margen al tribunal remitente –como sucedía en el asunto *Van Hove*–.

Parece que el TJUE no ha considerado oportuno añadir la expresión «sin perjuicio de la comprobación que corresponde llevar a cabo al órgano jurisdiccional nacional» o similar. Puede deducirse, por tanto, que la distribución de competencias entre TJUE y juez nacional en cuanto a la inclusión dentro de alguna de las categorías del artículo 4.2 va a poder ser objeto de excepción y, cuando lo estime oportuno, el TJUE se va a pronunciar de forma categórica sobre si la cláusula controvertida forma parte del objeto principal del contrato o que se refiere a la adecuación entre precio y bienes o servicios en contraprestación –en *Kásler* negó terminantemente que la cláusula pudiera ser de esta segunda categoría–.

Por tanto, deducimos dos ideas de diferente índole de la respuesta a esta pregunta:

– Por un lado, desde una perspectiva sustantiva, el TJUE contrapone los préstamos denominados en divisa extranjera a los préstamos indexados en

⁴³³ Considerando decimotercero de la Directiva 93/13 *in fine*.

moneda extranjera. En los primeros, la cláusula contractual que así lo prevé forma parte del objeto principal del contrato porque el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda, en principio, no se refiere a una modalidad accesoria de pago, sino que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo. En los segundos, es decir, en los préstamos indexados a moneda extranjera, el juez nacional será el que determine si forma parte o no del objeto principal del contrato.

– Por otro lado, desde una perspectiva formal, frente a la regla establecida en *Kasler* de que corresponde al juez nacional determinar si una cláusula forma parte del objeto principal y al TJUE los criterios para ello, *Andriuc* demuestra que puede haber excepciones, es decir, que el TJUE, en una concreta situación, puede declarar categóricamente que una determinada cláusula forma parte del objeto principal del contrato.

Pasando al análisis de otra problemática, como hemos mencionado en el apartado correspondiente a la doctrina del TJUE, en relación con la redacción clara y comprensible de la cláusula controvertida, el Abogado General propuso añadir unas limitaciones a las exigencias al profesional que –según se interpretara– podían desvirtuar las mismas. En efecto, sostuvo el Abogado General que la exigencia de redacción clara y comprensible «no puede llegar a obligar al profesional a anticipar e informar al consumidor sobre acontecimientos posteriores no previsibles, como los que caracterizan las fluctuaciones de los tipos de cambio de las divisas en cuestión en el asunto principal, ni a que este profesional asuma las consecuencias de ello»⁴³⁴.

El TJUE se distancia absolutamente del Abogado General al no incluir la apreciación de este. Si hubiera añadido la aseveración del Abogado General, hubiera transmitido a los jueces nacionales una orientación susceptible de ser interpretada de forma no adecuada. Es de sentido común pensar que el profesional no puede informar sobre si el leu rumano se va a devaluar en los próximos años frente al franco suizo y en qué medida se va a devaluar, pero sí debe informar al consumidor claramente sobre la posibilidad de que ello ocurra y que, si ocurre, generará una pérdida económica muy importante para el prestatario, facilitando incluso supuestos prácticos o simulaciones con la cuantificación de esa pérdida.

Contemplado el problema desde la perspectiva española, es de observar que la experiencia de los consumidores españoles con diversos productos

⁴³⁴ Asunto C-186/16. Conclusiones del Abogado General. Apdo. 72.

financieros (las preferentes como ejemplo más paradigmático) es de índole similar a la sufrida por los consumidores rumanos con los préstamos denominados en divisa extranjera.

Por tanto, el TJUE, al responder a la segunda cuestión, proporciona una serie de criterios claros y útiles para que el juez nacional remitente –y cualquier juez nacional ante un problema similar– pueda decidir si la cláusula controvertida está redactada de manera clara y comprensible, evaluando si el consumidor pudo conocer las consecuencias económicas que para él se derivaban de la misma.

Finalmente, cabe exponer que el TJUE, siguiendo el orden lógico ya referido, al contestar a la última pregunta, no se limita a responder al órgano jurisdiccional sobre si el juez nacional debe examinar la existencia del desequilibrio importante únicamente en el momento de la celebración del contrato, sino que añade una serie de criterios para que el juez nacional pueda evaluar la eventual existencia de ese desequilibrio importante, refiriéndose a tener en cuenta la experiencia y los conocimientos del banco en lo que respecta a posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un contrato de préstamo en divisa extranjera.

Esta sentencia es un claro ejemplo de que en ciertas ocasiones el TJUE va más allá de lo que se le pregunta y facilita información adicional que considera de interés para el tribunal remitente y para cualquier órgano jurisdiccional nacional. Ello es totalmente elogiable en la medida que contribuye a una mejor interpretación y aplicación del Derecho de la Unión.

En este caso, parece que el TJUE, dejando el margen correspondiente a la discrecionalidad del tribunal remitente, al apuntar a la experiencia y los conocimientos del banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sugiere la existencia de un desequilibrio importante en la cláusula controvertida. En las palabras del TJUE parece vislumbrarse la responsabilidad de la entidad bancaria, lo que obedece al sentido común, dados los medios con los que cuentan las entidades bancarias para prever esas situaciones.

La realidad española de los últimos decenios parece demostrar que en la mayor parte de las ocasiones esos medios no fueron dirigidos a asesorar rigurosamente a los clientes de la entidad, sino a cumplir objetivos comerciales para mejorar las cuentas de la entidad bancaria correspondiente.

La importancia de la sentencia *Andriciuc* puede constatare por el hecho de que desde su dictado ha servido de base a nuestro Tribunal Supremo para

la resolución de los recursos de casación que han tenido por objeto préstamos multidivisas. El Tribunal Supremo se ha basado en la doctrina sentada en *Andriciuc* para fundamentar, entre otras, las sentencias de 15 de noviembre de 2017 (Pleno)⁴³⁵, 26 de noviembre de 2018⁴³⁶, 14 de marzo de 2019⁴³⁷, 17 de julio de 2019⁴³⁸ y 14 de noviembre de 2019⁴³⁹.

El Tribunal Supremo reproduce en los fundamentos jurídicos de sus sentencias la doctrina del TJUE contenida en *Andriciuc*, entre otros apartados, las respuestas a las preguntas segunda y primera y analizando las circunstancias específicas concurrentes en cada asunto, al no superar el juicio de transparencia, el TS llega a la conclusión de que el profesional no ha redactado la cláusula controvertida correspondiente de forma clara y comprensible al no haber facilitado al consumidor la información previa necesaria para que este conociera la carga económica que implica el préstamo multidivisa, concluyendo el Tribunal Supremo que las cláusulas controvertidas correspondientes tenían naturaleza abusiva, lo que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

Finalmente, hemos de decir que, tras el dictado de la sentencia *Andriciuc*, el Tribunal Superior de Oradea desestimó el recurso interpuesto por los consumidores solicitando la anulación de las cláusulas pretendidamente abusivas en los contratos denominados en francos suizos. Dicho tribunal fundamentó su decisión, entre otros argumentos, en el hecho de que el banco no fue capaz de anticipar la magnitud de las variaciones del tipo de cambio. Sorprende la decisión adoptada por el tribunal de apelación rumano, habida cuenta del contenido de la sentencia del TJUE, pero es evidente que el tribunal nacional ha debido tener en cuenta las circunstancias a su juicio concurrentes y ha resuelto el asunto en consecuencia⁴⁴⁰.

⁴³⁵ Sentencia del TS número 608/2017 de 15 de noviembre, ES: TS:2017:3893.

⁴³⁶ Sentencia del TS número 669/2018 de 26 de noviembre, ES: TS:2018:3968.

⁴³⁷ Sentencia del TS número 158/2019 de 14 de marzo, ES: TS:2019:773.

⁴³⁸ Sentencia del TS número 439/2019 de 17 de julio, ES: TS:2019:2553.

⁴³⁹ Sentencia del TS número 607/2019 de 14 de noviembre, ES: TS:2019:3627.

⁴⁴⁰ Fuente: Portal ACA Europe. Disponible en <http://www.aca-europe.eu/index.php/en/dec-nat-en>.
Curtea de Apel Oradea, sentencia de 28/11/2017. *Ruxandra Paula Andriciuc e.a/Banca Romaneasca SA.*; ECLI: RO: CAORA:2017:007.00370 (última consulta el 17/12/2022).

Caso 26. *Lupean y Lupean*⁴⁴¹⁻⁴⁴²: La cláusula de un préstamo suscrito en divisa extranjera que establece que el crédito debe ser reembolsado en la misma divisa forma parte del objeto principal del contrato y para apreciar la existencia de incumplimiento de las exigencias de la buena fe y desequilibrio importante, el juez nacional tendrá en cuenta el conjunto de las circunstancias del asunto principal, y, especialmente, la experiencia y los conocimientos del profesional en lo concerniente a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo denominado en divisa extranjera.

Hechos. El litigio principal se desarrolla en el marco del proceso instado por el Sr. y la Sra. Lupean contra la entidad bancaria *SC OTP BAAK Nyrt* en relación a la naturaleza pretendidamente abusiva de una cláusula contenida en un contrato de préstamo que preveía la devolución del crédito en la misma divisa extranjera en la que había sido acordado⁴⁴³.

Como tercera pregunta –contestada por el TJUE en primer lugar– el juzgado remitente preguntó al TJUE si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe ser interpretado en el sentido de que está incluido dentro del concepto de «objeto principal del contrato» una cláusula contenida en un contrato de crédito suscrito en una divisa extranjera entre un profesional y un consumidor sin previa negociación en los términos de que el crédito debe ser reembolsado en esa misma divisa.

⁴⁴¹ Asunto C-119/17. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 22 de febrero de 2018 *Liviu Petru Lupean, Oana Andreea Lupean* contra *SC OTP BAAK Nyrt* y otro. Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el tribunal de gran instancia de Sibiu (Rumanía). EU: C:2018:103. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

⁴⁴² Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas rumano y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

⁴⁴³ En enero de 2007 la Sra. Lupean, en calidad de prestataria, y el Sr. Lupean, en calidad de codeudor, suscribieron con el banco un contrato de préstamo denominado en francos suizos. El montante fue puesto a disposición de la prestataria de forma inmediata en lei rumanos (RON). El crédito debía ser reembolsado en un periodo de 180 meses, es decir, el último plazo estaba fijado para diciembre de 2021. El contrato contenía una cláusula en virtud de la cual el prestatario debía reembolsar el crédito en la misma moneda en la que había sido acordado. El juzgado remitente expuso que esta cláusula tiene como consecuencia que recae exclusivamente en el prestatario el riesgo del cambio derivado de un aumento de la cotización del franco suizo en relación con el leu rumano. Otra cláusula del contrato prevé que el prestatario autoriza al banco, con el límite de las sumas adeudadas, a convertir en la divisa del contrato las sumas detenidas en otra divisa en su cuenta bancaria, con arreglo al tipo de cambio practicado por el banco.

Estimando que la cláusula que prevé el reembolso del crédito en francos suizos constituía una cláusula abusiva, al hacer recaer en la consumidora el riesgo vinculado al tipo de cambio, los sres. Lupean demandaron al banco invocando el carácter presuntamente abusivo de esa cláusula, solicitando que sea ordenado al banco convertir el préstamo en lei rumanos, aplicando el tipo de cambio entre el leu rumano y el franco suizo en vigor el día del otorgamiento del préstamo.

Como preguntas primera y segunda, contestadas conjuntamente por el TJUE, el juzgado remitente desea saber si los artículos 3 a 5 de la Directiva 93/13 deben ser interpretados en el sentido de que una cláusula de un contrato de crédito, como la del litigio principal, a resultas de la cual la totalidad del riesgo del tipo de cambio ha sido traspasado al prestatario, y que no ha sido redactada de manera transparente, de tal forma que el prestatario no puede evaluar, sobre la base de criterios claros e inteligibles, las consecuencias económicas de la celebración del contrato, es susceptible de ser considerada como abusiva por el órgano jurisdiccional nacional a consecuencia de su examen.

Doctrina. En primer lugar, el TJUE recuerda que las cláusulas referidas al objeto principal del contrato en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 son aquellas que fijan las prestaciones esenciales del contrato y que como tales lo caracterizan. Por el contrario, las cláusulas que revisten un carácter accesorio no entran dentro de esa noción. Afirma el TJUE que una cláusula como la controvertida en el asunto principal es susceptible de ser considerada como que forma parte del objeto principal del contrato. Sostiene el TJUE que, en efecto, conviene observar que, por medio de un contrato de crédito como el que es objeto del litigio principal, el prestamista se compromete principalmente a poner a disposición del prestatario una cierta suma de dinero, mientras que este último se compromete, principalmente, a reembolsar, generalmente con intereses, esta suma según los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de tal contrato se refieren, por tanto, a una suma de dinero que debe ser definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. En consecuencia, el hecho de que un crédito debe ser reembolsado en la misma divisa en la que ha sido acordado no se refiere, en principio, a una modalidad accesorio de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor constituyendo así un elemento esencial del contrato de préstamo. En este contexto no tiene incidencia que, según ha indicado el juzgado remitente, la suma prestada ha sido puesta a disposición del prestatario en leu rumano y no en la divisa estipulada porque esa circunstancia no es susceptible de modificar el carácter esencial de la obligación resultante de dicha cláusula de reembolsar el crédito en la misma divisa en la que ha sido acordado según los términos del contrato. Por otro lado, en la medida que el juzgado remitente estima que la divisa en la que el contrato de crédito ha sido suscrito solo tiene una función de unidad virtual de cálculo, conviene observar que se desprende de la exposición de hechos efectuada por el juzgado remitente que el contrato controvertido prevé un uso real de la divisa. Los demandantes en el asunto principal se obligan a devolver el crédito en esa divisa, aunque haya sido puesto a

disposición en la moneda nacional y el contrato prevea una conversión en la divisa del crédito de las liquidaciones (cantidades) que tengan los demandantes en su cuenta en moneda nacional, en este caso el leu rumano, a fin de asegurar el pago de las mensualidades. En estas circunstancias el contrato mencionado no puede asimilarse a un contrato indexado en divisa extranjera.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe ser interpretado en el sentido de que el concepto de «objeto principal del contrato» comprende una cláusula, como la del litigio principal, contenida en un contrato de crédito suscrito entre un profesional y un consumidor que no ha sido negociada individualmente, según la cual el crédito debe ser reembolsado en la misma divisa, por cuanto que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato⁴⁴⁴.

En relación con las preguntas primera y tercera, el TJUE señala, con carácter preliminar, que conviene subrayar que la exigencia de la redacción clara y comprensible puesta de manifiesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica igualmente cuando una cláusula como la controvertida en el litigio principal está comprendida dentro del concepto de «objeto principal del contrato». En efecto, tal cláusula únicamente queda eximida de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que esté redactada de forma clara y comprensible.

Esta exigencia de redacción clara y comprensible supone que en los contratos de crédito los establecimientos financieros deben facilitar a los prestatarios informaciones suficientes para permitir que estos tomen su decisión con prudencia y con conocimiento de causa. A este respecto, la referida exigencia implica que una cláusula según la cual el préstamo debe ser reembolsado en la misma divisa extranjera que aquella en la que ha sido contratado debe ser comprendido por el consumidor tanto en el plano formal y gramatical como igualmente en cuanto a su alcance concreto, en el sentido de que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y prudente, debe poder no solamente conocer la posibilidad de aumento o depreciación de la divisa extranjera en la que el préstamo ha sido contratado, sino también poder evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Corresponde a la jurisdicción nacional proceder a las verificaciones necesarias al respecto, verificando especialmente si los consumidores han sido informados del hecho de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se exponen a un riesgo de tipo de cambio, debido a las

⁴⁴⁴ Asunto C-119/17. Auto del TJUE de 22 de febrero de 2018. *Lupean y Lupean*, apdo. 21.

posibles variaciones de los tipos de cambio, que les será eventualmente difícil asumir en caso de devaluación de la moneda en la que perciben sus ingresos.

Por lo que concierne a los elementos a tener en cuenta a los fines de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula como la del litigio principal, la jurisdicción nacional debe tener en cuenta como lo indica el artículo 4 de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto del contrato, considerando a la fecha de celebración del contrato todas las circunstancias concurrentes en su celebración.

De ello se deduce que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe ser efectuada teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias sobre las que el profesional podía tener conocimiento a la fecha de celebración del contrato y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, toda vez que una cláusula puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifiesta en el curso de la ejecución del contrato.

Declara el TJUE que, en el asunto analizado, resulta de la cuestión prejudicial que la cláusula controvertida, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, estipula que las cuotas de devolución del préstamo deben ser reembolsadas en esa divisa. Tal cláusula hace recaer el riesgo de cambio sobre el consumidor en caso de devaluación de la moneda nacional en relación con dicha divisa extranjera.

A este respecto, corresponde a la jurisdicción remitente evaluar, a la vista del conjunto de circunstancias del asunto principal y teniendo en cuenta particularmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que concierne a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de la buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un eventual desequilibrio importante en el sentido del artículo 3.1. de la Directiva 93/13⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ (*Ibid.*, apdo. 31). El TJUE concluye declarando que los artículos 3 a 5 de la Directiva 93/13 deben ser interpretados en el sentido de que la cláusula de un contrato de crédito, como la controvertida en el litigio principal, a consecuencia de la cual, la totalidad del riesgo del tipo de cambio es traspasado al prestatario y que no está redactada de forma transparente, de manera que el prestatario no está en una posición de evaluar, sobre la base de criterios claros e inteligibles, las consecuencias económicas de la celebración de este contrato, es susceptible de ser considerada abusiva por el órgano jurisdiccional nacional cuando de su examen ha constatado que, contrariamente a las exigencias de la buena fe, la cláusula ha creado en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes derivados del contrato. A fin de determinar en qué circunstancias un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes derivado del contrato ha sido ocasionado «contrariamente a las exigencias de la buena fe», el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Comentarios. Este asunto fue resuelto por el TJUE en términos muy similares a como lo fue el asunto *Andriciuc*⁴⁴⁶. Incluso, el propio TJUE remitió copia de la sentencia *Andriciuc* al juzgado remitente invitándole a indicar si deseaba mantener su cuestión prejudicial a lo que este contestó afirmativamente al considerar que la situación fáctica del litigio principal no era idéntica a la del asunto *Andriciuc*. La postura del TJUE es patente en el sentido de que a pesar de dejar constancia de que la apreciación sobre la naturaleza abusiva de la cláusula corresponde al juez nacional, le confiere unas indicaciones muy claras. Primero, en cuanto a que, a pesar de que la cláusula sobre la obligación de devolución en francos suizos forma parte del objeto principal del contrato, sí será susceptible del test sobre su naturaleza abusiva si se considera que no está redactada de forma clara y comprensible, lo que sucederá cuando el consumidor no ha tenido un conocimiento completo de las consecuencias económicas de la cláusula, es decir, cuando la cláusula no cumple los requisitos de la transparencia.

También se muestra el TJUE contundente en cuanto a la posibilidad de que haya incumplimiento de las exigencias de la buena fe y desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes. Para evaluar esa doble circunstancia —que para algunos se funde en una sola—, el juez nacional va a tener en cuenta la experiencia o pericia⁴⁴⁷ y conocimientos del banco en lo concerniente a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo denominado en divisa extranjera. El TJUE deja entrever la naturaleza abusiva de la cláusula al determinar que todo el riesgo del tipo de cambio recae en el consumidor.

⁴⁴⁶ Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017. *Andriciuc*.

⁴⁴⁷ El servicio de traducción del TJUE traduce la expresión que figura en la versión francesa «expertise» como «experiencia» en la versión española de *Andriciuc*, por lo que así lo hemos traducido al comentar la doctrina en *Lupean y Lupean*. Sin embargo, quizá sea más preciso traducirlo como «pericia». En el Diccionario de la lengua española, la RAE define la pericia como «sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte».

Caso 27. *ERSTE Bank Hungary y Orsolya Czakó*^{448 - 449}: En la medida en que la determinación de la suma total del préstamo dependa del tipo de cambio vigente en la fecha de liberación de los fondos, la exigencia de redacción clara y comprensible requiere que los métodos para calcular el importe realmente prestado y el tipo de cambio aplicable sean transparentes, de forma que el consumidor pueda evaluar el coste total de su préstamo.

Hechos. El litigio principal se desarrolla en el marco del proceso de ejecución forzosa instado por ERSTE Bank Hungary Zrt. contra la consumidora Sra. Czakó a resultas del préstamo hipotecario denominado en francos suizos celebrado entre ambos, habiendo alegado la consumidora la naturaleza abusiva de varias cláusulas de este⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Asunto C-126/17. Auto del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2018 ERTSE Bank Hungary Zrt. contra Orsolya Czakó. Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el Tribunal General de la Capital (Fovarosí Törvényszék), Hungría. EU: C:2018:107 Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

⁴⁴⁹ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas húngaro y francés. La narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

⁴⁵⁰ En junio de 2007 la entidad ERSTE Bank Hungary Zrt., en calidad de prestamista, y la Sra. Czakó, en calidad de prestataria, suscribieron un contrato de préstamo hipotecario denominado en francos suizos. La solicitud de préstamo tenía como objeto un montante de 280.000 forintos húngaros que el banco había contabilizado en francos suizos por un importe de 64.731 francos suizos. Según la cláusula I/1 la prestataria había aceptado que el importe del préstamo denominado en divisa extranjera, debido a los cambios en el tipo de cambio que pudiesen ocurrir entre la fecha de celebración del contrato y la fecha de liberación de los fondos, fuese aumentado en un 15% en comparación con la solicitud de financiación. Dicho punto también disponía que el importe indicado en francos suizos era solo indicativo, de forma que el importe real del préstamo pendiente se determinaría más adelante, de conformidad con el punto II/1 del contrato. Según este último punto, el importe liberado por el banco no podía exceder el importe expresado en forintos húngaros fijado en el punto I/1 de este contrato, pero tenía que ser registrado en francos suizos. El importe expresado en esta moneda se calcularía aplicando el tipo de cambio interbancario en la compra vigente en la fecha de liberación, según lo aplicado por el banco, bajo los términos y condiciones generales de este último. El punto I/4 del contrato en cuestión estipulaba, en particular, que para resolver cualquier disputa relacionada con el estado del préstamo o para cumplir con un requisito del banco para determinar el importe pendiente del crédito o cualquier otra deuda, las partes del contrato expresaron su disposición a aceptar como prueba con valor probatorio un acta suscrita en forma auténtica elaborada sobre la base de los libros y cuentas del banco. En agosto de 2013, el banco resolvió el contrato de préstamo en cuestión e inició un procedimiento de ejecución forzosa contra el prestatario para recuperar las sumas pendientes de pago bajo este título. Según el acta notarial redactada en la misma fecha, el banco había otorgado un préstamo por un importe de CHF 64.731 sobre la base de este contrato. Según la orden emitida el 23 de diciembre de 2013 por el funcionario judicial responsable de esta ejecución, el importe del principal ascendía a la suma de CHF 56.414,80. El prestatario apeló contra esta ejecución, alegando que el objeto del contrato de préstamo, es decir, el importe del préstamo y los plazos de reembolso no estaban claramente determinados. Considera que por este motivo el contrato debe declararse nulo. Además, ese contrato no incluye la tasa anual equivalente (TAE) ni el tipo de interés. El prestatario también invocó la nulidad del punto I/4 del contrato en cuestión, debido a que esta cláusula, sobre la base de la cual el banco podría establecer unilateralmente la cantidad a reembolsar por el prestatario, sería abusiva.

El tribunal remitente declara que, según el banco, el objeto del contrato en cuestión, a saber, el importe del préstamo expresado en francos suizos era suficientemente claro. El punto I/1 de este contrato establecía que el prestatario había pedido al banco que cumpliera con una solicitud de financiación por un importe fijo denominado en forintos húngaros, que luego tenía que convertirse a moneda extranjera de acuerdo con el tipo de cambio vigente en la fecha de liberación de fondos. El tribunal remitente declara que el prestatario reitera ante él, en esencia, los mismos argumentos que los presentados en primera instancia⁴⁵¹. Por lo tanto, recuerda que, según la prestataria, el objeto del contrato no cumple con el requisito de claridad exigido por el legislador a los efectos de la protección del consumidor. El contrato no proporcionaría con precisión el importe del préstamo, ni en forintos húngaros, ni en moneda extranjera, de forma que el importe denominado en forintos húngaros únicamente representaba el importe máximo solicitado por el prestatario. En este contexto, el tribunal remitente cuestiona si los puntos I/1 y II/1 del contrato de préstamo en cuestión cumplen los requisitos de claridad y transparencia establecidos en el artículo 4, apartado 2, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, teniendo en cuenta también el hecho de que corresponde al banco establecer el importe final del préstamo sobre la base de los datos contenidos en sus libros. Si no cumpliera con los requisitos de claridad y transparencia, el tribunal remitente se pregunta qué consecuencia legal debe deducir, dado que las cláusulas en cuestión se refieren al objeto principal del contrato y que este último no podría subsistir sin estas cláusulas.

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un establecimiento bancario, en un Estado miembro, como las que están en litigio en el procedimiento principal,

⁴⁵¹ El tribunal de primera instancia señaló la invalidez del contrato en cuestión, alegando que no se había celebrado válidamente. En consecuencia, también consideró que no se cumplían las condiciones para llevar a cabo la ejecución forzosa. Según dicho tribunal, las disposiciones contractuales en cuestión no permitieron determinar el importe realmente prestado por la entidad bancaria, ya que solo expusieron el importe denominado en forintos húngaros correspondiente a la solicitud de préstamo y un importe denominado en moneda extranjera a título indicativo. El banco recurrió en apelación la sentencia dictada en primera instancia ante el tribunal remitente alegando, en esencia, que la base jurídica y fáctica de dicha sentencia era incorrecta.

Según la entidad bancaria apelante, el tribunal de primera instancia interpretó erróneamente las decisiones de la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría), relativas a un préstamo denominado en moneda extranjera como el del objeto del litigio. Sostiene la entidad prestamista que el importe denominado en forintos húngaros correspondiente a la solicitud de financiación, el importe del préstamo denominado en moneda extranjera para información y la forma de calcular el importe total de la suma prestada en la fecha de liberación de los fondos estarían determinados de forma clara en el contrato en cuestión.

mencionando, por un lado, un importe denominado en la moneda de este Estado miembro que corresponde al indicado en la solicitud de financiación del consumidor y, por otro lado, un importe denominado en francos suizos proporcionado por el banco a título indicativo, responden a la exigencia de que las cláusulas contractuales deben redactarse de manera clara y comprensible, en el sentido de estas disposiciones.

Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto en que un tribunal nacional determinase la naturaleza abusiva de las cláusulas de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un establecimiento bancario, como las controvertidas en el procedimiento principal, esta disposición impide que ese tribunal declarase la nulidad de este contrato en su conjunto.

En su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si en caso de que la Directiva 93/13 excluya la determinación de nulidad del contrato de préstamo en su conjunto, le está permitido determinar el importe del préstamo de la manera más favorable para el consumidor. Dicha pregunta no es contestada por el TJUE al considerarla innecesaria en vista de la respuesta dada a la segunda pregunta.

Doctrina. El TJUE deja claro, inicialmente, que corresponde al juez remitente pronunciarse sobre la calificación de las cláusulas pretendidamente abusivas en función de las circunstancias propias del caso en cuestión, siendo competencia del TJUE proporcionar los criterios que el juez remitente puede o debe aplicar a la hora de efectuar ese examen.

También recuerda el TJUE que la exigencia de la redacción clara y comprensible puesta de manifiesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 se aplica igualmente cuando una cláusula como la controvertida en el litigio principal está comprendida dentro del concepto de «objeto principal del contrato». En efecto, tales cláusulas únicamente quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el juez nacional, como consecuencia de un examen caso por caso, considere que han sido redactadas por el profesional de forma clara y comprensible.

Sigue recordando el TJUE, remitiéndose a *Andriciuc*, que por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido

por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y, por ende, de transparencia, debe entenderse de manera extensiva.

En este contexto, la exigencia de que las cláusulas contractuales como las controvertidas en el litigio principal⁴⁵² deben redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente la suma de dinero puesta a disposición del prestatario por el banco, expresada en divisa extranjera como moneda de cuenta, que debe estar definida en relación con la moneda de pago. En la medida en que la determinación de esta suma prestada dependa del tipo de cambio en vigor en la fecha de la liberación de los fondos, la exigencia mencionada impone que el mecanismo de cálculo de la suma total prestada por el banco, así como el tipo de cambio aplicable, sean transparentes de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar sobre la base de criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se deriven para él, particularmente, el coste total de su préstamo.

Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista del conjunto de elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran no solo la propia redacción de las cláusulas, sino también la información proporcionada por el prestamista en el marco de la negociación del contrato de préstamo⁴⁵³.

Concluye el TJUE que el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un establecimiento bancario, en un Estado miembro, cumplen el requisito de estar redactadas de manera clara y comprensible, en el sentido de estas disposiciones, cuando la suma de dinero que será puesta a disposición de este consumidor, expresada en moneda

⁴⁵² Respecto al litigio principal, el TJUE dice que, según se desprende de las actuaciones, las cláusulas del contrato de préstamo mencionaban que la solicitud de financiación del prestatario se elevaba a la suma de 8.280.000 forintos, denominados por el banco a título indicativo en divisa extranjera, en la suma de 64.732 francos suizos. Al respecto, el banco argumenta que el importe del préstamo, destinado a cubrir las necesidades financieras del prestatario, se indica en francos suizos de manera provisional, de forma que únicamente puede determinarse con precisión en la fecha de liberación de fondos, debido a las modificaciones en el tipo de cambio. Observa el TJUE que mediante un contrato de crédito el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente, a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos.

⁴⁵³ La información, antes de la celebración de un contrato, sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración es, para un consumidor, de fundamental importancia. Es en particular sobre la base de esta información, que este último decide si desea vincularse a las condiciones establecidas previamente por el profesional.

extranjera como la moneda de cuenta, definida en relación con la moneda de pago, está claramente indicada.

En la medida en que la determinación de esta suma dependa del tipo de cambio vigente en la fecha de liberación de los fondos, la exigencia mencionada requiere que los métodos para calcular el importe realmente prestado y el tipo de cambio aplicable sean transparentes, de modo que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda evaluar sobre la base de criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se derivan para él de este contrato, particularmente, el coste total de su préstamo⁴⁵⁴.

Con respecto a la segunda pregunta, recuerda el TJUE que en lo que respecta a la incidencia de la constatación de la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales sobre la validez del contrato en cuestión, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece que dicho contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si puede subsistir sin las cláusulas abusivas⁴⁵⁵.

Comentarios. El TJUE reitera lo ya dicho en sentencias anteriores como *Andriciuc*⁴⁵⁶, *Perenicova y Perenic*⁴⁵⁷ y *Kasler y Kaslerne Rabai*⁴⁵⁸. Por esa razón el TJUE ha resuelto mediante auto y no ha estimado necesaria su

⁴⁵⁴ Asunto C-126/17. Auto del TJUE de 22 de febrero de 2018, *ERSTE Bank Hungary y Orsolya Czákó*, apdo. 35.

⁴⁵⁵ Indica el TJUE que en ese contexto los órganos jurisdiccionales nacionales que consideran que las cláusulas contractuales son abusivas deben, por un lado, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, extraer todas las consecuencias que de ellas se derivan de acuerdo con la legislación nacional, de modo que el consumidor no esté obligado por dichas cláusulas y, por otro lado, evalúen si el contrato en cuestión puede subsistir sin estas cláusulas abusivas.

El TJUE señala que en el caso en cuestión el tribunal nacional considera que las cláusulas concernidas constituyen el objeto principal del contrato de préstamo y que este último no puede subsistir sin estas cláusulas. Teniendo en cuenta, en particular, la respuesta dada a la primera pregunta, en el caso de que ese tribunal constate el carácter abusivo de las cláusulas en cuestión, le corresponderá extraer todas las consecuencias que se derivan de ello en virtud de la legislación nacional, a fin de que el consumidor no resulte vinculado por dichas cláusulas.

Continúa exponiendo el TJUE que, en tal situación, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la determinación de la nulidad del contrato en su conjunto. Cuando el contrato no puede subsistir después de la eliminación de las cláusulas abusivas, esta disposición, aunque impide que el tribunal nacional integre dicho contrato modificando el contenido de dicha cláusula, no se opone a una normativa de la legislación nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de estas cláusulas sustituyéndolas por una disposición supletoria del Derecho nacional.

Concluye el TJUE que, a la luz de todas esas consideraciones, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un tribunal nacional determine el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un establecimiento bancario como las cláusulas controvertidas en el litigio principal, esta disposición no se opone a que ese tribunal declare la nulidad de este contrato en su conjunto si no puede subsistir después de la supresión de estas cláusulas (*Ibid.*, apdo. 41).

⁴⁵⁶ Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017. *Andriciuc*.

⁴⁵⁷ Asunto C-453/10. STJUE de 15 de marzo de 2012. *Perenicova y Perenic*.

⁴⁵⁸ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Kasler y Kaslerne Rabai*.

publicación en otros idiomas que no sean el húngaro y el francés. El TJUE parte de la consideración realizada por el tribunal remitente de que las cláusulas controvertidas constituyen el objeto principal del contrato, lo que le facilita el trabajo, limitándose a dar algunas orientaciones para que el juez nacional pueda evaluar si están redactadas de forma clara y comprensible. Así, el TJUE alude al hecho de que, dado que la determinación de la suma del préstamo depende del tipo de cambio vigente en la fecha de liberación de los fondos, la exigencia mencionada requiere que los métodos para calcular el importe realmente prestado y el tipo de cambio aplicable sean transparentes⁴⁵⁹.

Por último, el TJUE le indica al tribunal remitente que, si este llega a la conclusión de que las cláusulas controvertidas son abusivas, estas constituyen el objeto principal del contrato, el cual no puede subsistir sin las mismas y el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional declare la nulidad del contrato en su conjunto. Dado que el litigio principal se desarrolla en el marco del proceso de ejecución de la entidad bancaria contra la consumidora, la declaración de nulidad del contrato resulta menos «comprometida» para el juez nacional, ya que la consumidora ha dejado de pagar las cuotas del préstamo y la entidad bancaria ha declarado la resolución de este. La consumidora, por tanto, se ve en la obligación de devolver el principal más los intereses que se hayan devengado y es ahí donde el juez, al apreciar la nulidad del contrato, aplicará la legislación nacional con las consecuencias pertinentes, de forma que la declaración de nulidad va a reportar consecuencias favorables para el consumidor. Ese supuesto es muy diferente al que se desarrolla en el marco de un procedimiento en el que el consumidor cumplidor pide la nulidad de las cláusulas abusivas de un préstamo, cuyas cuotas está abonando puntualmente. Si resulta que esas cláusulas constituyen el objeto principal del contrato y el juez nacional considera que su nulidad implica la nulidad del contrato en su conjunto y, en consecuencia, la devolución del principal, nos encontraríamos ante una situación especialmente delicada. Como regla general, el consumidor no dispondría de capacidad financiera para ello, por lo que se vería obligado a admitir la aplicación de las cláusulas abusivas, salvo que la legislación nacional prevea alguna salida como la aplicación de una disposición supletoria en sustitución de la cláusula nula. A nuestro modo de ver, en los supuestos en los que la legislación nacional no prevé disposición supletoria en sustitución de la cláusula nula, el TJUE debería arbitrar alguna alternativa que proteja los intereses del consumidor.

⁴⁵⁹ Para que el juez nacional pueda apreciar esta transparencia el TJUE se remite al criterio tradicional de que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda evaluar sobre la base de criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se deriven para él de este contrato, particularmente, el coste total de su préstamo.

Caso 28. *VE*⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹: No es necesario que el profesional manifieste al consumidor que la fluctuación del tipo de cambio no está sometida a ningún límite y basta con exponer a título indicativo el importe del préstamo en moneda extranjera y el montante de las cuotas de reembolso, siempre que de la restante información proporcionada un consumidor medio pueda evaluar las consecuencias económicas del préstamo en moneda extranjera, entre ellas las que se derivan del riesgo de tipo de cambio y siempre que el mecanismo de cálculo de los importes (suma entregada y cuotas de reembolso en función de la fecha correspondiente), así como el tipo de cambio aplicable sean expuestos de manera transparente.

Hechos. El litigio principal se desarrolla en el marco de un litigio instado por el consumidor VE como prestatario contra WD como prestamista en relación al carácter eventualmente abusivo de una cláusula relativa al riesgo de tipo de cambio contenida en un contrato denominado en divisa extranjera celebrado entre las partes⁴⁶².

⁴⁶⁰ Asunto C-227/18. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 8 de noviembre de 2018 VE contra WD. Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el Tribunal Central de Distrito de Buda, Hungría. EU: C:2018: 891 Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

⁴⁶¹ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas húngaro y francés. La narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

⁴⁶² VE, como prestatario, y WD, como prestamista, celebraron, el 22 de abril de 2008, un contrato de crédito denominado en moneda extranjera, a saber, el franco suizo (CHF), con el fin de adquirir un vehículo de motor. El importe del préstamo, expresado en forintos húngaros (HUF), es de 2.750.000 HUF. El órgano jurisdiccional remitente señala que, en la primera parte de dicho contrato, se indica que el período de amortización previsible del préstamo es de 120 meses y que el importe de la primera cuota mensual se fija en 26.765 HUF con un tipo de interés inicial fijado en 6,96%. De la segunda parte de dicho contrato se desprende que estos elementos no reflejan el riesgo de cambio específico del crédito denominado en moneda extranjera y que «una devaluación del forinto húngaro aumenta también el importe total pendiente de pago». Más concretamente, el punto 7 del contrato de crédito y el punto 18.3.4 de las condiciones generales del negocio, relativos al riesgo de cambio, establecen que, «[e]n el caso de financiación basada en moneda extranjera, el importe de la cuota mensual, los pagos en forinto húngaro pueden variar según la evolución del tipo de cambio y del tipo de interés correspondiente. En caso de devaluación del forinto húngaro, existe un riesgo importante relacionado no sólo con la posibilidad de un aumento de los pagos mensuales, sino también con un aumento del importe total pendiente de pago. En caso de modificación o resolución del contrato de crédito antes de su vigencia, la diferencia entre los tipos de cambio que afecten a la totalidad del capital restante exigible será pagadera de una sola vez». El punto 7 del contrato de crédito precisa además que «el deudor declara ser consciente de los riesgos derivados de una financiación basada en moneda extranjera y acepta sus consecuencias». El tribunal remitente señala que los pagos mensuales comenzaron a aumentar a partir de febrero de 2012 hasta alcanzar, en 2015, un importe del orden de 37.000 a 38.000 HUF, a pesar del reembolso anticipado de una importante suma efectuada por VE en enero de 2015. El consumidor VE interpuso entonces una demanda contra el profesional WD ante el órgano jurisdiccional remitente, solicitando, principalmente, que el contrato de crédito fuese declarado como inválido y que se restableciese al consumidor en la situación anterior mediante restitución. En apoyo de su demanda, VE alega que la información relativa al riesgo de cambio no era suficiente. A este respecto, considera que la evaluación del crédito realizada únicamente en relación con el importe inicial del préstamo, denominado en forintos húngaros, es «extraordinariamente peligrosa e ilegal», por lo que la solvencia del deudor sólo

Mediante sus cuestiones segunda a cuarta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que satisface el requisito de redacción clara y comprensible, previsto en estas disposiciones, un contrato de crédito denominado en moneda extranjera que incluya una cláusula que imponga al consumidor el riesgo de cambio, sin advertirle expresamente que la fluctuación del tipo de cambio no está sujeto a ningún límite máximo y que menciona únicamente a título indicativo, en particular, el importe del préstamo, el importe de las cuotas de reembolso en moneda nacional, así como el período de amortización.

Doctrina. El TJUE reitera premisas ya declaradas en *Andriiciuc* y en *ERSTE Bank Hungary (contra Orsolya Czákó)*. Entre otras, señala que cuando se trata de un contrato de crédito denominado en moneda extranjera que contiene cláusulas como las controvertidas en el litigio principal, dicha exigencia debe entenderse, por una parte, en el sentido de que impone, en particular, que el contrato establezca de manera transparente el funcionamiento práctico del mecanismo que atribuye el riesgo de tipo de cambio al consumidor. Por otra parte, exige que, por un lado, la cantidad de dinero puesta a disposición del prestatario por el prestamista, expresada en moneda extranjera, en este caso el franco suizo, y, por otro lado, el importe de las cuotas de reembolso acordadas en la moneda nacional, en este caso el forinto húngaro, y, en tercer lugar, el período de amortización, puedan determinarse claramente. Así, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda apreciar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que para él se derivan del contrato, incluido, en particular, el coste total de su préstamo.

Así mismo, observa el TJUE que el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos.

Por otra parte, el profesional deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera.

Por lo que se refiere a la información facilitada al consumidor sobre el importe prestado, el importe de los plazos de reembolso y el período de amortización,

se evalúa en relación con este importe, sin tener en cuenta el riesgo de tipo de cambio. VE sostiene además que dicho contrato también es nulo porque no indica ni el importe ni el número de cuotas de reembolso ni especifica la naturaleza del tipo de cambio aplicado. El profesional se opuso. El órgano jurisdiccional remitente tiene dudas en la interpretación del Derecho de la Unión y plantea cuestión prejudicial.

en la medida en que dependan, en particular, del tipo de cambio vigente respectivamente en la fecha de liberación de los fondos y los vencimientos de las amortizaciones, la exigencia de una redacción clara y comprensible impone que se exponga de forma transparente el mecanismo de cálculo de la suma prestada y el importe de las fechas de amortización, así como el tipo de cambio aplicable.

Añade el TJUE que corresponde al órgano jurisdiccional remitente proceder a las verificaciones necesarias a la vista del conjunto de elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran no solo la propia redacción de las cláusulas, sino también la información proporcionada por el prestamista en el marco de la negociación del contrato de préstamo⁴⁶³.

A este respecto, matiza el TJUE que, aunque, como señaló el órgano jurisdiccional remitente, las cláusulas del contrato no establezcan expresamente que la fluctuación del tipo de cambio no esté sujeta a ningún límite máximo, dicho órgano jurisdiccional deberá comprobar si el consumidor ha podido, no obstante, sobre la base de toda la información puesta a su disposición por el prestamista, para evaluar las consecuencias económicas potencialmente significativas del riesgo de cambio sobre sus obligaciones financieras.

Además, si el contrato menciona, en relación con el importe prestado, el importe de las cuotas de reembolso y el período de amortización, elementos «informativos» que, según el tribunal remitente, son «en ciertos aspectos contradictorios», corresponde a este último comprobar si estos elementos podrían haber inducido a error al consumidor sobre dichos importes o si, por el contrario, estaban destinados a ilustrar el carácter aún indeterminado de dichos importes en la fecha de celebración del contrato⁴⁶⁴.

En base a todo ello, el TJUE concluye que los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que responde a la exigencia de redacción clara y comprensible, prevista en dichas disposiciones, un contrato de crédito denominado en moneda extranjera que incluye una cláusula que atribuye al consumidor el riesgo de cambio, sin advertirle expresamente que la fluctuación del tipo de cambio no está sujeta a ningún tope, y que menciona únicamente a título indicativo el monto del préstamo denominado en moneda extranjera y el importe de las cuotas de reembolso denominadas en moneda nacional cuando,

– por un lado, el consumidor no sólo ha sido informado de la posibilidad de una subida o bajada de la moneda extranjera en la que se contrató el

⁴⁶³ Asunto C-227/18. Auto del TJUE de 8 de noviembre de 2018, *VE*, apdos. 35 a 37.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, apdos. 38 y 39.

préstamo, sino que también puede evaluar las consecuencias económicas potencialmente significativas del riesgo de cambio sobre sus obligaciones financieras, y,

– por otra parte, se puede determinar claramente el importe total de la suma puesta a disposición del prestatario y el importe de las cuotas de reembolso. En la medida en que dependen del tipo de cambio vigente respectivamente en la fecha de liberación de los fondos y en las fechas de vencimiento de los reembolsos, la exigencia de una redacción clara y comprensible impone que el mecanismo de cálculo de estos importes, así como el tipo de cambio aplicable sean expuestos de forma transparente⁴⁶⁵.

Comentarios. De nuevo, el TJUE reitera los criterios expuestos en anteriores resoluciones como *ERSTE Bank Hungary (contra Orsolya Czakó)*⁴⁶⁶, *Andriciuc, Perenicova y Perenic y Kasler y Kaslerne Rabai*. En este auto el TJUE indica claramente que basta con mencionar a título indicativo en la moneda nacional el importe del préstamo en moneda extranjera y de las cuotas de reembolso, no siendo necesario que el profesional haya advertido expresamente al consumidor que la fluctuación del tipo de cambio no está sujeta a ningún tope, siempre y cuando del resto de la documentación e información proporcionadas pueda deducir un consumidor medio las consecuencias económicas del contrato, y, en especial, el coste total del préstamo. Parece que ello se cumple porque las palabras del TJUE transmiten la impresión de que, por un lado, el consumidor ha sido informado de la posibilidad de la elevación y de la depreciación de la moneda extranjera, pudiendo de esta forma evaluar las consecuencias económicas inherentes al riesgo del tipo de cambio y de que, por otro lado, el consumidor ha podido determinar claramente el importe total puesto a su disposición y las cuotas para su reembolso en función de la fecha en la que se le entregan esos fondos y de la fecha en la que el consumidor tiene que abonar las cuotas de reembolso, siempre y cuando el mecanismo de cálculo y la tasa de cambio aplicables sean claramente manifestadas. En cualquier caso, aunque no se indique en el fallo, es el órgano jurisdiccional nacional el que tendrá que valorar esas circunstancias, indicadas por el TJUE como condicionantes, por lo que deja la puerta abierta para que sean apreciadas por el juzgado remitente y este pueda concluir que el profesional ha cumplido con la exigencia de transparencia o no lo ha hecho.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, apdo. 40.

⁴⁶⁶ Asunto C-126/17. Auto del TJUE de 22 de febrero de 2018, *ERSTE Bank Hungary y Orsolya Czakó*,

Caso 29. *Kiss y CIB Bank*⁴⁶⁷: La redacción clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales precisen todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes (siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto).

Hechos. El consumidor de un contrato de préstamo, Sr. Kiss, interpuso una demanda ante el Tribunal General de Gyor en Hungría en la que solicitaba que se declararan abusivas las cláusulas relativas a los gastos de gestión y a la comisión de desembolso, por no especificarse en el contrato los servicios concretos que constituían su contrapartida⁴⁶⁸. Tras las sentencias de instancia⁴⁶⁹, ambas partes recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo húngaro. Este órgano jurisdiccional tuvo dudas sobre la interpretación de la Directiva 93/13 y preguntó al TJUE, en primer lugar, si la cláusula de los gastos de gestión y la cláusula de la comisión por desembolso deben precisar los servicios proporcionados como contrapartida por cada uno de esos conceptos para entender que están redactadas de forma clara y comprensible⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Asunto C-621/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019. Gyula Kiss contra CIB Bank Zrt. Otras partes intervinientes en el litigio principal: Emil Kiss, Gyulané Kiss. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Kúria o Tribunal Supremo de Hungría. EU: C:2019:820. El Abogado General Sr. Gerard Hogan presentó sus conclusiones el 15 de mayo de 2019.

⁴⁶⁸ La petición prejudicial se formula en el contexto de un pleito entre el consumidor Sr. Gyula Kiss y la entidad bancaria CIB Bank Zrt relativo a la declaración del carácter abusivo de determinadas cláusulas contenidas en un contrato de préstamo. En septiembre de 2005, el consumidor Sr. Kiss y otras dos personas celebraron con el antecesor de CIB un contrato de préstamo por un importe de 16.451 euros, con un interés del 5,4% anual, gastos de gestión del 2,4 % anual y una duración de 20 años. El prestatario también estaba obligado a pagar, en virtud de las cláusulas del contrato, una suma en forintos equivalente a 125 euros en concepto de comisión de desembolso, habiéndose fijado una tasa anual equivalente (TAE) de 8,47%.

⁴⁶⁹ El Tribunal General de Gyor declaró abusiva la cláusula relativa a la comisión de desembolso, pero desestimó la pretensión relativa a los gastos de gestión. Ambas partes interpusieron recurso y el Tribunal Superior de Gyor confirmó la sentencia de la instancia, argumentando en relación con la cláusula relativa a los gastos de gestión que estaba redactada de forma clara y comprensible, dado que se definía claramente el importe a cargo del prestatario por tal concepto y la naturaleza de la contrapartida era bien conocida, incluyendo operaciones como la tramitación, la gestión, el registro y la recuperación del préstamo. Por el contrario, con respecto a la comisión de desembolso, el tribunal señaló que era difícil determinar con precisión los servicios que constituían su contrapartida, puesto que el coste de todos los servicios notoriamente conocidos ya estaba incluido en los gastos de gestión.

⁴⁷⁰ En concreto, se preguntó si los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 debían interpretarse en el sentido de que el requisito de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible debe entenderse como una obligación de que las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual contenidas en un contrato de préstamo celebrado con los consumidores, como las controvertidas en el litigio principal, que determinan con precisión el importe de los gastos de gestión y de una comisión de desembolso a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse, precisen también todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes.

En segundo lugar, la Kúria pregunta al TJUE si el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a los gastos de gestión del préstamo, que no permite identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Doctrina. El TJUE parte de la diferenciación entre las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato –que son las que regulan las prestaciones esenciales– y las cláusulas de carácter accesorio. Recuerda el TJUE que es competencia del juzgado nacional apreciar si la cláusula de que se trata constituye un componente esencial de la prestación del deudor atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo⁴⁷¹. Con todo, el TJUE da indicaciones concretas al juzgado remitente sobre el litigio principal⁴⁷².

También se refiere el TJUE a la segunda categoría de cláusulas cuyo eventual carácter abusivo estaría excluido de apreciación con arreglo al 4.2 de la Directiva 93/13, es decir, cláusulas relativas a la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

El TJUE matiza que las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagar a este último el consumidor no pertenecen en principio a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista.

Según el TJUE, en el asunto analizado, de los autos de que dispone se desprende que el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas controvertidas

⁴⁷¹ El TJUE señala que la transparencia de una cláusula contractual que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13 es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, cuya apreciación corresponde al juez nacional. En primer lugar, tiene que evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio, el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe, y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor (*Ibid.*, apdo. 49).

⁴⁷² Observa el TJUE que la percepción de gastos de gestión y de una comisión de desembolso está prevista en Derecho interno. El TJUE indica que no parece que las cláusulas controvertidas afecten negativamente a la situación jurídica del consumidor a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de gastos de gestión y de comisión de desembolso sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo, correspondiendo al juez nacional tener en cuenta, además, el efecto de las demás cláusulas contractuales para determinar si dichas cláusulas causan un desequilibrio importante en detrimento del prestatario (*Ibid.*, apdo. 55).

en el litigio principal no afecta a la relación entre el importe de los gastos de gestión de la comisión de desembolso y los servicios proporcionados como contrapartida, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente⁴⁷³.

En cuanto a la exigencia de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 en relación con la que figura en el artículo 5 de la Directiva, afirma el TJUE que esta es la misma y tiene el mismo alcance que la anterior⁴⁷⁴ y reitera que la exigencia de transparencia no solo se refiere a la comprensión gramatical, sino también a que el consumidor pueda evaluar⁴⁷⁵, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él tiene dicha cláusula⁴⁷⁶.

En cuanto a la comisión de desembolso con relación a la cual el consumidor niega la existencia de contrapartida real, afirma el TJUE que corresponde al tribunal remitente comprobar si el interesado ha sido informado de los motivos que justifican el pago de dicha comisión⁴⁷⁷.

Con respecto a la cláusula relativa a gastos de gestión, dice el TJUE que, si bien el demandante no parece afirmar que no exista ninguna contrapartida por dichos gastos, alega que la naturaleza concreta de los distintos servicios correspondientes no es transparente.

En los apartados siguientes el TJUE llega a varias conclusiones importantes que no incorpora en el fallo, lo que resulta un tanto extraño desde nuestro punto de vista. Señala el TJUE que, con arreglo a su sentencia *Bucura*⁴⁷⁸, no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales, pero es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto, debiendo, además, el consumidor poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen⁴⁷⁹. El

⁴⁷³ *Ibid.*, apdo. 35.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, apdo. 36.

⁴⁷⁵ Según el TJUE, parece que las cláusulas en cuestión permitían al demandante en el litigio principal evaluar las consecuencias económicas que para él tendrían dichas cláusulas. Centrándose en el litigio principal, en relación con los gastos de gestión, dice el TJUE que estaban previstos a un tipo anual del 2,4% durante un periodo de 240 meses, calculándose estos gastos durante el primer periodo anual sobre la totalidad del préstamo y durante los periodos siguientes sobre el importe adeudado el primer día del periodo anual a que se refiera. A ello hay que añadir la obligación del consumidor de pagar el equivalente a 125 euros en concepto de comisión de desembolso.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, apdo. 37.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, apdo. 41.

⁴⁷⁸ Asunto C-348/14. STJUE de 9 de julio de 2015. *Bucura*.

⁴⁷⁹ Asunto C-621/17. STJUE de 3 de octubre de 2019. *Kiss y CIB Bank*, apdo. 43.

TJUE observa, además, que en el litigio principal el órgano remitente deberá examinar si tal es el caso a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran no solo las cláusulas contenidas en el contrato en cuestión, sino también la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación del contrato⁴⁸⁰.

Estas observaciones no son trasladadas al fallo, sino que en este el TJUE se limita a afirmar que los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que el requisito de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual contenidas en un contrato de préstamo celebrado con los consumidores, como las controvertidas en el litigio principal, que determinan con precisión el importe de los gastos de gestión y de una comisión de desembolso a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse, precisen también todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes⁴⁸¹.

Tras traer a colación sus premisas sobre el cumplimiento de las exigencias de la buena fe y sobre la existencia de desequilibrio importante, el TJUE recuerda que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia de los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto⁴⁸².

Concluye el TJUE que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a los gastos de gestión de un contrato de préstamo, que no permite identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Comentarios. A nuestro juicio, es criticable que el TJUE no termina de aclarar sus posiciones. Me explico: el TJUE afirma en el apartado 43 que es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto, debiendo, además, el consumidor poder comprobar que no hay solapamiento

⁴⁸⁰ *Ibid.*, apdo. 44.

⁴⁸¹ *Ibid.*, apdo. 45.

⁴⁸² *Ibid.*, apdo. 54.

entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen. Incluso a ello añade en el apartado 44 que el juez nacional deberá examinar si ese es el caso, teniendo también en cuenta, además de las cláusulas contenidas en el contrato, la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación del contrato. Sin embargo, en la respuesta a la pregunta formulada, el TJUE guarda silencio absoluto sobre esos extremos limitándose a contestar que la exigencia de redacción de manera clara y comprensible no incluye la obligación de que el profesional precise todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes.

Entonces, nos preguntamos, si no se enumeran esos servicios, ¿cómo puede el consumidor comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen?

Pensamos que la respuesta dada por TJUE a la pregunta del Tribunal Supremo húngaro no es suficientemente clara. Parece que la postura del TJUE genera una buena dosis de inseguridad jurídica porque, por un lado, el profesional no tiene la obligación de listar los servicios proporcionados en contrapartida por cada comisión o retribución, pero, por otro lado, aunque no aparezca en el fallo, afirma el TJUE que el consumidor debe poder entender la naturaleza de los servicios proporcionados y debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos, deduciéndose todo ello de las cláusulas del contrato, de la publicidad y de la información previa suministrada por el profesional.

Creemos que hubiera sido más efectivo que el TJUE hubiera considerado que el profesional debe informar al consumidor –al menos de forma genérica– de los servicios que se corresponden con cada cargo o comisión que debe abonar, puesto que puede entenderse que esa información permite al consumidor evaluar las consecuencias económicas que para él tiene el contrato suscrito.

Si configuramos de una forma amplia la comprensión de las consecuencias económicas del contrato para el consumidor, puede incluirse dentro de este concepto la necesaria información sobre los servicios que se corresponden con cada comisión o retribución que ha de abonar el consumidor. Dicho de otra forma, conocer las consecuencias económicas de un contrato no es solo saber cuánto tengo que pagar y cómo lo tengo que pagar, sino también en qué concepto pago lo que estoy abonando para no pagar dos veces por el mismo concepto o para no pagar por un servicio que realmente no se me está suministrando.

En cuanto a la contestación a la segunda pregunta, el TJUE sigue en la misma línea concluyendo que la falta de identificación de los servicios concretos proporcionados como contrapartida no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio

importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, es decir, no convierte la cláusula en abusiva conforme a lo entendido como tal en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

Poco podemos añadir a lo ya dicho anteriormente, por cuanto que, desde nuestro punto de vista, la falta de identificación de los servicios que se cobra por un determinado concepto sí supone una falta de transparencia.

Otra cuestión distinta es que puede haber falta de transparencia, pero que no se produzca un desequilibrio importante con lo que no estaríamos ante una cláusula abusiva. El consumidor va a estar en una mejor posición para acreditar la naturaleza abusiva de la cláusula si el profesional está obligado a identificar los servicios concretos proporcionados como contrapartida a una determinada comisión o retribución. También lo va a estar si se parte de que la cláusula en cuestión no está redactada de forma clara y comprensible al no enumerar los servicios que comprende la comisión correspondiente como contrapartida. No es esa la postura del TJUE, por lo que el consumidor lo tendrá un poco más difícil.

Merece la pena reseñar que el Abogado General Sr. Hogan⁴⁸³ presenta un planteamiento un tanto distinto al del TJUE: considera que la ausencia de buena fe no es una condición autónoma que deba probarse además de la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, de forma que afirma que la existencia de tal desequilibrio demuestra de por sí la falta de buena fe a los efectos de la Directiva 93/13⁴⁸⁴. El Abogado General también incluye en sus conclusiones dos observaciones finales de gran utilidad⁴⁸⁵. La segunda se refiere a las implicaciones de la transmisión del riesgo de tipo de cambio del banco al consumidor.

La primera, que nos parece especialmente interesante, se refiere al hecho de que podemos estar ante una práctica comercial engañosa de la Directiva 2005/29 al haberse inducido a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre el precio o su modo de fijación, y que le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción

⁴⁸³ C-621/17. Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Gerard Hogan el 15 de mayo de 2019.

⁴⁸⁴ El Abogado General deduce que la exigencia de buena fe no requiere demostrar intención o dolo. Coincide con el TJUE en el sentido de que el hecho de que la cláusula contractual no mencione los servicios concretos prestados a cambio es, en principio, un factor que pueda llevar de por sí a la conclusión de que la cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1. Ahora bien, la propuesta del Abogado General, además de la conclusión que posteriormente recogió el TJUE en su fallo, presentaba una variante que consistía en que «si no es posible determinar los servicios prestados a cambio de la contraprestación, dicha cláusula puede ser declarada abusiva a los efectos del artículo 3, apartado 1» (conclusiones del Abogado General, apartado 69).

⁴⁸⁵ Apartados 70 a 73 de las conclusiones del Abogado General Sr. Hogan.

que de otro modo no hubiera tomado. Ello por cuanto que parece que el banco dividió el precio en tres cláusulas diferentes, en forma de intereses sobre el principal, gastos de gestión y comisión de desembolso, respectivamente, con la finalidad de permitir al banco reducir al máximo los intereses sobre el principal y poder presentar así una oferta de préstamo aparentemente más atractiva para el consumidor.

La materia es tan compleja que da lugar a múltiples debates. Por ejemplo, no se trata de que se exija un nivel de detalle excesivo al banco como dice el Abogado General, sino un nivel de detalle mínimo o simple para saber que no hay duplicidad de conceptos; tampoco se trata de adecuación del precio a los servicios prestados como sostiene el Abogado General, porque ni siquiera se sabe cuáles son los servicios prestados⁴⁸⁶. Es evidente la existencia de «aristas» en la materia analizada por el TJUE en esta sentencia por lo que confiamos que en futuras resoluciones el Tribunal de Justicia arroje más luz sobre la misma.

Joasia Luzak⁴⁸⁷ critica la paradójica falta de transparencia de la sentencia del TJUE sobre transparencia. Hace mención de esa contradicción –a la que hemos hecho referencia– entre los apartados 43 y 44 de la sentencia y la conclusión final de la misma. Así mismo, Luzak señala que no será fácil para los

⁴⁸⁶ Así, el Abogado General en su nota 16 afirma que «en el procedimiento principal, parece que lo que criticaba el Sr. Gyula Kiss no era la ausencia en el contrato de mención alguna a los servicios concretos prestados a cambio de cada cláusula relativa al precio, sino la [falta de] mención de las tareas internas que el banco debe desarrollar a resultas de la concesión del préstamo y que justificarían dichas cláusulas. Tal nivel de detalle me parece, sin embargo, excesivo, ya que la adecuación del precio a los servicios prestados o a los bienes entregados no está comprendida en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato».

No estamos de acuerdo con el enfoque del Abogado General. No se trata de que el Sr. Kiss criticase la falta de mención de las tareas internas que el banco debe desarrollar a resultas de la concesión del préstamo. Con evidente riesgo de equivocarnos puesto que el Abogado General tiene un conocimiento mucho más profundo de los detalles del asunto, nos atrevemos a decir que lo que criticaba el Sr. Kiss es que la entidad bancaria, utilizando a su favor esa falta de identificación, cobra al consumidor dos retribuciones por servicios que son los mismos. Los gastos de gestión son los que son y todos los entendemos –los medios que dedica el banco para que el préstamo sea operativo–, pero la comisión de desembolso es un concepto vacío, que puede ser cualquier cosa y que es «ideado» por el banco para poder percibir otra retribución por esa vía.

La única forma de poder saber si es así es que ambos conceptos estuvieran plenamente identificados. Lo que criticaba el sr. Kiss es que al no identificarse en el contrato los servicios que comprendían los gastos de gestión y los que comprendía la comisión de desembolso el consumidor se encuentra en situación de indefensión y el banco, *a posteriori*, como así sucede en el asunto, puede «fabricar» según le convenga los servicios inherentes a cada retribución. Según se desprende del apartado 16 de la sentencia *Kiss* y *CIB Bank* la entidad bancaria defendió en el pleito principal que la comisión de desembolso se refería a los trámites llevados a cabo antes de la celebración del contrato, mientras que los gastos de gestión constituían la contrapartida de los trámites realizados tras la celebración de dicho contrato.

⁴⁸⁷ LUZAK, J. A., «Half-baked transparency rules in Kiss and CIB Bank (C-621/17)», *Recent developments in European Consumer Law*, 3/10/2019. Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2019/10/half-baked-transparency-rules-in-kiss.html>

consumidores reclamar que ha existido abusividad por parte de los profesionales por no haber recibido información sobre la lista de servicios por los que han debido abonar un cargo. En primer lugar, tendrían que poder probar la falta de transparencia, que el prestamista puede rebatir afirmando que los consumidores deberían haber podido deducir qué servicios han sido comprendidos razonablemente por una comisión o cargo; en segundo lugar, tendrían que poder probar que la falta de especificidad de estos servicios les causó un desequilibrio importante, algo de lo que el TJUE no parece estar convencido que ha sucedido en el caso controvertido, ya que la situación jurídica del consumidor no pareció deteriorarse (apartado 55).

Caso 30. *Profi Credit Polska (contra QJ)*⁴⁸⁸: Cláusulas que determinan gastos de apertura, comisiones y demás costes del crédito no correspondientes a intereses: no están comprendidas en la excepción prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 cuando esas cláusulas no especifican ni la naturaleza de esos gastos ni los servicios que pretenden retribuir y están formuladas de tal modo que crean confusión en el consumidor, extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente; puede haber desequilibrio importante aunque los costes se sitúen por debajo de un límite máximo legal.

Hechos. Estas peticiones se han presentado en el contexto de tres litigios entre, Profi Credit Polska SA y el consumidor QJ –el primero–, la entidad de crédito BW y el consumidor DR –el segundo– y, finalmente, entre la entidad de crédito QL y el consumidor CG –el tercer litigio–, en relación con la reclamación a los consumidores por parte de las entidades de crédito del reembolso de cantidades correspondientes a contratos de crédito al consumo⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2020, Profi Credit Polska SA contra QJ (C-84/19), y entre BW contra DR (C-222/19), y entre QL contra CG (C-252/19), Peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Szczecin (C-84/19) y por el Tribunal de Distrito de Opatów (C-222/19) y (C-252/19), ambos de Polonia. EU: C:2020:631. El Abogado General Sr. Gerard Hogan presentó sus conclusiones el 2 de abril de 2020.

⁴⁸⁹ En septiembre de 2016, Profi Credit Polska concedió, a través de un intermediario, un crédito al consumo a QJ. El contrato tenía por objeto una cantidad de 9.000 zlotis polacos (PLN) (aproximadamente 2.090 euros), cuyo reembolso debía escalonarse durante un período de 36 meses. El citado contrato preveía un tipo de interés anual del 9,83 %, unos gastos de apertura por un importe de 129 PLN (aproximadamente 30 euros), una comisión de 7.771 PLN (aproximadamente 1.804 euros) y una cantidad de 1.100 PLN (aproximadamente 255 euros) en concepto de un producto financiero denominado «Tu Paquete – Paquete Extra». Profi Credit Polska solicitó al órgano jurisdiccional remitente, Tribunal de Distrito de Szczecin, una orden conminatoria de pago basada en un pagaré emitido por QJ. Ese órgano jurisdiccional dictó una sentencia en rebeldía, contra la cual QJ formuló oposición, en cuyo marco alegó el carácter abusivo de las disposiciones del contrato de préstamo. A través de dicha oposición se impugnan

Nos limitaremos reflejar y comentar las cuestiones referidas a la interpretación de la Directiva 93/13.

Mediante la primera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-84/19, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que queda excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva una cláusula contractual que establece el coste del crédito sin intereses de acuerdo con el límite superior máximo establecido por la legislación nacional sobre crédito al consumo, cuando dicha legislación disponga que los costes del crédito sin intereses no son pagaderos con respecto a la parte que supere ese límite superior o el importe total del crédito⁴⁹⁰.

Mediante las cuestiones prejudiciales segunda y tercera planteadas en el asunto C-84/19, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de crédito al consumo que ponen a cargo del consumidor gastos distintos del pago de los intereses contractuales están comprendidas en la excepción prevista en esa disposición cuando esas cláusulas no especifican ni la naturaleza de esos gastos ni los servicios que pretenden retribuir.

diferentes conceptos como «los gastos de apertura» y «comisión». El juez remitente tiene dudas en cuanto a la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas del contrato, así como respecto a la posible falta de transparencia.

En cuanto al asunto C-222/19, en marzo de 2018, BW y DR celebraron un contrato de crédito al consumo por un importe total de 9.225 PLN (aproximadamente 2.148 euros) y una duración de dos años, reembolsable en 24 mensualidades. Ese contrato estaba garantizado por un pagaré, firmado en blanco por DR. Esa cantidad estaba compuesta por un importe en capital de aproximadamente 1.048 euros, por intereses remuneratorios contractuales por un importe de aproximadamente 210 euros, por gastos de concesión del préstamo de aproximadamente 262 euros y por gastos de gestión del préstamo por toda la duración de este de aproximadamente 628 euros. DR recibió el importe correspondiente al préstamo y efectuó pagos por valor de 445 euros, que se tuvieron en cuenta en deducción de las cantidades adeudadas en concepto del reembolso del capital y de los intereses contractuales de demora del préstamo. Tras el impago de DR, BW presentó ante el Tribunal de Distrito de Opatow una solicitud de orden cominatoria de pago basada en el pagaré en blanco previamente firmado por DR. En el marco del procedimiento se discute sobre diferentes aspectos del crédito, entre ellos, los gastos de celebración y gestión del contrato. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de la compatibilidad con la Directiva 93/13 de una disposición de Derecho nacional que establece el coste total del crédito no correspondiente a intereses. El tercer asunto se refiere a un contrato de crédito al consumo celebrado en agosto de 2016, entre la entidad bancaria QL y el consumidor CG por un importe total de 10.764 PLN (aproximadamente 2.474 euros), incluidos intereses al 9,81 % anual, y una duración de tres años, reembolsable en 36 mensualidades. La tasa equivalente del crédito ascendía al 77,77 %. En garantía del reembolso del crédito, CG firmó un pagaré en blanco. La entidad bancaria formuló un procedimiento monitorio tras el impago de parte de la deuda y también surgen dudas sobre la compatibilidad de la disposición nacional con el Derecho de la Unión, en este caso con la Directiva 208/48.

⁴⁹⁰ Es nuestra traducción de la versión en lengua inglesa del apartado 25 de la sentencia ya que la versión en lengua española nos ha resultado ininteligible.

El TJUE reformula por dos veces la cuestión prejudicial formulada en el asunto C-222/19. Así, lleva a cabo una primera reformulación (apdo. 87) y aclara que la Directiva no tiene como finalidad instaurar un control de las disposiciones nacionales por lo que respecta a su carácter potencialmente desventajoso para el consumidor, sino únicamente un control de las cláusulas que figuran en contratos con los consumidores que no han sido objeto de negociación individual. Tras ello, el TJUE procede a una nueva reformulación «para responder útilmente al órgano jurisdiccional remitente» y considera que lo que se pretende dilucidar es si el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que no ha sido objeto de una negociación individual y que pone a cargo del consumidor costes del crédito no correspondientes a intereses que incluyen costes de la actividad económica del prestamista, por debajo de un límite máximo legal, puede considerarse abusiva, en el sentido de dicha disposición.

Doctrina. Para responder a la pregunta relativa a si la cláusula que establece el coste del crédito sin intereses está fuera del ámbito de la Directiva 93/13 por aplicación del 1.2 de la misma, el TJUE se limita a recordar lo ya dicho en la sentencia de 26 de marzo de 2020, *Mikrokasa y Revenue* (C-779/18, EU: C:2020:236), dado que dicha sentencia tenía por objeto, en particular, el artículo 36a de la Ley sobre el Crédito al Consumo polaca. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró, sin perjuicio de las comprobaciones que el órgano jurisdiccional remitente debía efectuar en ese asunto, que una disposición nacional como el artículo 36a de la Ley sobre el Crédito al Consumo no parece determinar, en sí misma, los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, sino que se limita a restringir su libertad para fijar el coste del crédito no correspondiente a intereses por encima de un determinado nivel, sin impedir en modo alguno que el juez nacional controle el posible carácter abusivo del coste fijado, incluso cuando resulte inferior al límite máximo legal. El TJUE traslada esas conclusiones al asunto enjuiciado al tratarse de la misma disposición nacional. Así pues, la circunstancia de que, en virtud del artículo 36a de la Ley sobre el Crédito al Consumo, los costes del crédito no correspondientes a intereses no se adeuden por la parte que exceda del límite máximo legal o del importe total del crédito no conduce a excluir la citada cláusula contractual del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Por todo ello, el TJUE responde la pregunta declarando que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no queda excluida del ámbito de aplicación de esa Directiva una cláusula contractual que establece el coste del crédito no correspondiente a intereses con arreglo al límite máximo contemplado por una normativa

nacional relativa al crédito al consumo cuando esa normativa prevé que los costes del crédito no correspondientes a intereses no son adeudados por la parte que excede de ese límite máximo o del importe total del crédito.

Con respecto a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera planteadas en el asunto C-84/19, el TJUE se refiere al concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 haciendo mención a que describe las prestaciones esenciales de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor y que las caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. Añade el TJUE que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48. De ese modo, el hecho de que distintos tipos de gastos o una «comisión» estén comprendidos en el coste total de un crédito al consumo no resulta determinante a efectos de establecer que esos gastos están incluidos en las prestaciones esenciales del contrato de crédito. Deteniéndose en el asunto enjuiciado, el TJUE señala que las cláusulas contractuales que, según el órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-84/19, no fueron objeto de una negociación individual se refieren a pagos adeudados por el consumidor distintos del reembolso del principal y de los intereses del préstamo. En efecto, se trata en particular de cláusulas que se refieren a un servicio adicional denominado «Tu Paquete-Paquete Extra», a una comisión y a gastos de apertura. El TJUE parece advertir al juzgado remitente de que pueden tratarse de cláusulas de carácter accesorio, si bien corresponde a dicho juzgado su apreciación como tales. En ese sentido, afirma que corresponde al órgano jurisdiccional remitente en este asunto apreciar, habida cuenta de la naturaleza, las estipulaciones y el sistema general del contrato de crédito de que se trata en el litigio principal y del contexto fáctico y jurídico en el que se inscribe aquel, si las cláusulas en cuestión se refieren a prestaciones que constituyen un elemento esencial de ese contrato, y más concretamente a la obligación del deudor de reembolsar el importe que el prestamista ha puesto a su disposición. Dicho ello, el TJUE pasa a abordar la cuestión de la transparencia. Así, afirma que el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la «comisión» o los «gastos de apertura». No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados

pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen.

Descendiendo al asunto principal, señala que, sin perjuicio de las comprobaciones del órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-84/19, por lo que respecta a los gastos titulados «gastos de apertura» y «comisión», QJ podía, legítimamente, albergar dudas por lo que respecta tanto a las prestaciones que se pretendía retribuir con esos gastos como a un eventual solapamiento entre estos. En efecto, por un lado, el contrato incluía dos cláusulas que preveían gastos administrativos, denominadas respectivamente «gastos de apertura» y «comisión», que sugieren ambas que se trata de cantidades que deben abonarse para la concesión del crédito. A ello añade el TJUE que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si una partida de gastos titulada «comisión» podía sugerir, según su acepción habitual en Derecho polaco, que se trataba de la remuneración de un intermediario de crédito, como el que intervino durante la celebración del contrato suscrito por QJ, y si, en dicha situación, el consumidor no estaba en condiciones, en contra de lo que prevé el artículo 21, letra b), de la Directiva 2008/48, de evaluar si remuneraba los servicios del profesional con el que celebró el contrato o los del intermediario. Afirmar el TJUE que, en esas circunstancias, no se garantiza que el consumidor tenga una comprensión global de sus obligaciones de pago y de las consecuencias económicas de las cláusulas que prevén esos gastos.

El TJUE pasa a analizar el control de «la adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», haciendo constar la interpretación estricta que del mismo ha hecho el Tribunal de Justicia. También observa el TJUE que por lo que respecta a la apreciación de la «adecuación» de las cláusulas contractuales de que se trata en el asunto C-84/19, es decir, de la relación entre los pagos requeridos y la prestación a la que corresponden, de la resolución de remisión se desprende que las citadas cláusulas no precisaban a qué prestación se referían los gastos denominados «gastos de apertura» y «comisión». Todo ello es complementado por el TJUE con una apreciación sobre la legislación polaca que prevé una protección más elevada para el consumidor. Así, afirma el TJUE que el órgano jurisdiccional remitente indica que el texto del artículo 3851, apartado 1, del Código Civil, que transpuso en Derecho polaco la excepción relativa a la verificación de la adecuación del precio y de su contrapartida, establecida por el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, solo se refiere a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y que como señaló, en

esencia, el Abogado General⁴⁹¹ en el punto 62 de sus conclusiones, en la medida en que el artículo 3851, apartado 1, del Código Civil, que transpuso en Derecho polaco el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, confiere un alcance más estricto a la excepción establecida por esa disposición de Derecho de la Unión, garantizando un mayor nivel de protección al consumidor, extremo este que corresponde no obstante verificar al órgano jurisdiccional remitente, dicho artículo del Código Civil permite un control más amplio del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de esa Directiva.

Por todo ello, concluye el TJUE que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de crédito al consumo que ponen a cargo del consumidor gastos distintos del reembolso del principal y de los intereses del préstamo no están comprendidas en la excepción prevista en dicha disposición cuando esas cláusulas no especifican ni la naturaleza de esos gastos ni los servicios que pretenden retribuir y están formuladas de tal modo que crean confusión en el consumidor en cuanto a sus obligaciones y a las consecuencias económicas de esas cláusulas, extremo este que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente.

En cuanto a la cuestión prejudicial del asunto C-222/19, el TJUE comienza recordando las premisas clásicas referidas a que lo que le corresponde es la interpretación del concepto de cláusula abusiva y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, incumbiendo al juez nacional pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de la cláusula contractual, por lo que en el asunto de autos se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones. Recuerda el TJUE en relación al concepto de desequilibrio importante que no se limita a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa, sino que puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. El TJUE ha indicado a los jueces nacionales que comprueben si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor,

⁴⁹¹ Asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19. Conclusiones del Abogado General Sr. Gerard Hogan presentadas el 2 de abril de 2020.

este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación. Descendiendo al asunto enjuiciado, señala el TJUE que de la resolución de remisión se desprende que, en virtud del Derecho nacional, en los costes relacionados con la concesión del crédito, ya están incluidos los relacionados con la actividad económica del profesional. De ese modo, el coste del crédito no correspondiente a intereses para el consumidor, que, en virtud de la normativa nacional, tiene un límite máximo, podría no obstante dar lugar a un desequilibrio importante en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque se fije por debajo de ese límite máximo, si los servicios que constituyen la contrapartida no estuvieran comprendidos razonablemente entre las prestaciones efectuadas en el marco de la celebración o de la gestión del contrato de crédito, o si los importes puestos a cargo del consumidor en concepto de gastos de concesión y de gestión de préstamo resultaran claramente desproporcionados en relación con el importe del préstamo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente tener en cuenta, a este respecto, el efecto de las demás cláusulas contractuales para determinar si dichas cláusulas causan un desequilibrio importante en detrimento del prestatario. Una vez resuelta la cuestión, el TJUE decide añadir el aspecto relativo a la exigencia de transparencia y afirma que, habida cuenta de la exigencia de transparencia que se desprende del artículo 5 de la Directiva 93/13, no puede considerarse que el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera transparente con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación. Finalmente, concluye que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual relativa a costes del crédito no correspondientes a intereses, que establece esos costes por debajo de un límite máximo legal y que repercute, en el consumidor, costes de la actividad económica del prestamista, puede crear un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor cuando pone a cargo de este gastos desproporcionados respecto de las prestaciones y del importe de préstamo recibidos, extremo este que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Comentarios. En la cuestión relativa a la interpretación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 el juzgado pregunta por algo que ya estaba resuelto en *Mikrokasa*. El hecho de que haya una disposición nacional que fije determinados límites relativos a los costes que no son intereses no implica que la cláusula de un préstamo concreto que determine esos costes esté fuera del ámbito de la Directiva por respetar la limitación nacional, ya que esa cláusula puede ser

abusiva por otros motivos. Esta premisa puede extenderse a cualquier aspecto de la protección de consumidores. Además, la exclusión del artículo 1.2 debe ser interpretada restrictivamente.

Es interesante ver la mecánica adoptada por el TJUE en cuanto a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera planteadas en el asunto C-84/19. El TJUE trata de centrar la cuestión a la vista de que el juzgado remitente efectúa un planteamiento en el que parece confundir diferentes aspectos. Me explico: según se puede interpretar, el órgano remitente viene a preguntarle al TJUE si en el caso de que las cláusulas relativas a gastos y comisiones estén redactadas de manera clara y comprensible estarían excluidas de ser objeto de apreciación en cuanto a su naturaleza abusiva por aplicación de la exclusión del artículo 4.2. Evidentemente, ese planteamiento es erróneo. El TJUE tiene que rectificar dicho planteamiento del juzgado remitente y le viene a decir que, primero, hay que examinar si las cláusulas controvertidas se refieren al objeto principal del contrato o (más bien) se refieren a aspectos accesorios. Lógicamente, si se refieren a aspectos accesorios no hay exclusión del artículo 4.2 y el juzgado puede apreciar directamente si son abusivas o no teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la falta de transparencia. Corresponde al juzgado nacional la decisión sobre si las cláusulas se refieren al objeto principal o no, si bien el TJUE le facilita una serie de indicaciones.

No obstante, las siguientes consideraciones efectuadas al respecto por el TJUE resultan un tanto sorprendentes porque prácticamente viene a afirmar que las cláusulas no están comprendidas en la excepción del 4.2 motivando dicha conclusión en el hecho de que esas cláusulas no especifican ni la naturaleza de esos gastos ni los servicios que pretenden retribuir y están formuladas de tal modo que crean confusión en el consumidor en cuanto a sus obligaciones y a las consecuencias económicas de esas cláusulas, añadiendo que incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar esos extremos. Nos asombran esas afirmaciones porque entendemos que la confusión creada al consumidor genera una falta de transparencia, pero no parece que ello tenga como consecuencia que las cláusulas no forman parte del objeto principal o no se refieren a la adecuación entre precio y servicio o producto suministrado. A nuestro modo de ver, son cuestiones diferentes. Es decir, tanto la falta de especificación de la naturaleza de los gastos y servicios que pretenden retribuir como una formulación que crea confusión en el consumidor en cuanto a sus obligaciones y consecuencias económicas se refieren al inciso final del artículo 4.2 («siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), pero anteriormente hay que evaluar si las cláusulas controvertidas se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y

servicio en contraprestación. Parece que el orden lógico sería comprobar primero si entran dentro de la exclusión y, después, si la exclusión deja de operar por falta de transparencia.

Habremos de estar pendientes de nuevas resoluciones del Tribunal de Justicia al respecto para comprobar las razones en las que justifica el TJUE esa vinculación.

En cuanto a la última cuestión resuelta, el TJUE sigue un proceso lógico al afirmar que la cláusula sobre costes del crédito no correspondientes a intereses puede crear un desequilibrio importante, aunque no sobrepase el límite legal, en la medida en que repercute en el consumidor costes de la actividad económica del prestamista, poniendo a cargo del consumidor gastos desproporcionados respecto de las prestaciones y del importe de préstamo recibidos. A pesar de que en su declaración final no alude a la falta de transparencia sí lo hace anteriormente afirmando que no puede considerarse que el profesional podía estimar razonablemente que tratando de manera transparente con el consumidor este aceptaría esa cláusula. Desde nuestro punto de vista, la falta de transparencia constituye un aspecto muy significativo a tener en cuenta para apreciar el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, encontrándose íntimamente vinculada a la contravención de las exigencias de la buena fe. Esa falta de transparencia se añadiría a otros aspectos como la desproporción de los costes y su elevada cuantía (la tasa anual equivalente era del 119,42 %, remuneración abonada a un intermediario financiero cargada al consumidor, costes de los trabajadores encargados de conceder el préstamo, etc.).

Caso 31. *BNP Paribas Personal Finance (contra VE)*⁴⁹²: Indicaciones relativas a la exigencia de transparencia y a la eventual naturaleza abusiva de cláusulas que estipulan que los pagos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén la prolongación de la duración del contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales en el marco de un contrato de préstamo indexado en moneda extranjera (moneda de cuenta, el franco suizo y moneda de pago, el euro).

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por la entidad BNP Paribas Personal Finance SA contra el consumidor VE, habiendo declarado dicha entidad el vencimiento anticipado del préstamo

⁴⁹² Asunto C-609/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de junio de 2021. BNP Paribas Personal Finance SA contra VE. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Lagny-sur-Marne, Francia. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott a la que le fue asignado. EU: C:2021:469.

y habiendo ordenado el juez de la ejecución la venta forzosa del inmueble concernido. El conflicto gira en torno al carácter supuestamente abusivo de las cláusulas que figuran en el contrato de préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera celebrado entre estas dos partes en el litigio principal en las que se estipula, en particular, que los reembolsos a plazos fijos del préstamo se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén, a fin de pagar el saldo pendiente, la prolongación de la duración de dicho contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales⁴⁹³.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos de esta disposición, comprende las cláusulas del contrato de préstamo que estipulan que los reembolsos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén, a fin de pagar el saldo pendiente, la prolongación de la duración de dicho contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales.

⁴⁹³ Mediante escritura pública de 10 de marzo de 2009, VE y su esposa adquirieron un bien inmueble y suscribieron a tal efecto con BNP Paribas Personal Finance un contrato de préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera –más propiamente, indexado a moneda extranjera– y conocido como «Helvet Immo». La moneda de cuenta era el franco suizo y la moneda de pago el euro. El contrato establecía la suscripción de un préstamo al tipo del 4,95 %, reembolsable, en principio, en 276 plazos fijos, denominado en francos suizos y reembolsable en euros. En la fecha de celebración del contrato, el importe de dicho préstamo ascendía a 143.421,53 euros, es decir, a 216.566,51 francos suizos. El contrato establecía el reembolso de las cuotas mensuales en plazos fijos en euros y su conversión en francos suizos a fin de contribuir al pago de los intereses y a la amortización del capital. Los gastos asociados al crédito, como el seguro, se facturaban en euros. Más concretamente, el contrato controvertido en el litigio principal contenía unas cláusulas contractuales según las cuales:

- La duración del crédito se prorrogaría cinco años y los plazos previstos en euros se imputarían prioritariamente a los intereses si la evolución de las paridades aumentara el coste del crédito para el prestatario.
- Si el mantenimiento del importe de los pagos en euros no permitiera abonar la totalidad del saldo pendiente durante el período residual inicial incrementado en cinco años, se aumentaría el importe de las cuotas mensuales.

A raíz de cuotas mensuales impagadas, se declaró el vencimiento anticipado y en enero de 2015 el juez de ejecución del Tribunal de Primera Instancia de Libourne ordenó la venta forzosa del bien inmueble de que se trata. Mediante escrito de 12 de enero de 2017, BNP Paribas Personal Finance solicitó al tribunal remitente que autorizase el embargo del salario de VE. Dicha entidad bancaria solicitó, en concreto, que se autorizase el embargo del salario de VE por la cantidad de 234.182,61 euros, es decir, 185.695,26 euros en concepto de principal y 48.487,35 euros en concepto de intereses, gastos y accesorios. El consumidor se opuso alegando la naturaleza abusiva de determinadas cláusulas y solicitó que se declarase la nulidad de dicho contrato y que se desestimase la solicitud de la entidad bancaria relativa al embargo de su salario. Con carácter subsidiario, sostuvo que el importe del crédito debe reducirse en atención al carácter abusivo de la cláusula implícita de indexación, las cláusulas relativas a la moneda de cuenta y la moneda de pago, la cláusula de amortización y la cláusula de opción de compra contenidas en dicho contrato, así como la falta de indicación, en ese mismo contrato, de un «riesgo de tipo de cambio». El tribunal remitente se plantea una serie de dudas de interpretación del Derecho de la Unión, relativas entre otros aspectos, al concepto de transparencia, la información que debe transmitirse a un prestatario y la apreciación de la buena fe del profesional a la luz de su experiencia en cuanto al análisis de determinadas evoluciones previsibles.

Mediante las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, que fueron examinadas conjuntamente por el TJUE antes que la segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, la exigencia de transparencia de las cláusulas de ese contrato que estipulan que los pagos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén, a fin de pagar el saldo pendiente, la prolongación de la duración de dicho contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales se cumple cuando el profesional ha facilitado al consumidor información objetiva y neutra relativa a la incidencia, sobre las obligaciones financieras de dicho consumidor, de la eventual apreciación o depreciación del euro respecto de esa divisa, sin que dicho profesional haya comunicado, no obstante, al consumidor información sobre el contexto económico que puede repercutir en las variaciones de los tipos de cambio.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo que estipulan que los pagos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén, a fin de pagar el saldo pendiente —el cual puede aumentar notablemente como consecuencia de las fluctuaciones del tipo de cambio entre la moneda de cuenta y la moneda de pago—, la prolongación de la duración de dicho contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, toda vez que dichas cláusulas exponen al consumidor a un riesgo de tipo de cambio desproporcionado.

Doctrina. Con respecto a la primera cuestión, el TJUE se refiere inicialmente a la alegación efectuada por la entidad bancaria en el sentido de que en virtud del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 la cláusula según la cual los pagos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses no está sometida a las disposiciones de esa Directiva por reflejar las disposiciones del artículo 1343-1 del Código Civil francés y se aplica a las partes por defecto, es decir, a falta de otro acuerdo entre ellas. El TJUE se limita a recordar su jurisprudencia con arreglo a la cual corresponde al tribunal remitente comprobar, con carácter prioritario, si la cláusula que estipula que los pagos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 en virtud del artículo 1.2 de esta, antes de examinar la incidencia de la excepción a la apreciación del carácter abusivo de cláusulas contractuales prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

Ya centrado en el artículo 4.2 el TJUE recuerda que, al recoger una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas, esa disposición ha de ser interpretada de forma estricta. El TJUE parte de que el artículo 4.2 no puede aplicarse a cláusulas que se limitan a determinar, a efectos del cálculo de las cuotas de devolución, el tipo de conversión de la divisa en la que está denominado el contrato de préstamo, sin que, no obstante, el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo, y que no establecen, por tanto, ninguna «retribución» cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no puede ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

Por otro lado, también tiene declarado que las cláusulas contractuales relativas al riesgo de tipo de cambio definen el objeto principal del contrato. Descendiendo al asunto principal, declara el TJUE que las cláusulas del contrato de préstamo controvertido en el litigio principal, que forman parte de un mecanismo de conversión de divisas, conducen a que el riesgo de tipo de cambio se integre en las cuotas mensuales abonadas por el prestatario. Las cláusulas a las que se refiere la primera cuestión prejudicial versan sobre las reglas de imputación de los pagos a los intereses, el funcionamiento de las cuentas en francos suizos (moneda de cuenta) y en euros (moneda de pago) y la ampliación del plazo de amortización del préstamo por un período de cinco años.

A ello añade el TJUE que, si bien las cláusulas contractuales a las que se refiere la primera cuestión prejudicial forman parte del mecanismo financiero que expresa el riesgo de tipo de cambio que caracteriza a un préstamo denominado en moneda extranjera y reembolsable en moneda nacional, no se refieren directamente al importe prestado o a los intereses del préstamo que deben devolverse, ni a la fijación de las monedas de cuenta y de pago. En efecto, dichas cláusulas determinan las consecuencias del cambio de paridad al precisar las reglas de reembolso aplicables en función de las variaciones del tipo de cambio, de modo que podrían considerarse modalidades accesorias de pago que no forman parte del «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Sin embargo, de los elementos aportados por el tribunal remitente se desprende que las cláusulas relativas a las condiciones de reembolso del préstamo controvertido en el litigio principal materializan el riesgo de tipo de cambio derivado de las variaciones de la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago, así como el tipo de interés asociado, que caracteriza a dicho préstamo.

Una vez presentadas todas esas indicaciones, señala el TJUE que corresponde al tribunal remitente apreciar, teniendo en cuenta los criterios establecidos en los apartados mencionados anteriormente, si las cláusulas del contrato controvertido en el litigio principal, que estipulan que los reembolsos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén, a fin de pagar el saldo pendiente, la prolongación de la duración de dicho contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales, y que materializan así el riesgo de tipo de cambio, se refieren a la propia naturaleza de la obligación del deudor de reembolsar el importe puesto a su disposición por el prestamista.

Por todo ello, concluye el TJUE que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas del contrato de préstamo que estipulan que los reembolsos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén, a fin de pagar el saldo pendiente, la prolongación de la duración de dicho contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha disposición en el supuesto de que tales cláusulas determinen un elemento esencial que caracterice dicho contrato⁴⁹⁴.

Por lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, tras repasar las premisas clásicas concernientes a la transparencia, el TJUE señala que ello implica, en particular, que el contrato debe exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito en otras cláusulas, de manera tal que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Observa el Tribunal de Justicia que el tribunal remitente debe examinar si se ha cumplido la exigencia de transparencia, en el caso de autos, atendiendo a todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas, en el marco de la negociación del contrato de préstamo controvertido en el litigio principal, no solo por el propio prestamista, sino también por cualquier otra persona que haya participado, en nombre de ese profesional, en la comercialización del préstamo de que se trata. Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato de préstamo, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste

⁴⁹⁴ *Ibid.*, apdos. 21 a 39.

total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas de dicho contrato están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.

Tras examinar algunas circunstancias de aplicación en relación con el riesgo de tipo de cambio en los contratos denominados en moneda extranjera, el TJUE llega a tres consideraciones que resultan clave.

En primer lugar, señala el TJUE que en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera que expone al consumidor a un riesgo de tipo de cambio, no cumple la exigencia de transparencia la comunicación a ese consumidor de información, aunque sea abundante, si esta se basa en el supuesto de que la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago permanecerá estable durante toda la vida de dicho contrato. Así sucede, en particular, cuando el profesional no advierte al consumidor del contexto económico que puede repercutir en las variaciones de los tipos de cambio, de modo que el consumidor no está en condiciones de comprender concretamente las consecuencias potencialmente gravosas sobre su situación financiera que pueden derivarse de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera.

En segundo lugar, también figura entre los elementos pertinentes, a efectos de la apreciación del coste total del préstamo, el lenguaje utilizado por la entidad financiera en los documentos precontractuales y contractuales. En particular, la ausencia de términos o explicaciones que adviertan expresamente al prestatario de la existencia de riesgos específicos asociados a los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera puede confirmar que no se cumple la exigencia de transparencia, tal como resulta, en particular, del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

En tercer y último lugar, el TJUE recuerda que la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial, sobre el que debatieron en la vista ante el Tribunal de Justicia las partes en el litigio principal, puede constituir asimismo un elemento, entre otros, en el que el juez nacional puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. No obstante, dicho elemento no determina automáticamente y por sí solo el incumplimiento de la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, aspecto que debe examinarse en función de todas las circunstancias propias del caso concreto⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, apdos. 53 a 56.

De esta forma, el TJUE concluye que procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, la exigencia de transparencia de las cláusulas de ese contrato que estipulan que los pagos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén, a fin de pagar el saldo pendiente, la prolongación de la duración del referido contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales se cumple cuando el profesional ha facilitado al consumidor información suficiente y exacta que permite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, comprender el funcionamiento concreto del mecanismo financiero en cuestión y valorar así el riesgo de las consecuencias económicas negativas, potencialmente significativas, de tales cláusulas sobre sus obligaciones financieras durante toda la vida de dicho contrato ⁴⁹⁶.

En cuanto a la segunda cuestión, relativa a la calificación como abusivas de las cláusulas controvertidas, inicialmente, el TJUE presenta algunas premisas clásicas sobre ese tema, entre las que podemos citar la referente a que la transparencia de una cláusula contractual exigida en el artículo 5 de la Directiva 93/13 constituye uno de los elementos que debe tener en cuenta el juez nacional para apreciar si la cláusula es abusiva o no lo es. Es decir, la falta de transparencia no conlleva automáticamente la naturaleza abusiva.

A continuación, descendiendo al asunto enjuiciado, el TJUE indica el efecto de las cláusulas controvertidas, que es hacer recaer sobre el consumidor el riesgo del tipo de cambio en caso de depreciación importante de la moneda nacional respecto a la moneda extranjera. Como sabemos las cláusulas se refieren a que los pagos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y prevén, a fin de pagar el saldo pendiente —que puede aumentar por las fluctuaciones entre moneda de cuenta y moneda de pago—, la prolongación de la duración del contrato y el aumento de las cuotas mensuales.

El TJUE observa que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, como el controvertido en el litigio principal, el juez nacional debe apreciar —atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera—, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de

⁴⁹⁶ *Ibid.*, apdo. 57.

buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un eventual desequilibrio importante en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Por lo que se refiere a la exigencia de buena fe, señala el TJUE que, como se desprende del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, en el marco de esta apreciación, debe tenerse en cuenta, en particular, la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes y si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula de que se trate.

Por lo que respecta a la cuestión de si una cláusula causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en cuestión, considera el TJUE que el juez nacional debe verificar si el profesional podía razonablemente estimar que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

En base a ello, sostiene el TJUE que para apreciar si las cláusulas de un contrato, como las controvertidas en el litigio principal, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato de préstamo que contiene esas cláusulas, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias de las que el prestamista profesional podía tener conocimiento en el momento de la celebración de dicho contrato, habida cuenta, en particular, de su experiencia, por lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y a los riesgos inherentes a la suscripción de tal préstamo y que podían tener repercusiones sobre la ejecución ulterior del contrato y sobre la situación jurídica del consumidor.

A la vista de los conocimientos del profesional relativos al contexto económico previsible que puede repercutir en las variaciones de los tipos de cambio, los mayores medios de dicho profesional para anticipar el riesgo de tipo de cambio, que puede materializarse en cualquier momento durante la vigencia del contrato, y el riesgo considerable relativo a las variaciones de los tipos de cambio que cláusulas contractuales como las controvertidas en el litigio principal hacen recaer sobre el consumidor, considera el TJUE que tales cláusulas pueden dar lugar a un desequilibrio importante, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato de préstamo de que se trata.

Advierte el TJUE que corresponde al juez remitente efectuar las comprobaciones oportunas pero, sin perjuicio de ello, señala que parece que las cláusulas contractuales controvertidas en el litigio principal hacen recaer sobre el consumidor, en la medida en que el profesional no ha observado la exigencia de transparencia frente a ese consumidor, un riesgo desproporcionado en relación

con las prestaciones y el importe del préstamo recibidos, puesto que la aplicación de dichas cláusulas tiene como consecuencia que el consumidor debe asumir en último término el coste de la evolución de los tipos de cambio. En función de dicha evolución, ese consumidor puede encontrarse en una situación en la que, por un lado, el importe del capital pendiente de pago en la moneda de pago –euros– sea considerablemente superior a la cantidad inicialmente prestada y, por otro lado, las cuotas mensuales abonadas solo hayan cubierto casi exclusivamente los intereses.

El TJUE alude a que ello sucede, en particular, cuando ese aumento del capital pendiente de pago en moneda nacional no está equilibrado por la diferencia entre el tipo de interés de la moneda extranjera y el de la moneda nacional, debiendo precisarse que la existencia de tal diferencia constituye para el prestatario la principal ventaja de un préstamo denominado en moneda extranjera. En esas circunstancias, dada la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 5 de la Directiva 93/13, el TJUE señala que no cabe considerar que el profesional podía razonablemente estimar que, tratando de manera transparente con el consumidor, este último aceptaría unas cláusulas de ese tipo en el marco de una negociación individual, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al tribunal remitente.

Por todo ello, el TJUE concluye que procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo que estipulan que los pagos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén, a fin de pagar el saldo pendiente –el cual puede aumentar notablemente como consecuencia de las fluctuaciones del tipo de cambio entre la moneda de cuenta y la moneda de pago–, la prolongación de la duración de dicho contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales pueden causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, toda vez que el profesional no podía razonablemente estimar, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, que este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, el riesgo desproporcionado de tipo de cambio que resulta de tales cláusulas⁴⁹⁷.

Comentarios. Este asunto forma parte del conjunto de resoluciones referidas al producto Helvet Immo comercializado por la entidad francesa BNP Paribas Personal Finance. Dado que en cada asunto hay algunos matices, el

⁴⁹⁷ *Ibid.*, apdos. 63 a 71.

TJUE responde a esas circunstancias específicas, pero manteniendo contestaciones muy similares y, en algunos aspectos, idénticas. En el asunto ahora comentado el TJUE contesta con respecto a determinadas cláusulas concernientes a que los pagos a plazos fijos se imputarían prioritariamente a los intereses y prevén, a fin de pagar el saldo pendiente –que puede aumentar por las fluctuaciones entre moneda de cuenta y moneda de pago–, la prolongación de la duración del contrato y el aumento de las cuotas mensuales.

En cuanto a la cuestión relativa a si forma parte del objeto principal del contrato las cláusulas que estipulan que los reembolsos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén, a fin de pagar el saldo pendiente, la prolongación de la duración de dicho contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales, el TJUE no viene a dar indicaciones contundentes y claras, sino que concluye que formarán parte del objeto principal si determinan un elemento esencial que caracterice el contrato y, previamente, señala algunas indicaciones, pero dejando la cuestión abierta al criterio del juez remitente.

En las respuestas a las preguntas tercera y cuarta sucede algo similar con respecto a la conclusión en el sentido de que el TJUE se refiere a que para cumplir con el requisito de la transparencia el profesional ha debido facilitar al consumidor información suficiente y exacta que permite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, comprender el funcionamiento concreto del mecanismo financiero en cuestión y valorar así el riesgo de las consecuencias económicas negativas, potencialmente significativas, de tales cláusulas sobre sus obligaciones financieras durante toda la vida de dicho contrato. Como vemos, son premisas ya conocidas susceptibles de ser interpretadas en diferentes sentidos. Sin embargo, durante el desarrollo de la respuesta a esas preguntas tercera y cuarta el TJUE sí facilita criterios claros y concisos que pueden ayudar al juez remitente y, en general, a los jueces nacionales, a fin de decidir si la información facilitada era suficiente o no. En ese sentido, el TJUE se refiere a que no se cumple con el requisito de la transparencia cuando la información –incluso siendo abundante– se basa en el supuesto de que la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago permanecerá estable durante toda la vida del contrato. Es decir, la entidad bancaria debe advertir al consumidor de las consecuencias que pueden sobrevenir sobre su situación financiera en caso de variaciones de los tipos de cambio. Así mismo, alude el TJUE a la posibilidad de ausencia de términos o explicaciones que adviertan al consumidor de la existencia de riesgos específicos asociados a los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera. Una tercera idea manejada por el TJUE hace referencia a la posibilidad de que exista una

práctica comercial desleal, constituyendo ello un elemento para tener en cuenta sin que conlleve automáticamente la falta de transparencia. Es de observar que la contestación sobre la exigencia de transparencia también se desarrolla en términos prácticamente idénticos a la evacuada en las restantes cuestiones prejudiciales planteadas por otros tribunales franceses en relación con el mencionado producto Helvet Immo de la entidad BNP Paribas Finance.

Con respecto a la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas, el TJUE viene a afirmar que el profesional no ha cumplido la exigencia de transparencia («en la medida en que no ha observado la exigencia de transparencia», apdo. 69), con lo cual responde al interrogante planteado en las preguntas anteriores. También se refiere a que el aumento del capital pendiente de pago en moneda nacional no está equilibrado por la diferencia entre el tipo de interés de la moneda extranjera y el de la moneda nacional, teniendo en cuenta que la existencia de esa diferencia constituye para el prestatario la principal ventaja de un préstamo denominado en moneda extranjera. El TJUE responde a la pregunta sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas en términos muy similares a como lo hace en los otros asuntos, aludiendo a que el profesional no podía razonablemente estimar, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, que este aceptaría en el marco de una negociación individual el riesgo desproporcionado del tipo de cambio que resulta de las cláusulas controvertidas.

Caso 32. *ERSTE Bank Hungary (contra EP y otros)*⁴⁹⁸: La circunstancia de que el consumidor declare ser plenamente consciente de los riesgos potenciales derivados de la celebración de un contrato de préstamo indexado en moneda extranjera carece, en sí misma, de relevancia para apreciar si el profesional ha cumplido la exigencia de transparencia.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio iniciado el 30 de septiembre de 2016 en solicitud del sobreseimiento de ejecución forzosa en el que figuraban como parte demandante los consumidores EP, TA, FV y TB y, como parte demandada, la entidad bancaria ERSTE Bank Hungary Zrt., en relación con el carácter supuestamente abusivo de una cláusula incluida en un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, que impone la devolución del préstamo en la moneda nacional. Conviene aclarar que el

⁴⁹⁸ Asunto C-670/20. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de diciembre de 2021. EP, TA, FV, TB contra ERSTE Bank Hungary Zrt. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Ráckeve, Hungría. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott a la que le fue asignado. EU: C:2021:1002.

procedimiento de ejecución forzosa que pretendía ser sobrepagado mediante esa acción, había sido iniciado el 10 de julio de 2015 por la entidad bancaria contra los consumidores por impago del préstamo⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ Partimos del 9 de enero de 2007, fecha en la que los consumidores demandantes en el litigio principal celebraron con ERSTE Bank Hungary Zrt, mediante escritura notarial, un contrato de préstamo para la renovación de una vivienda familiar. Con arreglo a dicho contrato, el importe del préstamo quedaba denominado en francos suizos (CHF), pero el desembolso y la devolución de dicho importe debían efectuarse en forintos húngaros (HUF). En consecuencia, en cada plazo de reembolso, el banco determinaba el importe de la cuota adeudada convirtiendo en forintos húngaros el importe del reembolso que se había acordado, que se llevara a cabo en francos suizos. En el momento de la celebración del contrato de préstamo en cuestión, el banco proporcionó a los demandantes en el litigio principal una nota informativa sobre los riesgos generales asociados a una financiación denominada en moneda extranjera. La nota contenía información general sobre el riesgo del tipo de cambio, incluso sobre la incidencia sobre sus obligaciones financieras de las fluctuaciones de los tipos de cambio, de forma que los consumidores declaraban ser plenamente conscientes de los riesgos potenciales derivados de la celebración de ese contrato. El contenido literal de la nota informativa era el siguiente: «Llamamos su atención sobre el hecho de que, al optar por una financiación denominada en moneda extranjera, puede beneficiarse de las ventajas del mercado de la divisa elegida, pero también asume los riesgos del mismo. Al celebrar el contrato de préstamo, usted toma nota del hecho de que el importe de este préstamo queda registrado en el banco en la divisa elegida y de que se compromete a efectuar su devolución en la divisa que usted eligió. Dado que el tipo de cambio entre el forinto húngaro y la divisa que usted eligió en el contrato –el tipo de cambio– puede variar en función de las fluctuaciones diarias del mercado, llamamos su atención sobre el hecho de que una eventual variación o aumento desfavorable del tipo de cambio puede implicar para usted un coste adicional cuya producción efectiva y cuyo importe no pueden preverse. La ventaja de este tipo de financiación es que, cuando el tipo de cambio de la divisa en la que se denomina la financiación disminuye con respecto al forinto, el “contravalor” en forintos de la financiación se reduce; en otras palabras, hacen falta menos forintos para comprar la divisa que cubre las cuotas mensuales que sirven para la devolución del capital y de los intereses, y dicha compra le resultará entonces menos cara. Así pues, en tal caso, la carga es menor y ello puede incluso tener como consecuencia que se deba devolver una cantidad menor de la prevista sobre la base del contravalor en forintos húngaros calculado en el momento de la celebración del contrato de préstamo/crédito. En la situación inversa, cuando el tipo de cambio de la divisa en la que se denomina la financiación aumenta con respecto al forinto, el “contravalor” de la financiación se incrementa; en ese caso, se requiere una cantidad mayor de forintos para pagar las cuotas mensuales (de devolución) del capital y de los intereses, convertidas en la correspondiente divisa. Así pues, en tal caso, se requiere una cantidad mayor de forintos para devolver el crédito de divisa que se ha suscrito.

Con su firma, usted hace constar que ha sido informado claramente de los riesgos que presenta dicha financiación, que conoce los componentes del riesgo y que desea suscribir el crédito con conocimiento de causa». Según el órgano jurisdiccional remitente, la nota informativa en cuestión se inscribía en el contexto de una situación de equilibrio en materia de tipos de cambio, que prevalecía en el momento en que se celebró el contrato de préstamo controvertido. Esta nota ciertamente menciona la posibilidad de una bajada del tipo de cambio y la de una subida de ese tipo, así como las ventajas y los inconvenientes que de ello se derivan, pero no contiene información sobre el hecho de que una modificación de las condiciones macroeconómicas y de la situación del mercado monetario internacional podría dar lugar a un aumento significativo, incluso ilimitado, de las cuotas mensuales de devolución, ni sobre la circunstancia de que el tipo de cambio entre el forinto húngaro y el franco suizo podría experimentar fluctuaciones importantes, y ello con independencia de que en el pasado ese tipo fuera estable. A raíz de una modificación importante de dicho tipo, producida durante la ejecución del contrato de préstamo en cuestión, el importe de las cuotas mensuales de devolución adeudadas en virtud de dicho contrato aumentó significativamente. Dado que los demandantes en el litigio principal no pudieron cumplir su obligación de reembolso, el banco resolvió el contrato de préstamo en cuestión en 2015. El 10 de julio de 2015, a solicitud del banco, se inició un procedimiento de ejecución forzosa contra los demandantes en el litigio principal. El 30 de septiembre de 2016, estos ejercitaron ante el

El órgano jurisdiccional remitente se refiere a la sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc* y otros (C-186/16, EU: C:2017:703), señalando que, según esta, la información relativa al riesgo del tipo de cambio proporcionada por el banco debe permitir a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no solo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la moneda extranjera en la que se contrató el préstamo, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras. Dicho órgano jurisdiccional alberga dudas acerca del alcance de esta exigencia impuesta por el Tribunal de Justicia y se pregunta si de la información facilitada por el banco deben desprenderse expresamente tales consecuencias económicas. Más concretamente, se pregunta si, para cumplir dicha exigencia, basta con que, mediante la firma del contrato de préstamo, el consumidor de que se trate declare con carácter general que conoce y asume los riesgos de la operación de préstamo, habida cuenta de una posible variación del tipo de cambio, o si es necesario, además, que el banco proporcione una información expresa sobre el carácter ilimitado del riesgo asumido. Por ello, el juzgado remitente plantea cuestión prejudicial con 6 preguntas.

El TJUE refunde las preguntas del juzgado húngaro en una y considera que el órgano jurisdiccional remitente desea saber, fundamentalmente, si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se cumple la exigencia de transparencia de las cláusulas de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, que hacen recaer sobre el prestatario un riesgo del tipo de cambio, cuando el profesional ha proporcionado a este información general sobre el riesgo del tipo de cambio, incluso sobre la incidencia sobre sus obligaciones financieras de las fluctuaciones de los tipos de cambio, y ese consumidor declaró ser plenamente consciente de los riesgos potenciales derivados de la celebración de ese contrato.

órgano jurisdiccional remitente una acción solicitando el sobreseimiento de la ejecución forzosa, alegando que el contrato de préstamo en cuestión era inválido. Para fundamentar esta acción, los demandantes en el litigio principal alegan que el banco no les había facilitado información suficiente sobre los riesgos reales vinculados a la suscripción de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera. El banco alega que la información que proporcionó sobre el riesgo del tipo de cambio era suficiente, ya que la nota informativa mencionaba la posibilidad teórica de una variación del tipo de cambio. En este contexto, el banco sostiene que se puso de manifiesto la correlación existente entre la fluctuación de dicho tipo y la del importe de las cuotas mensuales de devolución. Por lo tanto, los consumidores estuvieron en condiciones de comprender que el importe de las cuotas mensuales podría aumentar de manera ilimitada, en función de la fluctuación de dicho tipo. El banco hace referencia también a la jurisprudencia de la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría), según la cual, «el hecho de que la parte demandada haya facilitado información acerca del riesgo del tipo de cambio significa por sí mismo que la parte demandante debía contar de forma realista con ese riesgo».

Doctrina. En relación con la exigencia de transparencia, recuerda el TJUE que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato, dado que, en función, principalmente, de esa información, el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional. De ello se deduce que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical, sino también debe posibilitar que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de dicha cláusula y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras. Además, la exigencia de transparencia debe interpretarse de manera extensiva. Señala el TJUE que el tribunal remitente debe examinar si se ha cumplido la exigencia de transparencia, en el caso de autos, atendiendo a todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de los contratos de préstamo objeto del litigio principal. Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato de préstamo, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Según el TJUE, es decisivo para esa apreciación si las cláusulas permiten al consumidor medio (normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) evaluar ese coste y si falta la mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.

Descendiendo al litigio principal, el TJUE se refiere a que el órgano jurisdiccional remitente señala que los demandantes, antes de la suscripción de sus préstamos, recibieron una nota informativa que contenía información general sobre el riesgo del tipo de cambio y que dicho documento –que fue firmado por los consumidores– llamaba su atención sobre el hecho de que eventuales fluctuaciones de la paridad entre el forint húngaro y el franco suizo podrían suponer un coste adicional para el prestatario, cuya producción efectiva y cuyo importe no podían preverse. Sin embargo, no se comunicó ninguna información concreta a los consumidores acerca del aumento, potencialmente ilimitado, de las cuotas mensuales de reembolso que podría provocar

una fluctuación importante de los tipos de cambio. Así, la información facilitada a los consumidores se habría basado en la hipótesis de que dicha paridad se mantuviera estable.

Alude el TJUE a que tiene declarado, con respecto a los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera, que, a efectos de la apreciación, resulta pertinente toda información facilitada por el profesional que tenga por objeto orientar al consumidor sobre el funcionamiento del mecanismo de cambio y el riesgo asociado a este, constituyendo elementos de especial importancia las precisiones relativas a los riesgos asumidos por el prestatario en caso de depreciación importante de la moneda de curso legal en el Estado miembro en el que está domiciliado y de aumento del tipo de interés extranjero. También se refiere el TJUE a la Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) –publicada en DOUE de 22 de noviembre de 2011–, con arreglo a la cual las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero. Según el TJUE, el prestatario debe estar claramente informado de que, al celebrar un contrato de préstamo denominado en una moneda extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de depreciación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Además, el profesional debe exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la celebración de ese tipo de contrato. Por tanto, para cumplir la exigencia de transparencia, la información comunicada por el profesional debe poder permitir a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no solo comprender que, en función de las variaciones del tipo de cambio, la evolución de la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago puede acarrear consecuencias desfavorables para sus obligaciones financieras, sino también comprender, en el marco de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera, el riesgo real al que se expone, durante toda la vida del contrato, en el supuesto de una depreciación importante de la moneda en la que percibe sus ingresos respecto de la moneda extranjera en la que está denominado el préstamo.

Finalmente, el TJUE se refiere a dos premisas, ya facilitadas en resoluciones anteriores. En primer lugar, que no cumple la exigencia de transparencia la comunicación al consumidor de información, aunque sea abundante, si esta se basa en el supuesto de que la paridad entre la moneda de cuenta y la

moneda de pago permanecerá estable durante toda la vida de dicho contrato. Así sucede, en particular, cuando el profesional no advierte al consumidor del contexto económico que puede repercutir en las variaciones de los tipos de cambio, de modo que el consumidor no está en condiciones de comprender concretamente las consecuencias potencialmente gravosas sobre su situación financiera que pueden derivarse de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera⁵⁰⁰.

Al hilo de esta primera premisa, el TJUE responde el punto concreto que se le había planteado en esta cuestión relativo a la declaración firmada por los consumidores. Así, declara el TJUE que, habida cuenta de la obligación de información que incumbe de este modo al profesional, una declaración del consumidor según la cual este es plenamente consciente de los riesgos potenciales derivados de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera no puede, en sí misma, ser relevante para apreciar si dicho profesional ha cumplido la mencionada exigencia de transparencia⁵⁰¹.

A continuación, el TJUE se refiere a la segunda premisa en el sentido de que entre los elementos pertinentes para llevar a cabo la apreciación figura el lenguaje utilizado por la entidad financiera en los documentos precontractuales y contractuales. En particular, la ausencia de términos o explicaciones que adviertan expresamente al prestatario de la existencia de riesgos específicos asociados a los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera puede confirmar que no se cumple la exigencia de transparencia.

De esta forma, llega el TJUE a la conclusión de que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que solo se cumple la exigencia de transparencia de las cláusulas de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, que hacen recaer sobre el prestatario un riesgo del tipo de cambio, cuando el profesional ha proporcionado a este información exacta y suficiente sobre el riesgo del tipo de cambio que permita a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, valorar el riesgo de las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tales cláusulas sobre sus obligaciones financieras durante toda la vida del contrato. A este respecto, la circunstancia de que el consumidor declare ser plenamente consciente de los riesgos potenciales derivados de la celebración de dicho contrato carece, en sí misma, de relevancia para apreciar si dicho profesional ha cumplido la mencionada exigencia de transparencia⁵⁰².

⁵⁰⁰ *Ibid.*, apdos. 21 a 31.

⁵⁰¹ *Ibid.*, apdo. 32.

⁵⁰² *Ibid.*, apdos. 33 y 34.

Comentarios. En el presente asunto, el TJUE reitera las conclusiones alcanzadas en la sentencia *BNP Paribas Personal Finance contra VB y otros* de 10 de junio de 2021 (asuntos C-776/19 a C-782/19) y añade una nueva premisa que, a nuestro juicio, es fundamental: la declaración firmada por el consumidor declarando ser plenamente consciente de los riesgos asumidos carece en sí misma de relevancia para apreciar si el profesional ha cumplido la exigencia de transparencia. Consideramos completamente lógica la conclusión del TJUE. Las declaraciones genéricas no son suficientes, aunque el consumidor declare en un documento que asume los riesgos pertinentes. Lo trascendental es que el profesional le explique esos riesgos de manera detallada y específica y ello sea comprendido por el consumidor. La mecánica de las declaraciones genéricas es muy simple. Al final del proceso de concesión de la hipoteca, el banco le dice al consumidor que tiene que firmar una declaración como un requisito más, incluso en algunos casos se trata de un texto que el consumidor tiene que copiar, escribiéndolo a mano y firmar. Como el consumidor quiere que le concedan la hipoteca, escribe el texto manuscrito y lo firma, sin reticencia alguna. Por eso es adecuada la postura del TJUE al quitarle trascendencia a esas declaraciones genéricas. Lo importante es haber recibido las informaciones con las simulaciones correspondientes ajustadas a las circunstancias pertinentes del asunto en cuestión. Eso es lo que facilitará al consumidor un conocimiento real de las consecuencias económicas del producto que va a contratar y, en base a ello, asumirá el riesgo o no, sin que sean suficientes declaraciones genéricas más o menos extensas que no implican la comprensibilidad real del consumidor sobre lo que va a contratar, en particular cuando se trata de un préstamo hipotecario que va a suponer probablemente el capítulo más importante de su economía familiar durante los siguientes veinte o veinticinco años.

Caso 33. *BNP Paribas Personal Finance (contra ZD)*⁵⁰³⁻⁵⁰⁴: Indicaciones relativas al objeto principal del contrato, a la exigencia de transparencia, a la carga de la prueba sobre el carácter claro y comprensible de las cláusulas y a la eventual naturaleza abusiva de cláusulas que estipulan

⁵⁰³ Asunto C-288/20. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de marzo de 2022. *BNP Paribas Personal Finance SA contra ZD*. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Primera Instancia de Bobigny, Francia. EU: C:2022:231. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, a la que le fue asignado.

⁵⁰⁴ El TJUE ha publicado este auto únicamente en idioma francés. La narración de hechos del asunto responde a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo. Con respecto a la doctrina del TJUE, la traducción se ha visto facilitada por el hecho de que determinados apartados reproducen el contenido de parte de la sentencia del TJUE *BNP Paribas Personal Finance contra VB y otros* de 10 de junio de 2021 (C-776/19 a C-782/19).

que el riesgo del tipo de cambio recae sobre el consumidor en el marco de un contrato de préstamo indexado en moneda extranjera (moneda de cuenta, el franco suizo y moneda de pago, el euro).

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por la entidad BNP Paribas Personal Finance contra el consumidor ZD en el que se debate sobre el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas que figuran en el contrato de préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera celebrado entre estas dos partes que prevén que el franco suizo es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y que tienen como efecto que el riesgo de tipo de cambio recae sobre el prestatario⁵⁰⁵.

El 20 de mayo de 2016, BNP Paribas notificó al demandado en el proceso principal una citación a efectos de ejecución hipotecaria, con el fin de obtener el pago de la cantidad de 190.925,44 euros en concepto de principal, intereses y accesorios. Mediante citación emitida el 1 de septiembre de 2016, el demandado fue convocado para comparecer ante el órgano jurisdiccional remitente, que es competente para ejecutar el requerimiento de pago. El demandado en el litigio principal invoca, en particular, ante el órgano jurisdiccional

⁵⁰⁵ Mediante escritura pública de 29 de junio de 2009, el demandado en el litigio principal, que tiene la cualidad de consumidor, suscribió con BNP Paribas Personal Finance un contrato de préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera (franco suizo) y conocido como «Helvet Immo» a fin de adquirir un inmueble. La moneda de cuenta era el franco suizo y la moneda de pago el euro. El contrato establecía la suscripción de un préstamo al tipo del 3,80 %, reembolsable en 244 mensualidades, denominado en francos suizos y reembolsable en euros. En la fecha de celebración del contrato, el importe de dicho préstamo ascendía a 138.740,51 euros, equivalente a 213.696,81 francos suizos.

El contrato establecía el reembolso de las cuotas mensuales en plazos fijos en euros y su conversión en francos suizos a fin de contribuir al pago de los intereses y a la amortización del capital. Con respecto a las transacciones de cambio de divisas, el contrato preveía en particular que los pagos en virtud del préstamo solo podían efectuarse en euros para su reembolso en francos suizos. Entre las operaciones de cambio a realizar, el contrato preveía la posibilidad de que el establecimiento bancario sustituyera unilateralmente el franco suizo por el euro, en caso de incumplimiento del prestatario, dando lugar a la aplicación de una tasa de cambio de 1.50%. En cuanto a la amortización del préstamo, esta dependía de la evolución de la paridad euro/franco suizo. El contrato de préstamo especificaba que, si la operación de cambio de divisas daba lugar a un importe inferior al importe de la fecha de vencimiento en francos suizos, la amortización sería más lenta y que, en caso contrario, el reembolso del préstamo sería más rápido. Además, si el importe de las cuotas no permitía pagar la totalidad del saldo durante la duración inicial del préstamo ampliada en cinco años, se incrementarían los pagos. El contrato de préstamo preveía también la posibilidad de que el prestatario optara, durante la revisión de tipos quinquenal, por una moneda de cuenta en euros, ya sea eligiendo un tipo de interés fijo en euros, o bien eligiendo un tipo de interés variable en euros. En cuanto a la información comunicada al prestatario, se anexaron al contrato dos simulaciones. La primera se refería al impacto de una subida o bajada de dos puntos en el tipo de interés que se produce en el 37.º vencimiento sobre el importe de los pagos, la duración y el coste total del crédito. La segunda, titulada «Información relativa a las operaciones de cambio de divisas que se realizarán en el marco de la gestión de su crédito», simuló las variaciones de estos elementos en caso de apreciación del euro frente al franco suizo (1 euro por 1,57175 francos suizos) y una depreciación del euro (1 euro por 1,4375 francos suizos) a contar desde la 37.ª cuota.

remite, el carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato de préstamo controvertido en el litigio principal. Por su parte, BNP Paribas alega que las pretensiones por las que el demandado sostiene el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales son extemporáneas y, en todo caso, infundadas. De la petición de decisión prejudicial se desprende que el órgano jurisdiccional remitente consideró que la acción de declaración de cláusulas abusivas no había prescrito. También se desprende de los autos que, tras una investigación judicial, en agosto de 2017, BNP Paribas fue citado ante el «tribunal correctionnel» por el cargo de prácticas comerciales engañosas.

El juzgado remitente tiene dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión y plantea cuestión prejudicial sobre diferentes aspectos.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos de esta disposición, comprende las cláusulas del contrato de préstamo que estipulan que la divisa extranjera es la moneda de cuenta y que el euro es la moneda de pago y que tienen como efecto hacer recaer el riesgo del tipo de cambio sobre el prestatario.

Mediante las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, que fueron examinadas conjuntamente por el TJUE, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, la exigencia de transparencia de las cláusulas de ese contrato que estipulan que la divisa extranjera es la moneda de cuenta y que el euro es la moneda de pago y que tienen como efecto hacer recaer el riesgo del tipo de cambio sobre el prestatario se cumple cuando el profesional ha facilitado al consumidor informaciones relativas a la incidencia sobre las obligaciones financieras de este consumidor de la eventual apreciación o depreciación del euro respecto de esa divisa extranjera en la que el préstamo ha sido denominado.

Mediante las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, que son examinadas conjuntamente por el TJUE, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la carga de la prueba del carácter claro y comprensible de una cláusula contractual, a efectos del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, recaiga sobre el consumidor y si lo mismo cabe decir por lo que se refiere a la transmisión de la información contenida en documentos relativos a las técnicas de venta empleadas por el profesional o por otra persona que haya participado, en nombre de ese profesional, en la comercialización de los préstamos en cuestión.

Mediante la cuestión prejudicial sexta, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato toda vez que, por un lado, el profesional dispone de mayores medios que el consumidor para anticipar el riesgo de tipo de cambio y, por otro lado, el riesgo soportado por dicho profesional está limitado, mientras que el soportado por el consumidor no lo está.

Doctrina. Con respecto a la cuestión primera referida a si constituyen objeto principal del contrato las cláusulas del contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago, observa el TJUE que el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesorio de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, constituyendo así un elemento esencial de un contrato de préstamo.

El hecho de que las partes tengan la posibilidad de modificar, en determinados plazos, una de las cláusulas esenciales del contrato permite al prestatario modificar las condiciones de su préstamo *ex nunc*, sin que la existencia de tal posibilidad afecte directamente a la apreciación de la prestación esencial que caracteriza al contrato en cuestión.

Por ello, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas del contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha disposición en el supuesto de que tales cláusulas determinen un elemento esencial que caracterice dicho contrato.

En relación con las cuestiones prejudiciales segunda y tercera relativas a la exigencia de transparencia, el TJUE aclara que en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera que expone al consumidor a un riesgo de tipo de cambio, no cumple la exigencia de transparencia la comunicación a ese consumidor de información, aunque sea abundante, si esta se basa en el supuesto de que la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago permanecerá estable durante toda la vida de dicho contrato. Así sucede, en particular, cuando el profesional no advierte al consumidor del contexto económico que puede repercutir en las variaciones de los tipos de cambio, de modo que el

consumidor no está en condiciones de comprender concretamente las consecuencias potencialmente gravosas sobre su situación financiera que pueden derivarse de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera. A ello añade el TJUE que también figura entre los elementos pertinentes el lenguaje utilizado por la entidad financiera en los documentos precontractuales y contractuales. En particular, la ausencia de términos o explicaciones que adviertan expresamente al prestatario de la existencia de riesgos específicos asociados a los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera puede confirmar que no se cumple la exigencia de transparencia, tal como resulta, en particular, del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Finalmente, trae a colación el TJUE que la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial puede constituir asimismo un elemento, entre otros, en el que el juez nacional puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no determinando automáticamente y por sí solo dicha circunstancia el incumplimiento de la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, aspecto que debe examinarse en función de todas las circunstancias propias del caso concreto. En conclusión, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, la exigencia de transparencia de las cláusulas de ese contrato que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio se cumple cuando el profesional ha facilitado al consumidor información suficiente y exacta que permite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, comprender el funcionamiento concreto del mecanismo financiero en cuestión y valorar así el riesgo de las consecuencias económicas negativas, potencialmente significativas, de tales cláusulas sobre sus obligaciones financieras durante toda la vida de dicho contrato⁵⁰⁶.

Con respecto a las preguntas cuarta y quinta relativas a quién corresponde la carga de la prueba sobre el carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales y de la transmisión de la información contenida en documentos relativos a las técnicas de venta empleadas por el profesional o por otra persona que haya participado, en nombre de ese profesional, en la comercialización de los préstamos en cuestión, el TJUE declara que la efectividad del ejercicio de los derechos conferidos en la Directiva 93/13 no podría garantizarse si el consumidor estuviera obligado a probar un hecho negativo, a saber, que el

⁵⁰⁶ *Ibid.*, apdos. 46 a 50.

profesional no le facilitó toda la información necesaria para cumplir la exigencia de transparencia, tal como resulta, en particular, del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

Señala el Tribunal de Justicia que la efectividad del ejercicio de los derechos conferidos en la Directiva 93/13 puede estar garantizada cuando el profesional está obligado, en principio, a acreditar ante el juez el correcto cumplimiento de sus obligaciones precontractuales y contractuales relacionadas con la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta, en particular, del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. De este modo puede garantizarse la protección del consumidor, sin menoscabar de modo desmesurado el derecho del profesional a un proceso justo.

En relación con los «documentos relativos a las técnicas de venta», observa el TJUE que la obligación del profesional de justificar el correcto cumplimiento de sus obligaciones precontractuales y contractuales debe abarcar también la prueba relativa a la comunicación de la información contenida en tales documentos al consumidor por el profesional o por cualquier otra persona que haya participado, en nombre de ese profesional, en la comercialización de los préstamos en cuestión. Así sucede, en particular, cuando se considera que tales documentos pueden resultar útiles para apreciar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

Corresponde al profesional controlar los canales de distribución de sus productos, ya se trate de la elección de los intermediarios o de la comunicación comercial al consumidor. Por lo tanto, debería poder disponer de las pruebas de que los documentos en cuestión no se utilizaron o ya no se utilizaban en la fecha de celebración del contrato para justificar el correcto cumplimiento de sus obligaciones precontractuales y contractuales relacionadas con la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales.

De esta forma, el TJUE llega a la conclusión de que procede responder a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la carga de la prueba del carácter claro y comprensible de una cláusula contractual, a efectos del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, recaiga sobre el consumidor⁵⁰⁷.

Con respecto a la sexta cuestión, relativa a la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas con arreglo al artículo 3.1 de la Directiva 93/13, el TJUE hacer constar que se limitará a dar indicaciones ya que la calificación como abusiva corresponde al juzgado remitente.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, apdos. 57 a 61.

No obstante, el TJUE desarrolla unas indicaciones tan extensas que apenas deja margen al juzgado nacional. Reitera la premisa de que la transparencia exigida en el artículo 5 de la Directiva 93/13 constituye uno de los elementos que debe tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, correspondiendo al juez nacional la apreciación.

De entrada, el TJUE avanza una consideración importante afirmando que las cláusulas contractuales controvertidas en los litigios principales, insertadas en contratos de préstamo denominados en moneda extranjera, establecen que ambas partes soportan un riesgo de tipo de cambio, pero que el riesgo soportado por el profesional, en este caso la entidad bancaria, está limitado, mientras que el soportado por el consumidor no lo está. De este modo, en caso de depreciación importante de la moneda nacional respecto de la moneda extranjera, esas cláusulas hacen recaer sobre el consumidor el riesgo de tipo de cambio.

A continuación, recuerda que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en el marco de los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera, el juez nacional debe apreciar –atendiendo a todas las circunstancias de los litigios principales y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera–, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un eventual desequilibrio importante en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

Por tanto, el TJUE se dispone a comprobar la concurrencia de ambas circunstancias.

Por lo que se refiere a la exigencia de buena fe, señala el TJUE con base en el decimosexto considerando de la Directiva 93/13, que, en el marco de esta apreciación, debe tenerse en cuenta, en particular, la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes y si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula de que se trate.

Por lo que respecta a la cuestión de si una cláusula causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía razonablemente estimar que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. El juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias de las que el prestamista profesional podía tener conocimiento en el momento de la celebración de dicho contrato, habida cuenta, en particular, de su experiencia, por lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y a los riesgos inherentes a la

suscripción de tal préstamo y que podían tener repercusiones sobre la ejecución ulterior del contrato y sobre la situación jurídica del consumidor.

El TJUE llega a una primera conclusión, señalando que, a la vista de los conocimientos y los mayores medios del profesional para anticipar el riesgo de tipo de cambio, que puede materializarse en cualquier momento durante la vigencia del contrato, así como del riesgo ilimitado relativo a las variaciones de los tipos de cambio que cláusulas contractuales como las controvertidas en los litigios principales hacen recaer sobre el consumidor, procede considerar que tales cláusulas pueden dar lugar a un desequilibrio importante, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato de préstamo de que se trata.

Continúa el razonamiento el TJUE afirmando que, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe efectuar al tribunal remitente, parece que las cláusulas contractuales controvertidas en los litigios principales hacen recaer sobre el consumidor, en la medida en que el profesional no ha observado la exigencia de transparencia frente a ese consumidor, un riesgo desproporcionado en relación con las prestaciones y el importe del préstamo recibidos, puesto que la aplicación de dichas cláusulas tiene como consecuencia que el consumidor debe asumir en último término el coste de la evolución de los tipos de cambio. En función de dicha evolución, ese consumidor puede encontrarse en una situación en la que, por un lado, el importe del capital pendiente de pago en moneda de pago —euros—, sea considerablemente superior a la cantidad inicialmente prestada y, por otro lado, las cuotas mensuales abonadas solo hayan cubierto casi exclusivamente los intereses. Así sucede, en particular, cuando ese aumento del capital pendiente de pago en moneda nacional no está equilibrado por la diferencia entre el tipo de interés de la moneda extranjera y el de la moneda nacional, precisando el TJUE que la existencia de tal diferencia constituye para el prestatario la principal ventaja de un préstamo denominado en moneda extranjera.

Por tanto, el TJUE vincula la transparencia con el desequilibrio importante y declara que, habida cuenta de la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 5 de la Directiva 93/13, no cabe considerar que el profesional podía razonablemente estimar que, tratando de manera transparente con el consumidor, este último aceptaría unas cláusulas de ese tipo en el marco de una negociación individual, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al tribunal remitente.

Por todo ello, el TJUE responde la octava cuestión prejudicial declarando que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto

es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio, sin que esté limitado, pueden causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, toda vez que el profesional no podía razonablemente estimar, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, que este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, un riesgo desproporcionado de tipo de cambio resultante de tales cláusulas⁵⁰⁸.

Comentarios. En el auto se reproducen de forma prácticamente idéntica los razonamientos contenidos en la sentencia *BNP Paribas Personal Finance contra VB y otros* de 10 de junio de 2021 (asuntos C-776/19 a C-782/19). El escenario diseñado por el TJUE se caracteriza por vincular exigencia de buena fe con equilibrio en las negociaciones (considerando 16 de la Dir. 93/13) y con existencia de desequilibrio importante, así como falta de transparencia con desequilibrio importante. Ese entramado parece muy adecuado e inapelable. Más discutible resulta, a nuestro modo de ver, introducir una valoración que quizá excede los términos habituales en los que se mueve el TJUE. Me refiero a la afirmación del TJUE: «así sucede, en particular, cuando ese aumento del capital pendiente de pago en moneda nacional no está equilibrado por la diferencia entre el tipo de interés de la moneda extranjera y el de la moneda nacional, debiendo precisarse que la existencia de tal diferencia constituye para el prestatario la principal ventaja de un préstamo en moneda extranjera». Podría ser objeto de crítica que el TJUE se adentre en esa «falta de equilibrio», cuando resulta lógico pensar que forma parte de la esencia del préstamo en moneda extranjera la existencia de diferencia a favor o en contra del consumidor y el riesgo que asume el consumidor. Desde nuestro punto de vista, la clave no es que el resultado de la evolución de los tipos de cambio haya deparado una situación en la que el consumidor pierde mucho más dinero que si hubiera contratado un préstamo en moneda nacional, sino que no se le ha explicado al consumidor con la suficiente claridad el riesgo que conlleva el producto. Parece que la ausencia de transparencia se convierte en trascendental, activando la concurrencia de los dos requisitos necesarios e íntimamente vinculados: incumplimiento de la exigencia de buena fe y desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

Esa estrecha conexión entre estos dos requisitos puede observarse al analizar los razonamientos del TJUE. Así, en los apartados 71 y 72 del auto⁵⁰⁹ –idénticos

⁵⁰⁸ *Ibid.*, apdos. 66 a 75.

⁵⁰⁹ Apdo. 71: «[...] para apreciar si las cláusulas de un contrato [...] causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato de préstamo que contiene esas cláusulas, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias de las que el

a los apartados 99 y 100 de la STJUE de 10 de junio de 2021 *BNP Paribas Personal Finance contra VB*—, refiriéndose al desequilibrio importante, el TJUE menciona la experiencia del profesional con respecto a las posibles variaciones de los tipos de cambio y a los riesgos inherentes a la suscripción del préstamo en moneda extranjera que podían tener repercusiones sobre la ejecución del contrato, así como los conocimientos y mayores medios del profesional para anticipar el riesgo de tipo de cambio, que puede materializarse en cualquier momento durante la vigencia del contrato, y el riesgo ilimitado relativo a las variaciones de los tipos de cambio que las cláusulas controvertidas hacen recaer sobre el consumidor. Parece evidente que todas esas circunstancias también influyen en la valoración sobre el incumplimiento de la exigencia de buena fe.

*Caso 34. BNP Paribas Personal Finance (contra AN, CN)*⁵¹⁰⁻⁵¹¹: En el marco de un contrato de préstamo indexado a moneda extranjera el profesional no puede satisfacer la exigencia de transparencia proporcionando al consumidor únicamente las informaciones objetivas y abstractas que no tienen en cuenta el contexto económico actual y previsible que puede tener incidencia sobre las variaciones de los tipos de cambio.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por BNP Paribas Personal Finance contra AN y CN en el que se debate sobre el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas que figuran en el contrato de préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera celebrado entre estas dos partes que prevén que el franco suizo es la moneda de cuenta y

prestamista profesional podía tener conocimiento en el momento de la celebración de dicho contrato, habida cuenta, en particular, de su experiencia, por lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y a los riesgos inherentes a la suscripción de tal préstamo y que podían tener repercusiones sobre la ejecución ulterior del contrato y sobre la situación jurídica del consumidor».

Apdo. 72: «A la vista de los conocimientos y los mayores medios del profesional para anticipar el riesgo de tipo de cambio, que puede materializarse en cualquier momento durante la vigencia del contrato, así como del riesgo ilimitado relativo a las variaciones de los tipos de cambio que cláusulas contractuales como las controvertidas en los litigios principales hacen recaer sobre el consumidor, procede considerar que tales cláusulas pueden dar lugar a un desequilibrio importante, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato de préstamo de que se trata».

⁵¹⁰ Asunto C-82/20. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de marzo de 2022. *BNP Paribas Personal Finance SA contra AN, CN*, en presencia de la Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Languedoc. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Primera Instancia de Rodez, Francia. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott a la que le fue asignado. EU: C:2022:233.

⁵¹¹ El TJUE ha publicado este auto únicamente en idioma francés. La narración de hechos del asunto responde a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo. Con respecto a la doctrina del TJUE la traducción se ha visto facilitada por el hecho de que determinados apartados reproducen el contenido de parte de la sentencia del TJUE *BNP Paribas Personal Finance contra VB* y otros de 10 de junio de 2021 (C-776/19 a C-782/19).

el euro la moneda de pago y que tienen como efecto que el riesgo de tipo de cambio recae sobre el prestatario⁵¹².

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta por el alcance concreto del concepto de transparencia en el examen del carácter claro y comprensible de las cláusulas controvertidas en el litigio principal, respecto de un prestatario que desconoce las consecuencias de las tensiones económicas sobre la evolución de paridades monetarias. El órgano jurisdiccional remitente también se cuestiona el concepto de «buena fe del prestamista» en relación con dichas cláusulas. En particular, se plantea la cuestión de si la falta de buena fe de este último en cuanto a la explicación, teniendo en cuenta sus conocimientos, de las consecuencias concretas, para el consumidor, de las variaciones de los tipos de cambio basta para caracterizar el desequilibrio entre las partes del contrato y la existencia de la abusividad.

El juzgado remitente tiene dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión y plantea cuestión prejudicial incluyendo inicialmente cuatro preguntas de las que retiró dos tras conocer la STJUE de 10 de junio de 2021 *BNP Paribas Personal Finance contra VB y otros* (C-776/19 a C-782/19).

Mediante la primera cuestión prejudicial el juzgado remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, la exigencia de transparencia de las cláusulas de ese contrato

⁵¹² Mediante escritura pública de 24 de febrero de 2009, los demandados en el litigio principal, que tienen la cualidad de consumidores, suscribieron con BNP Paribas Personal Finance un contrato de préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera (franco suizo) y conocido como «Helvet Immo» a fin de adquirir un inmueble. La moneda de cuenta era el franco suizo y la moneda de pago el euro. El contrato establecía la suscripción de un préstamo a un tipo fijo denominado en francos suizos y la conversión de los fondos prestados a euros. En la fecha de celebración del contrato, el importe de dicho préstamo ascendía a 428.000 euros, equivalente a 444.563,57 francos suizos. Como consecuencia de las cuotas impagadas se declaró el vencimiento anticipado y a raíz de ello, el 29 de abril de 2015, BNP obtuvo la emisión de un requerimiento de pago que conllevaba el embargo y se procedió al embargo de la parcela de terreno con la construcción propiedad de los demandados en el litigio principal.

Los demandados fueron convocados para comparecer ante el órgano jurisdiccional remitente, competente para proceder a la ejecución del requerimiento de pago y adjudicar la propiedad concernida, mediante citación emitida el 20 de agosto de 2015. Ante dicho órgano jurisdiccional, los demandados en el litigio principal invocan, en particular, el carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato de préstamo, que BNP Paribas niega.

De la resolución de remisión se desprende que el préstamo controvertido en el litigio principal se reembolsó en cuotas mensuales, en euros, que se convirtieron en francos suizos para pagar los intereses y amortizar el capital en una cuenta denominada en francos suizos. Los costes de crédito, en particular el seguro, se facturaron en euros. La oferta de préstamo especificaba que, cuando la evolución de las paridades incrementaba el coste del crédito para el prestatario, este debía liquidar los vencimientos en euros, que serían imputados prioritariamente a los intereses, y la duración del crédito se ampliaba por cinco años.

El órgano jurisdiccional remitente observa que el préstamo controvertido en el litigio principal contiene varias cláusulas, presentadas como parte de un mecanismo de conversión de moneda, que dan lugar a que el riesgo de cambio se incluya en las cuotas mensuales abonadas por el consumidor.

que estipulan que la divisa extranjera es la moneda de cuenta y que el euro es la moneda de pago y que tienen como efecto hacer recaer el riesgo del tipo de cambio sobre el prestatario se cumple cuando el profesional ha facilitado al consumidor informaciones objetivas y abstractas relativas a la incidencia sobre las obligaciones financieras de este consumidor de la eventual apreciación o depreciación del euro respecto de esa divisa extranjera, sin que el profesional haya comunicado al consumidor las informaciones concernientes al contexto económico que puede tener incidencia sobre las variaciones de los tipos de cambio.

Mediante la segunda cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo, que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio causan, simplemente por la ausencia de buena fe del profesional, un desequilibrio importante, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato toda vez que, por un lado, el profesional dispone de mayores medios que el consumidor para anticipar el riesgo de tipo de cambio y, por otro lado, el riesgo soportado por dicho profesional está limitado, mientras que el soportado por el consumidor no lo está.

Doctrina. En relación con la primera cuestión prejudicial relativa a la exigencia de transparencia, tras mencionar las premisas clásicas en materia de transparencia (comprensibilidad no únicamente en el plano formal, sino también que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento de la cláusula y valorar sus consecuencias económicas, etc.), el TJUE desciende al asunto enjuiciado. Al respecto, observa que se desprende de la resolución de reenvío que antes de suscribir sus préstamos, los demandantes en los litigios principales recibieron información sobre la incidencia de las variaciones de la paridad entre el euro y el franco suizo en la duración del contrato y en las cuotas mensuales a efectos del pago del saldo pendiente. Sin embargo, no les fueron comunicadas a los demandados las informaciones relativas al contexto económico que pueda tener una incidencia sobre las variaciones de los tipos de cambio.

El TJUE proporciona una serie de indicaciones de aplicación para los contratos de préstamo en moneda extranjera sobre el requisito de la transparencia. Así, resulta pertinente toda información facilitada por el profesional que tenga por objeto orientar al consumidor sobre el funcionamiento del

mecanismo de cambio y el riesgo asociado a este. Constituyen elementos de especial importancia las precisiones relativas a los riesgos asumidos por el prestatario en caso de depreciación importante de la moneda de curso legal en el Estado miembro en el que está domiciliado y de aumento del tipo de interés extranjero. El TJUE se remite a lo señalado por la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (DO 2011, C 342, p. 1), en el sentido de que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A – Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1). También recuerda que el prestatario debe estar claramente informado de que, al celebrar un contrato de préstamo denominado en una moneda extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de depreciación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Además, el profesional debe exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la celebración de ese tipo de contrato. Observa el TJUE que de lo anterior se deriva que, para cumplir la exigencia de transparencia, la información comunicada por el profesional debe poder permitir a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no solo comprender que, en función de las variaciones del tipo de cambio, la evolución de la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago puede acarrear consecuencias desfavorables para sus obligaciones financieras, sino también comprender, en el marco de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera, el riesgo real al que se expone, durante toda la vida del contrato, en el supuesto de una depreciación importante de la moneda en la que percibe sus ingresos respecto de la moneda de cuenta.

El TJUE llega a una conclusión trascendental declarando que el profesional no puede, por tanto, satisfacer el requisito de transparencia proporcionando al consumidor únicamente informaciones objetivas y abstractas, que no tienen en cuenta el contexto económico actual y previsible que puede incidir en las variaciones de los tipos de cambio.

Señala el TJUE que, como ya tiene declarado, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera que expone al consumidor a un riesgo de tipo de cambio, no cumple la exigencia de transparencia la comunicación a ese consumidor de información, aunque sea abundante, si esta se basa en

el supuesto de que la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago permanecerá estable durante toda la vida de dicho contrato. Así sucede, en particular, cuando el profesional no advierte al consumidor del contexto económico que puede repercutir en las variaciones de los tipos de cambio, de modo que el consumidor no está en condiciones de comprender concretamente las consecuencias potencialmente gravosas sobre su situación financiera que pueden derivarse de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera.

A ello añade el TJUE que, como tiene declarado, también figura entre los elementos pertinentes, a efectos de la apreciación mencionada –se refiere a si un consumidor medio ha evaluado las consecuencias económicas de la cláusula–, el lenguaje utilizado por la entidad financiera en los documentos precontractuales y contractuales. En particular, la ausencia de términos o explicaciones que adviertan expresamente al prestatario de la existencia de riesgos específicos asociados a los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera puede confirmar que no se cumple la exigencia de transparencia, tal como resulta, en particular, del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

Por todo ello, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial declarando que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe ser interpretado en el sentido de que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, la exigencia de transparencia de las cláusulas de ese contrato que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio se cumple cuando el profesional ha facilitado al consumidor información suficiente y exacta que permite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, comprender el funcionamiento concreto del mecanismo financiero en cuestión y valorar así el riesgo de las consecuencias económicas negativas, potencialmente significativas, de tales cláusulas sobre sus obligaciones financieras durante toda la vida de dicho contrato⁵¹³.

Con respecto a la segunda pregunta, relativa a la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas con arreglo al artículo 3.1 de la Directiva 93/13, el TJUE hace constar que se limitará a dar indicaciones ya que la calificación como abusiva corresponde al juzgado remitente. Reitera la premisa de que la transparencia exigida en el artículo 5 de la Directiva 93/13 constituye uno de los elementos que debe tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, correspondiendo al juez nacional la apreciación.

⁵¹³ *Ibid.*, apdos. 26 a 34.

El TJUE se refiere a que el juzgado remitente indica que las cláusulas contractuales controvertidas en el litigio principal establecen que ambas partes soportan un riesgo de tipo de cambio, pero que el riesgo soportado por el profesional, en este caso la entidad bancaria, está limitado, mientras que el soportado por el consumidor no lo está. De este modo, esas cláusulas hacen recaer sobre el consumidor el riesgo de tipo de cambio que resulta de la combinación de las mismas.

A continuación, recuerda que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en el marco de los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera, el juez nacional debe apreciar –atendiendo a todas las circunstancias de los litigios principales y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera–, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un eventual desequilibrio importante en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

Por lo que se refiere a la exigencia de buena fe, señala el TJUE con base en el decimosexto considerando de la Directiva 93/13, que, en el marco de esta apreciación, debe tenerse en cuenta, en particular, la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes y si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula de que se trate.

A continuación, el TJUE se refiere a la nota diferenciadora de la pregunta con respecto a los puntos ya contestados en las remisiones prejudiciales resueltas anteriormente sobre el mismo producto Helvet Immo de BNP Paribas. Esa cuestión es si la falta de buena fe por parte del profesional conlleva la naturaleza abusiva de la cláusula.

Al respecto, el TJUE declara que conviene precisar, en este contexto, que la constatación de la ausencia, en su caso, de buena fe por parte del profesional no puede bastar por sí sola a los efectos de establecer la existencia de un desequilibrio significativo entre las partes del contrato y, por tanto, la abusividad de una cláusula contractual. Afirmo el TJUE que la existencia de tal desequilibrio constituye un criterio necesario para establecer el carácter abusivo de una cláusula contractual, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13.

Por lo que respecta a la cuestión de si una cláusula causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía

razonablemente estimar que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

El juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias de las que el prestamista profesional podía tener conocimiento en el momento de la celebración de dicho contrato, habida cuenta, en particular, de su experiencia, por lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y a los riesgos inherentes a la suscripción de tal préstamo y que podían tener repercusiones sobre la ejecución ulterior del contrato y sobre la situación jurídica del consumidor.

El TJUE llega a una primera conclusión, señalando que, a la vista de los conocimientos y los mayores medios del profesional para anticipar el riesgo de tipo de cambio, que puede materializarse en cualquier momento durante la vigencia del contrato, así como del riesgo ilimitado relativo a las variaciones de los tipos de cambio que cláusulas contractuales como las controvertidas en los litigios principales hacen recaer sobre el consumidor, procede considerar que tales cláusulas pueden dar lugar a un desequilibrio importante, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato de préstamo de que se trata.

Continúa el razonamiento el TJUE afirmando que, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe efectuar al tribunal remitente, parece que las cláusulas contractuales controvertidas en los litigios principales hacen recaer sobre el consumidor, en la medida en que el profesional no ha observado la exigencia de transparencia frente a ese consumidor, un riesgo desproporcionado en relación con las prestaciones y el importe del préstamo recibidos, puesto que la aplicación de dichas cláusulas tiene como consecuencia que el consumidor debe asumir en último término el coste de la evolución de los tipos de cambio. En función de dicha evolución, ese consumidor puede encontrarse en una situación en la que, por un lado, el importe del capital pendiente de pago en moneda de pago —euros—, sea considerablemente superior a la cantidad inicialmente prestada y, por otro lado, las cuotas mensuales abonadas solo hayan cubierto casi exclusivamente los intereses. Así sucede, en particular, cuando ese aumento del capital pendiente de pago en moneda nacional no está equilibrado por la diferencia entre el tipo de interés de la moneda extranjera y el de la moneda nacional, precisando el TJUE que la existencia de tal diferencia constituye para el prestatario la principal ventaja de un préstamo denominado en moneda extranjera.

Por tanto, el TJUE vincula la transparencia con el desequilibrio importante y declara que, habida cuenta de la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 5 de la Directiva 93/13, no cabe considerar que el profesional

podía razonablemente estimar que, tratando de manera transparente con el consumidor, este último aceptaría unas cláusulas de ese tipo en el marco de una negociación individual, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al tribunal remitente.

Por todo ello, el TJUE responde a la segunda cuestión prejudicial declarando que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio, sin que esté limitado, pueden causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, cuando el profesional no pueda razonablemente esperar, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, que este último aceptaría un riesgo desproporcionado de tipo de cambio resultante de tales cláusulas, sin que la ausencia de buena fe del profesional sea suficiente para apreciar la existencia de tal desequilibrio⁵¹⁴.

Comentarios. Para tener una idea de la problemática inherente al litigio principal basta recordar que la paridad entre euro y franco suizo a la fecha de celebración del préstamo hipotecario (24 de febrero de 2009) era de 1,48 franco suizo/1 euro⁵¹⁵ mientras que la paridad a la fecha en la que BNP obtuvo la emisión de un requerimiento de pago que conllevaba el embargo (29 de abril de 2015) era de 1,04 franco suizo/ 1 euro⁵¹⁶. Es decir, que el consumidor –que presumiblemente obtenía sus ingresos en euros– tendría que pagar un cincuenta por ciento más que el préstamo recibido. El mecanismo de funcionamiento del préstamo tuvo un efecto devastador para los afectados, lo que provocó el ejercicio de acciones judiciales tanto por parte del profesional ante el impago de los consumidores como también por parte de estos para la anulación de ese mecanismo por su eventual abusividad.

Los matices que contiene ese auto con respecto a las resoluciones anteriores en la saga de asuntos *BNP Paribas Personal Finance* son, fundamentalmente, dos. Por un lado, en cuanto a la exigencia de transparencia, introduce la falta de comunicación a los consumidores de información sobre el contexto económico que pueda tener una incidencia sobre las variaciones de los tipos de cambio. Al respecto declara el TJUE que el profesional no puede satisfacer el requisito de transparencia proporcionando al consumidor únicamente informaciones

⁵¹⁴ *Ibid.*, apdos. 39 a 49.

⁵¹⁵ Fuente: <https://www.cambioeuro.es/cambio-historico-franco-suizo-2009/>

⁵¹⁶ Fuente: <https://www.cambioeuro.es/cambio-historico-franco-suizo-2015/>

objetivas y abstractas, que no tienen en cuenta el contexto económico actual y previsible que puede incidir en las variaciones de los tipos de cambio.

Un segundo matiz se refiere a la cuestión de si la ausencia de buena fe del profesional es suficiente a fin de establecer la existencia del desequilibrio importante entre las partes y, por tanto, la naturaleza abusiva de la cláusula contractual. La respuesta del TJUE es negativa, considerando que la mera constatación, en su caso, de la falta de buena fe del profesional no es suficiente a los efectos de caracterizar tal desequilibrio.

Los restantes razonamientos contenidos en el auto que ahora comentamos reproducen de forma prácticamente idéntica los contenidos en la sentencia *BNP Paribas Personal Finance contra VB y otros* de 10 de junio de 2021 (asuntos C-776/19 a C-782/19).

Por otro lado, puede establecerse un cierto paralelismo entre el asunto de las cláusulas suelo en España y el producto Helvet Immo en Francia, en base a que en ambos supuestos los profesionales parten de un escenario supuestamente equitativo, pero a sabiendas de que realmente no lo era. Así, en el caso de las cláusulas suelo, se parte de un tipo de interés que actúa como suelo y de un tipo de interés que actúa como techo. En el caso del producto Helvet Immo la paridad entre euro y franco suizo puede evolucionar de forma que el franco suizo se aprecie frente al euro perjudicando al consumidor –como así se produjo– o bien también podía suceder que el euro se hubiera apreciado frente al franco suizo –lo que hubiera beneficiado al consumidor–. La clave en ambos asuntos radica en los estudios de que disponían los bancos sobre las previsiones económicas⁵¹⁷. De esta forma, los bancos españoles cuando redactaban la cláusula suelo-techo conocían las previsiones del contexto económico que aseguraban que los tipos de interés no iban a subir, sino que iban a bajar, por lo que el «techo» nunca se iba a aplicar, pero el suelo sí se iba a aplicar beneficiando enormemente a las entidades prestamistas. En el caso del producto Helvet Immo parece bastante razonable pensar que BNP Paribas disponía de estudios –como las previsiones del Banco Central de Suiza– que pronosticaban que ante las previsibles situaciones de crisis económica y/o de tensiones en los mercados financieros, determinadas monedas, en particular, el franco suizo, iba a fortalecerse al tratarse de «valores refugio». Es decir, las previsiones económicas se orientaban hacia el fortalecimiento del franco suizo frente al euro y no al contrario.

⁵¹⁷ Por ejemplo, el juzgado remitente en el asunto *BNP Paribas Personal Finance contra VE*, asunto C-609/19, en su resolución de planteamiento de la cuestión prejudicial se refiere a que el consumidor aporta unas previsiones económicas del Banco Central de Suiza anteriores a la suscripción del préstamo, considerando el consumidor que eran conocidas por BNP Paribas (apartado 35 de la resolución de remisión del Tribunal d'instance de Lagny-sur-Marne de fecha 2 de agosto de 2019).

Caso 35. *Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA*⁵¹⁸: Partiendo de lo dicho en Van Hove, de nuevo en el marco de un contrato de seguro, el TJUE declara que el juez nacional debe determinar si el consumidor recibió toda la información que podía tener incidencia en el alcance de sus obligaciones derivadas del mismo contrato y que le permitiese evaluar, en particular, las consecuencias derivadas de este.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de un procedimiento judicial instado por una consumidora contra una aseguradora en relación con la negativa de esta a pagar las cuotas de un contrato de préstamo a raíz de la invalidez permanente de la consumidora, como asegurada, al haber alegado la aseguradora tanto la nulidad del contrato de seguro por razón de declaraciones inexactas como la exclusión de la cobertura del riesgo de incapacidad permanente del asegurado resultante de enfermedades anteriores a la celebración del contrato de seguro⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Asunto C-263/22. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 20 de abril de 2023. *Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA y LP*, con intervención de: Banco Comercial Português SA, y Banco de Investimento Imobiliário SA. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo de Portugal. EU: C:2023:311. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Pikamäe al que le fue asignado.

⁵¹⁹ La consumidora LP y su cónyuge celebraron un contrato de préstamo con el Banco de Inversión Imobiliário SA. En este contexto, se adhirieron a un contrato de seguro colectivo celebrado entre dicho banco, como tomador del seguro, y Ocidental, una compañía de seguros, en virtud del cual esta queda obligada a pagar las cuotas del referido contrato de préstamo en caso de incapacidad permanente de LP. Durante la ejecución del citado contrato de préstamo, LP pasó a estar en situación de incapacidad permanente. Sin embargo, Ocidental se negó a ejecutar ese contrato de seguro al considerar que este era nulo por razón de declaraciones inexactas y/o incompletas sobre el estado de salud de LP en el momento de la celebración de dicho contrato de seguro. Ocidental invocó asimismo la aplicabilidad de las cláusulas del contrato que prevén la exclusión de la cobertura del riesgo de incapacidad permanente del asegurado resultante de enfermedades anteriores a la celebración del mismo contrato de seguro. La consumidora presentó una demanda que tenía por objeto, en esencia, que se condenara a Ocidental a abonar al banco el importe del préstamo pendiente de devolución después de la fecha en la que se declaró su incapacidad permanente, así como a pagarle las cuotas del préstamo que ella y su cónyuge habían tenido que abonar ellos mismos al banco desde esa fecha. Según las indicaciones que figuran en la petición de decisión prejudicial, la consumidora sostuvo en apoyo de su pretensión que la información médica que figuraba en la oferta de adhesión al contrato de seguro había sido cumplimentada por el empleado del banco que le había presentado dicho contrato para su firma, que no cumplimentó ningún cuestionario relativo a su estado de salud y que firmó esa oferta de adhesión. No se le leyó ni explicó ninguna cláusula relativa a la exclusión de la cobertura del riesgo asegurado. Por ello, a su juicio, las cláusulas de exclusión deben considerarse inexistentes y carentes de efectos jurídicos. Se admitió la intervención del banco en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de la consumidora. El órgano jurisdiccional de primera instancia consideró que el contrato de seguro era nulo debido a declaraciones inexactas o incompletas de LP y desestimó la demanda de esta. El recurso de LP contra esta resolución desestimatoria fue parcialmente estimado por la Audiencia de Oporto, el cual, al aplicar el Decreto-ley núm. 446/85, pero sin haber examinado la cuestión a la luz de la normativa específica sobre seguros colectivos, establecida por el Decreto-ley núm. 176/95, consideró, en esencia, que el contrato de seguro era válido, pero que las cláusulas de exclusión de la cobertura del riesgo asegurado debían considerarse inexistentes, dado que no habían sido comunicadas a la consumidora. Ocidental interpuso recurso de casación contra dicha resolución ante el Tribunal Supremo,

Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que son examinadas conjuntamente por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, a la luz del vigésimo considerando de esa misma Directiva, deben interpretarse en el sentido de que exigen que el consumidor cuente siempre con la posibilidad de tener conocimiento, antes de la celebración de un contrato, de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, o incluso de todas las cláusulas del citado contrato.

Mediante su tercera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 3, apartado 1, y 4 a 6 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que puede oponerse una cláusula de un contrato de seguro relativa a la exclusión o a la limitación de la cobertura del riesgo asegurado a un consumidor que no pudo tener conocimiento de la misma antes de la celebración de ese contrato, aun cuando el tomador del seguro pueda ser considerado responsable de tal falta de conocimiento y aunque tal responsabilidad no coloque al consumidor en la misma situación que la que le habría correspondido si hubiera disfrutado de esa cobertura.

Doctrina. En relación con las cuestiones primera y segunda, el Tribunal de Justicia recuerda que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales debe interpretarse de manera extensiva y que no puede reducirse

que es el órgano jurisdiccional remitente. El Tribunal Supremo considera que la cuestión central en el asunto principal es si, en circunstancias como las del litigio principal, una compañía de seguros está obligada a comunicar a la parte adherente a un contrato de seguro las cláusulas de ese contrato, incluidas las cláusulas relativas a la invalidez de este y las relativas a la exclusión o la limitación de la cobertura del riesgo asegurado. Por otra parte, en el supuesto de que tal obligación de comunicación incumbiera al tomador del seguro, también sería preciso determinar si el incumplimiento de esta obligación por este, en el presente caso el banco, es oponible a la compañía de seguros. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente señala que la jurisprudencia portuguesa no es unánime. Según una línea jurisprudencial, el régimen legislativo sobre seguros colectivos, establecido por el Decreto-ley núm. 176/95, es un régimen especial que excluye la aplicación de la normativa general en materia de cláusulas que no han sido negociadas individualmente, prevista por el Decreto-ley núm. 446/85. De ello resulta que no recaen sobre el asegurador las obligaciones de información y comunicación de las cláusulas generales de un contrato de seguro colectivo —las cuales incumbirían, en virtud del artículo 4 del Decreto-ley núm. 176/95, al tomador del seguro— y que, por ello, el asegurado no podría oponer al asegurador un incumplimiento de esas obligaciones. De acuerdo con otra línea jurisprudencial, ese régimen especial no excluye la aplicación de la normativa general prevista por el Decreto-ley núm. 446/85. Este impone la obligación de comunicación de las condiciones generales de ese contrato a los adherentes y su exclusión en caso de incumplimiento de dicha obligación. Así pues, según el órgano jurisdiccional remitente, procede considerar, bien que el asegurador está sujeto a las referidas obligaciones de información y comunicación, bien que puede oponerse al asegurador el incumplimiento de las mismas obligaciones por parte del tomador del seguro. Remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente expone las dudas que alberga en cuanto a la compatibilidad de la primera línea jurisprudencial con el efecto útil que debe conceder el juez nacional a la protección del consumidor ofrecida por la Directiva 93/13, habida cuenta, en particular de su obligación de apreciar la transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

exclusivamente al carácter comprensible de esas cláusulas en un plano formal y gramatical, requiriendo que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de tal cláusula y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones. También recuerda el TJUE que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, ya que el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información⁵²⁰.

Descendiendo al litigio principal, observa el TJUE en relación con un consumidor que se había adherido a un contrato de seguro colectivo en el momento de la celebración de un contrato de préstamo, a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, reviste una importancia esencial para el consumidor la información sobre las condiciones del compromiso facilitada con anterioridad a la celebración del contrato, así como, en particular, la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad aseguradora se hace cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se derivan para él. En efecto, esa información y esa exposición son necesarias para que el alcance de la cláusula en cuestión sea comprendido por el consumidor, al cual no cabe exigir, en el supuesto de que se celebren varios contratos vinculados entre sí, la misma atención en cuanto al alcance de los riesgos cubiertos por el mencionado contrato de seguro que la que se le exige en caso de que hubiera celebrado de manera diferenciada dicho contrato de seguro y el contrato de préstamo. A ello añade el TJUE que, dado que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales conlleva la obligación de facilitar al consumidor –antes de la celebración del contrato– toda la información necesaria para que pueda comprender las consecuencias económicas de esas cláusulas y decidir con pleno conocimiento de causa vincularse contractualmente, esta exigencia presupone necesariamente que el consumidor pueda tener conocimiento de todas las cláusulas de un contrato antes de su celebración.

⁵²⁰ Asunto C-263/22. STJUE de 20 de abril de 2023, *Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA*, apdos. 26 a 29.

Precisa el TJUE que la circunstancia de que esas cláusulas se refieran o no al objeto principal del contrato carece de pertinencia a este respecto. En efecto, para que el consumidor, conforme al objetivo perseguido por la citada exigencia de transparencia, pueda decidir con conocimiento de causa si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional, debe necesariamente, antes de tomar tal decisión, haber tenido conocimiento de la totalidad de dicho contrato, ya que es el conjunto de las cláusulas de este el que determinará, en particular, los derechos y obligaciones que corresponden al consumidor en virtud del mismo contrato. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha aclarado que idéntica exigencia de transparencia se aplica también cuando una cláusula se refiere al objeto principal del contrato. El TJUE se remite al vigésimo considerando al afirmar que esa exigencia de conocimiento previo de todas las cláusulas de un contrato queda claramente puesta de relieve en dicho considerando de la Directiva 93/13, a tenor del cual no solo los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, sino también el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas. De este modo, el legislador de la Unión Europea ha subrayado el interés en que se tenga conocimiento previo de todas las cláusulas de un contrato para que el consumidor pueda decidir, con conocimiento de causa, si desea quedar vinculado por dichas cláusulas. También observa el TJUE que en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente señala que la normativa portuguesa en materia de seguros colectivos constituye, según una interpretación jurisprudencial, una *lex specialis* que excluye la aplicación de la normativa general relativa a las cláusulas no negociadas individualmente, es preciso recordar que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en la Directiva 93/13 no puede quedar dispensada por el hecho de que exista un régimen jurídico especial aplicable a un determinado tipo de contratos. En efecto, según reiterada jurisprudencia, la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes. A este respecto, recuerda el TJUE que el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta. De esta forma, concluye el TJUE que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, a la luz del vigésimo considerando de dicha Directiva, deben interpretarse en el sentido de que un consumidor ha de contar siempre con la

posibilidad de tener conocimiento, antes de la celebración de un contrato, de todas las cláusulas que este incluye⁵²¹.

En cuanto a la tercera cuestión prejudicial, comienza el TJUE por recordar que su repuesta se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate. También recuerda que la transparencia de una cláusula contractual es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, apreciación que corresponde al juez nacional en virtud del artículo 3.1 de la Directiva 93/13. Equipara en ese sentido el TJUE la falta de claridad o de inteligibilidad de una cláusula con la imposibilidad de que el consumidor tenga conocimiento de la cláusula antes de la celebración del contrato, pudiendo constituir tanto la primera como la segunda circunstancia –con mayor razón– falta de transparencia como elemento que debe tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva.

El TJUE pasa a abordar el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe y la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor –que habrá de ser apreciado por el juez nacional– refiriéndose, en particular, al momento de la celebración del contrato y a todas las circunstancias que concurran en su celebración. La exigencia de buena fe se refiere, en particular, a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes y si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula de que se trate⁵²².

Descendiendo al asunto principal, declara el TJUE que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, la consumidora sostuvo a este respecto, en sus observaciones escritas, que se «exigió» que ella y su cónyuge suscribieran el contrato de seguro para obtener el préstamo bancario en cuestión para la compra de un bien. En esa ocasión, según afirma la consumidora, únicamente firmaron la oferta de adhesión a dicho contrato presentada por el banco, sin haber sido informados nunca de todo su contenido. Esta oferta de adhesión fue cumplimentada por el empleado del banco que les presentó el contrato que debían firmar. La consumidora sostiene que firmó la citada oferta sin que se le hubiera leído ninguna cláusula de exclusión de la cobertura del riesgo asegurado. A ello añade el TJUE, en cuanto a la cuestión de si, contrariamente a las exigencias de la buena fe, una cláusula contractual causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se

⁵²¹ *Ibid.*, apdos. 30 a 34.

⁵²² *Ibid.*, apdos. 39 a 43.

derivan del contrato, el juez nacional debe comprobar, según reiterada jurisprudencia, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. Por lo tanto, para apreciar si las cláusulas de un contrato, como las controvertidas en el litigio principal, causan en detrimento del consumidor tal desequilibrio, han de tenerse en cuenta todas las circunstancias que el profesional o su representante podían conocer en el momento de la celebración del contrato y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. De este modo, el órgano jurisdiccional nacional deberá determinar si el consumidor recibió toda la información que podía tener incidencia en el alcance de sus obligaciones derivadas del mismo contrato y que le permitiese evaluar, en particular, las consecuencias derivadas de este.

Señala el TJUE que la circunstancia de que el consumidor no haya podido tener conocimiento de una cláusula contractual antes de la celebración del contrato en cuestión es un elemento esencial para apreciar el eventual carácter abusivo de dicha cláusula en la medida en que esta circunstancia podría llevar al consumidor a asumir obligaciones que de otro modo no hubiera aceptado y, por consiguiente, podría causar un desequilibrio importante entre las obligaciones mutuas de las partes de ese contrato. En el caso de autos, la consumidora no tuvo ocasión de tomar conocimiento de las cláusulas del contrato de seguro relativas a la exclusión o a la limitación de la cobertura del riesgo asegurado ni de informar a Occidental de su estado de salud en el momento de la celebración de dicho contrato, puesto que no cumplimentó ningún cuestionario sobre su estado de salud cuando se adhirió al referido contrato.

Aduce el TJUE que, en estas circunstancias, que han de ser objeto de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, la aplicación de tales cláusulas de exclusión o de limitación de la cobertura del riesgo asegurado tiene como consecuencia que el consumidor ya no disfrute de cobertura en caso de materialización de ese riesgo y que, en principio, deba, a partir de la fecha de declaración de incapacidad permanente causada por un problema de salud preexistente, del que no ha tenido ocasión de informar al asegurador, pagar él mismo las cuotas del préstamo pendientes. De esa forma, la consumidora tendría que pagar al menos una parte de estas cuando, en virtud de una normativa nacional aplicable, como la controvertida en el litigio principal, se considere al banco responsable del daño causado por la falta de comunicación de esas cláusulas, sin situar, no obstante, a ese consumidor en la misma situación en la que se habría encontrado si hubiera disfrutado de dicha cobertura. Por lo tanto, el consumidor puede verse confrontado a una situación en la que,

habida cuenta de la pérdida de ingresos derivada de su incapacidad permanente, le resulte difícil, o incluso imposible, reembolsar esas cuotas, cuando precisamente quiso asegurarse contra ese riesgo mediante la adhesión a un contrato de seguro, como del que se trata en el litigio principal.

Llega a una primera conclusión el TJUE en el sentido de que al no permitir al consumidor en cuestión tener conocimiento, antes de la celebración del contrato, de la información relativa a dichas cláusulas contractuales y a todas las consecuencias de la celebración del referido contrato, el profesional hace recaer total o, al menos, parcialmente sobre el consumidor ese riesgo derivado de una eventual incapacidad permanente. Además, si, tras apreciar las circunstancias concretas del caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente considerase que, en el presente asunto, contrariamente a las exigencias de la buena fe, Occidental no podía esperar razonablemente, respetando las exigencias de transparencia respecto de la consumidora, que esta aceptara, en el marco de una negociación individual, las cláusulas contractuales en cuestión, dicho órgano jurisdiccional deberá declarar el carácter abusivo de estas⁵²³.

En cuanto a los efectos de la eventual declaración de abusividad y el correlativo deber del juez nacional de dejar sin aplicación la cláusula abusiva, señala el TJUE que, en el presente asunto, de ello resultaría que no podría oponerse a la consumidora la cláusula de exclusión o de limitación de la cobertura del riesgo asegurado. Esta conclusión no queda desvirtuada por una normativa nacional, como la mencionada por el órgano jurisdiccional remitente, a tenor de la cual un tomador del seguro que ha incumplido la obligación de comunicación de las cláusulas contractuales que le incumbe en virtud de esa normativa puede tener que indemnizar el daño derivado de tal falta de comunicación, sin permitir, no obstante, restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor si se hubiera beneficiado de esa cobertura. La citada normativa, que se refiere a las consecuencias, en materia de responsabilidad civil, de esa falta de comunicación, no puede influir en la imposibilidad de invocar frente al consumidor una cláusula contractual calificada de abusiva, en aplicación de la Directiva 93/13. A ello añade el TJUE que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, aclarando que la imposibilidad de invocar frente al consumidor una cláusula contractual de este tipo calificada como abusiva se entiende sin perjuicio de las

⁵²³ *Ibid.*, apdos. 44 a 51.

eventuales consecuencias, en materia de responsabilidad civil del tomador del seguro respecto del asegurador, de la falta de comunicación al consumidor, por parte del tomador del seguro, de dicha cláusula.

Por todo ello, el Tribunal de Justicia concluye que los artículos 3.1 y 4 a 6 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando una cláusula de un contrato de seguro relativa a la exclusión o a la limitación de la cobertura del riesgo asegurado, que el consumidor de que se trate no pudo conocer antes de la celebración de ese contrato, es calificada de abusiva por el juez nacional, dicho juez está obligado a dejar sin aplicación esa cláusula a fin de que no produzca efectos vinculantes para ese consumidor⁵²⁴.

Comentarios. Parte este asunto de una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo portugués en la que plantea la existencia de dos líneas jurisprudenciales relativa al régimen legislativo sobre seguros colectivos, de forma que una de ellas excluye la aplicación de la normativa general en materia de cláusulas no negociadas individualmente, mientras que la otra no la excluye. Este planteamiento del Tribunal Supremo portugués denota una falta de asimilación de los postulados de la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13. Basta tener en cuenta asuntos como *Van Hove*, *Air Berlín* o *Asbeek Brusse y de Man Garabito* para considerar que en materia de cláusulas no negociadas individualmente entre empresarios y consumidores la normativa de protección de consumidores –y, en particular, la Directiva 93/13– siempre resulta de aplicación sea cual sea el sector de la actividad económica en el que nos situemos. Para que no resulte de aplicación a un ámbito concreto es necesario que existan disposiciones del Derecho de la Unión que expresa y claramente así lo dispongan (*Air Berlín*), lo que no sucede. Es más, el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 se refiere a los contratos de seguros. En cualquier caso, del contenido de las preguntas formuladas por el Tribunal Supremo portugués parece inferirse que dicho órgano jurisdiccional entiende que la Directiva 93/13 se aplica a los contratos de seguros colectivos.

A nuestro juicio, las declaraciones efectuadas por el TJUE en este asunto, siguiendo la estela ya marcada en *Van Hove*, deberían tener consecuencias relevantes en nuestro país con respecto a la configuración de las cláusulas de los contratos de seguros. Ello se explica por el hecho de que en nuestro ordenamiento tradicionalmente se distingue entre cláusulas delimitadoras y cláusulas limitativas. A esta segunda categoría de cláusulas es a la que se le atribuye la necesidad de que el asegurado tenga un conocimiento real y preciso de las

⁵²⁴ *Ibid.*, apdos. 52 a 56

mismas, dado que el artículo 3 de la Ley de Contratos de Seguros⁵²⁵ establece que «se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito». Es decir, ya se encuentren dentro de las condiciones generales o dentro de las particulares —que es lo habitual— deben destacarse de modo especial y aceptarse por escrito. Por el contrario, las cláusulas delimitadoras no necesitan ser aceptadas por escrito, sin perjuicio de que se deba garantizar la posibilidad de que el tomador tenga conocimiento de estas cláusulas delimitadoras⁵²⁶. De esta forma, las cláusulas delimitadoras «no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el artículo 3 [Ley de Contratos de Seguros], puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquéllas que son limitativas de los derechos del asegurado» (STS número 160/2021 de 22 de marzo, ES: TS:2021:1081 que se remite a STS número 853/2006 de 11 de septiembre, ES: TS:2006:6597).

Las cláusulas delimitadoras se sujetan por tanto a un régimen de aceptación genérica, mientras que las cláusulas limitativas lo hacen al régimen de aceptación específica por escrito del artículo 3 LCS, destacándose de modo especial. Es cierto que nuestro Tribunal Supremo se refiere al control de transparencia que

⁵²⁵ Artículo 3 Ley de Contratos de Seguros: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas».

⁵²⁶ «Generalmente se entiende que las cláusulas delimitadoras “son susceptibles de incluirse en las condiciones generales para formar parte del contrato”. Ahora bien, se trata de una consideración jurisprudencial por el propio contenido de las cláusulas. Las condiciones generales suelen tener un contenido redactado en masa y, generalmente, impuesto al tomador en las que se determinan las características generales del contrato como las coberturas asegurables, el ámbito territorial, obligaciones de las partes, jurisdicción, etc. dependiendo de la modalidad contratada, siendo frecuente incluir unas definiciones de determinados conceptos (prima, franquicia, suma asegurada, etc.) para establecer el marco general del contrato. Ahora bien, la LCS no establece un contenido propio o exclusivo de las condiciones generales. Únicamente el artículo 3 anuncia que “estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública”, no estando, por coherencia, las condiciones particulares sometidas a dicho control al entenderse que están destinadas a establecer los aspectos concretos del contrato como puede ser el interés asegurado, los bienes asegurados o la fecha de efecto del contrato. Por ende, pese a que se pueda considerar habitual o frecuente que formen parte de las condiciones generales, nada impide, por más que no sea aconsejable, que las cláusulas delimitadoras estén presentes en las condiciones particulares» (LLORCA GALIANA, J., «Las cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos en los contratos de seguros», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 4/2022, p. 184).

deben cumplir todas las cláusulas de un contrato de seguro⁵²⁷, pero, a nuestro juicio, no llega a ponerlo en práctica, particularmente en relación con las cláusulas delimitadoras. Son escasas las referencias a la sentencia *Van Hove* en asuntos de contratos de seguros⁵²⁸. En la sentencia ahora comentada el TJUE se refiere a que «esta oferta de adhesión fue cumplimentada por el empleado del banco que les presentó el contrato que debían firmar. LP sostiene que firmó la citada oferta sin que se le hubiera leído ninguna cláusula de exclusión de la obertura del riesgo asegurado» (apdo. 44).

Por tanto, esa «exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad aseguradora se hace cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se derivan para él» (apdo. 28) es un planteamiento cercano al efectuado por el TJUE en sus sentencias relativas a productos financieros. Así, de la misma forma que cuando un consumidor contrata un préstamo denominado en una moneda extranjera el profesional «deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera», debiendo el juez nacional «comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras» (*Andriciuc*, STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16), cuando un consumidor suscribe un contrato de seguro –de la modalidad que sea– el profesional deberá exponer al asegurado, entre otros extremos, todas las exclusiones y las limitaciones. De este modo, en nuestra opinión, no debería bastar con entregar una copia de las condiciones generales al consumidor, sino que el profesional debería explicar en qué consisten estas exclusiones y cuándo operan. Al tratarse comúnmente de cláusulas delimitadoras y no limitativas nuestro Tribunal Supremo tan solo exige que el

⁵²⁷ Como declara la sentencia del TS número 686/2022 de 21 de octubre (ES: TS:2022:3753): «En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza (sentencia 452/2015, de 14 de julio)».

⁵²⁸ Así, por ejemplo, en la sentencia del TS número 101/2021 de 24 de febrero, ES: TS:2021:584, el Alto Tribunal manifiesta: «Así resulta del tenor del artículo 3 LCS, ampliamente interpretado por la jurisprudencia de esta sala, que ha exigido la necesaria transparencia contractual en los contratos de seguro, como resume con claridad la sentencia 498/2016 de 19 de julio, con cita de la sentencia 273/2016 de 22 de abril; además, sobre la exigencia de transparencia y el control de abusividad en los contratos de seguro se ha pronunciado la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, *Van Hove*».

consumidor haya podido tener conocimiento de ellas, pero eso, a nuestro juicio, no es suficiente, sino que debería avanzarse, siguiendo la jurisprudencia comunitaria, a una situación en la que se exigiese un conocimiento efectivo de esas cláusulas que establecen determinadas exclusiones. En definitiva, entendemos que nuestro Tribunal Supremo debería integrar la jurisprudencia comunitaria dentro de su planteamiento sobre cláusulas delimitadoras y cláusulas limitativas de forma que el juez compruebe de forma efectiva que la cláusula controvertida, ya pertenezca a una u otra de ambas categorías ha superado el control de transparencia, sin perjuicio de que si se trata de una cláusula limitativa también tenga que cumplir con las dos exigencias prevenidas en el artículo 3 de la LCS, es decir, que se encuentre destacada de modo especial y que haya sido aceptada específicamente por escrito.

Este es el régimen que, desde mi punto de vista, habría de ser contemplado de manera diferente al modo en el que se ha hecho hasta ahora. La razón es porque el TJUE en materia de cláusulas abusivas no realiza esa diferenciación. Por ello, todas las cláusulas de un contrato de seguro tienen que cumplir con los requisitos de la transparencia material, exigiendo ello que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de la cláusula y de valorar las consecuencias económicas de la cláusula sobre sus obligaciones.

2.4.3 Algunos puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial

Las sentencias antes analizadas han generado multitud de comentarios doctrinales. La doctrina científica española analizó particularmente el problema de la falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 al que se refiere el asunto *Caja Madrid*, dado que dicha sentencia no sirvió para aclarar la problemática existente en nuestro país. Cámara Lapuente⁵²⁹ había manifestado que el silencio del legislador español al no transponer el artículo 4.2 de la Directiva no suponía necesariamente que en España estuviera admitido el control judicial mediante el examen del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre el precio y los bienes o servicios. Según el autor, el Tribunal Supremo español, que sí era

⁵²⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre, 2013, pp. 209-233.

competente para establecer el sentido material de la falta de transposición formal, dictó una serie de resoluciones ambiguas e incluso contradictorias, hasta llegar a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013⁵³⁰, en la que finalmente sí precisó cuál es el Derecho vigente en España al confirmar el criterio antes sentado por la STS 18 junio 2012⁵³¹: el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sí está en vigor en España pese a las afirmaciones del TJUE en la sentencia Caja Madrid, y, por lo tanto, no cabe en nuestro ordenamiento el control como abusivas de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (incluido el precio), salvo que no sean presentadas al consumidor de forma transparente⁵³². No obstante, el mismo autor, considera que «debe transponerse por fin el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE [...] y hacerlo con precisión y, en su caso, al alza en la protección del consumidor en lo relativo a la transparencia de las cláusulas suelo sobre el objeto principal del contrato», añadiendo que «[el legislador] ha preferido seguir en mora, pasivo y, por tanto, con su propia falta de transparencia ha generado parte de la confusión»⁵³³. De la opinión del autor se hace eco Fenoy Picón⁵³⁴ en un completísimo trabajo sobre el control de transparencia en la cláusula suelo.

En cuanto a la definición del objeto principal del contrato Élise Poillot⁵³⁵ plantea dudas sobre el desarrollo argumental del TJUE en la sentencia *Matei* al referirse en el apartado 62 al carácter accesorio de las cláusulas que permiten al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés. El TJUE determina su carácter accesorio, entre otros indicios, porque contienen «un mecanismo de ajuste que permite al prestamista modificar la cláusula que fija el tipo de interés, [por lo que] no parecen poder separarse de esta última, la cual puede formar parte del objeto principal del contrato»⁵³⁶. Poillot se pregunta si la cláusula de modificación del tipo de interés no participa también del objeto principal del contrato, dado que el mecanismo produce un efecto sobre la determinación del objeto.

⁵³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (pleno) de 9 de mayo de 2013. Núm. Recurso 485/2012, núm. de Resolución 241/2013. ES: TS:2013:1916.

⁵³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012. Núm. Recurso 46/2010, núm. de Resolución 406/2012. ES: TS:2012:5966.

⁵³² CÁMARA LAPUENTE, S., «¿De verdad puede controlarse ...», *op. cit.*, p. 233.

⁵³³ CÁMARA LAPUENTE, S., «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, LV, 2014-2015, p. 554.

⁵³⁴ FENOY PICÓN, N., «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de derecho civil*, volumen 71, núm. 3, 2018, p. 866.

⁵³⁵ POILLOT, E., «Bogdan Matei et Ioana Ofelia Matei c/SC Volksbank Romania SA aff. C-143/13», *Jurisprudence de la CJUE 2015. Décisions et commentaires*, Bruylant, volumen 1, 2016, p. 730.

⁵³⁶ Asunto C-143/13. STJUE de 26 de Febrero de 2015, *Matei*, apdo. 62.

En nuestra opinión, es evidente que el TJUE podría haber escogido otra línea argumental que plantease menos dudas, al menos, terminológicamente hablando. Sostener que la cláusula es accesorio porque prevé un mecanismo de ajuste que no se separa de la cláusula que determina el tipo de interés que sí forma parte del objeto principal del contrato es marcar una línea tan sutil que es susceptible de diversas interpretaciones. De forma mucho más simple, podría sostenerse que mientras que la cláusula que fija el tipo de interés forma parte del objeto principal del contrato, una cláusula que afecta al tipo de forma colateral, como la controvertida, tiene naturaleza accesorio.

La citada autora también plantea serias dudas sobre si las dos cláusulas controvertidas quedan fuera del artículo 4.2 o por el contrario sí puede considerarse que entran dentro del objeto principal o vinculadas al precio, refiriéndose en particular al supuesto en el que la cláusula que fija la comisión de riesgo tiene una repercusión económica importante sobre el precio del préstamo⁵³⁷.

A mi modo de ver, frente a las dificultades de apreciación que esos conceptos plantean, en orden a conseguir la adecuada protección al consumidor, disponemos de dos salidas: por un lado, la interpretación estricta del artículo 4.2, tal y como ha sido establecida por el TJUE –al tratarse de una excepción– y, por otro, la comprobación del cumplimiento de la transparencia material o aseguramiento de que se ha proporcionado al consumidor toda la información necesaria para que este tenga conocimiento de las consecuencias económicas derivadas de la cláusula.

La problemática del artículo 4.2 ha de ser, por tanto, contemplada indisolublemente unida al concepto de transparencia. En su comentario sobre la sentencia *Van Hove*, Stefano Pagliantini⁵³⁸ afirma que la transparencia, como requisito esencial para eximir a las cláusulas del control judicial, puede ser interpretada como una obligación del profesional de dar al consumidor una completa y efectiva información sobre las consecuencias económicas derivadas de la aplicación o la estructuración de la cláusula. En otras palabras, el profesional tiene que asegurarse de que el consumidor toma conocimiento de la razón económica por la que aquel ha puesto la cláusula X en lugar de la cláusula Y en el contrato. Considerando que el conocimiento⁵³⁹ del consumidor es una

⁵³⁷ *Ibid.*, pp. 730-731.

⁵³⁸ PAGLIANTINI, S., «CJEU, 23 April 2015, C-96/14, *Van Hove v CNP Assurances*: full disability clause and insurer's relief. Towards an *Unklarheitenregel* with the exclusion of malicious or unwary consumer?», *Journal of European Consumer and Market Law*, volumen 1, 2015, p. 240.

⁵³⁹ «Awareness» es el término utilizado por el autor que se puede traducir como conocimiento, concienciación o sensibilidad, entre otros vocablos.

situación subjetiva y está afectado por la habilidad del profesional para que celebre el contrato, una noción formal de transparencia es totalmente inútil siempre y cuando el profesional no proporcione en beneficio del consumidor una información completa sobre ganancias y costes derivados de la aplicación de la cláusula.

Puede discutirse si el nivel de conocimiento en el consumidor que exige el TJUE es tan elevado como describe Pagliantini o simplemente lo que se requiere es que un consumidor medio alcance a comprender las consecuencias económicas de la cláusula controvertida. En las cláusulas suelo, ejemplo arquetípico –desde nuestro punto de vista– de supuesto en el que no se cumple con la transparencia material, el consumidor no conoce lo que hay detrás de esa cláusula. Entre otras circunstancias, no se le informa del comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés y se inserta la cláusula suelo correlativa a la cláusula techo aparentando que esta es contraprestación de la primera, entre otros datos que impiden que el consumidor tenga un conocimiento real de lo que significa esa cláusula.

En el asunto *Van Hove*, dado que se contrata un seguro para prever un evento que conlleve la imposibilidad del pago de las cuotas, al mencionar la cláusula la expresión «cualquier actividad, remunerada o no» no permite al consumidor conocer a qué supuestos se refiere, ni tampoco saber que el concepto de «incapacidad total para trabajar» del contrato no se corresponde con el concepto de incapacidad permanente parcial según se configura en el Derecho francés de la seguridad social. En nuestra opinión, estos dos ejemplos de supuestos en los que no se cumple con la transparencia material no implican la necesidad de una información completa sobre ganancias y costes derivados de la aplicación de la cláusula, pero sí un conocimiento de las reales consecuencias económicas de la cláusula. Tiene razón Pagliantini cuando afirma que el resultado de *Van Hove* es que, a falta de negociación entre las partes, la transparencia debe ser tomada seriamente en aras de una verdadera libre elección al dar el consentimiento para contratar y que la obligación contractual –utiliza literalmente el término en alemán: *Vertragsbindung*⁵⁴⁰– en relaciones asimétricas es un elemento variable que el principio de transparencia puede *a posteriori* amortiguar parcial o totalmente. En ese sentido, es sintomático que el subtítulo del artículo de Pagliantini sea «towards an *Unklarheitenregel* with the exclusion of malicious and unwary consumer» que puede ser traducido como «hacia una regla de la falta de transparencia con la exclusión del consumidor de mala fe e incauto».

⁵⁴⁰ «Vertrag» significa contrato y «Bindung» es vinculación.

También estima Pagliantini que, en caso de que la falta de claridad de una cláusula no se considere suficiente para poder apreciar su naturaleza abusiva por una desventaja irrazonable (*unangemessene Benachteiligung*), el artículo 5 de la Directiva 93/13 proporciona un remedio alternativo: en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor, lo que según el referido autor podría aplicarse en el supuesto de la cláusula controvertida de *Van Hove* de forma que el concepto de «incapacidad total» deberá ser entendido como una forma de incapacidad para obtener suficientes ingresos a fin de poder abonar el préstamo⁵⁴¹.

En relación con el asunto *Van Hove*, Heirman⁵⁴² presenta otras alternativas diferentes a la exigencia de transparencia. En primer lugar, se refiere al concepto de «las expectativas razonables del consumidor», aplicado por la legislación alemana, con arreglo al cual una cláusula que es sorpresiva no formaría parte del objeto principal del contrato y, por tanto, su naturaleza abusiva sería susceptible de ser evaluada. Para determinar si una cláusula es sorpresiva (*uberraschende Klauseln*), la legislación alemana examina primeramente el objetivo y la materia objeto del contrato. Estos se comparan con las normas reglamentarias, la buena fe y las normas aplicables habitualmente a este tipo de contratos. Lo que cobra importancia es si la cláusula se desvía del objetivo y de la materia objeto del contrato presentándose de una forma inesperada y sorprendente. En ese punto, el autor enlaza con los apartados 23 y 24 de la sentencia *Van Hove*, ya que en ellos el TJUE se refiere al planteamiento del tribunal remitente que explica en el auto de remisión que la cláusula controvertida excluye de la cobertura del seguro al asegurado que sea declarado apto para ejercer una actividad profesional cualquiera, incluso no remunerada. Dado que el contrato de seguro tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo suscrito en el caso de que su estado de salud no le permita ejercer una actividad que le procure los ingresos para hacer frente a esas obligaciones, el tribunal remitente se pregunta si la cláusula crea un desequilibrio importante. Heirman estima que, aunque el tribunal remitente no se haya referido expresamente al concepto de cláusula sorpresiva, sí se encuentra implícitamente en su planteamiento. En segundo lugar, Heirman trae a colación el efecto restrictivo de la razonabilidad y la equidad, al que se refiere la doctrina neerlandesa en el marco de

⁵⁴¹ PAGLIANTINI, S., «CJEU, 23 April 2015, C-96/14, *Van Hove v CNP Assurances*: full disability clause and insurer's relief. Towards an *Unklarheitenregel* with the exclusion of malicious or unwary consumer?» *Journal of European Consumer and Market Law*, volumen 1, 2015, pp. 240-241.

⁵⁴² HEIRMAN, G., «Core terms: interpretation and possibilities of assessment », *Journal of European Consumer and Market Law*, volume 6, 2017, pp. 33-34.

las cláusulas concernientes al objeto principal del contrato. La dependencia hacia una determinada cláusula sería inaceptable conforme a los principios de razonabilidad y equidad, incluso tratándose de una cláusula relativa al objeto principal del contrato.

Cualquier mecanismo orientado a fin de conseguir la protección del consumidor es válido en el marco del Derecho de la Unión y serán las circunstancias de cada supuesto las que determinen la vía a utilizar. En nuestra opinión, las alternativas presentadas por Heirman también pueden configurarse como ideas complementarias que ayuden a evaluar el control de transparencia. En una cláusula que señala el evento que da lugar a la operatividad del seguro contratado, como sucede en *Van Hove*, el concepto de cláusula sorpresiva puede ayudar a evaluar la transparencia material de la cláusula. Se exigiría un plus de información precontractual al consumidor por parte del profesional, dado que las limitaciones impuestas en la cláusula desvirtúan de alguna forma la efectividad del seguro contratado. Es razonable pensar que el seguro contratado por el consumidor tiene como objetivo que en caso de que el consumidor sufra una incapacitación que le impida obtener los ingresos habituales con los que hacer frente a sus gastos habituales y a la cuota del préstamo, la compañía de seguros se haga cargo de la cuota del préstamo. Incluso, habitualmente, es el propio banco prestamista el que exige la contratación del seguro. Por ello, resulta sorpresiva e inesperada una cláusula que limita los supuestos para que la compañía de seguros se haga cargo de la cuota del préstamo, exigiendo que el consumidor se encuentre imposibilitado de ejercer cualquier actividad, incluso las no remuneradas. No tiene lógica esa exigencia porque desvirtúa la finalidad del seguro. Por todo ello, el carácter de cláusula sorpresiva podría producir como efecto elevar el rigor del control de transparencia.

En nuestro país existe un importante debate doctrinal sobre si la cláusula no transparente es por ello directamente abusiva, o bien ha de someterse al test de abusividad. A nuestro entender, hay que diferenciar entre la previsión de la Directiva 93/13 –tal y como ha sido interpretada por el TJUE– y el nivel de protección conferido por nuestro ordenamiento interno teniendo en cuenta la modificación del artículo 83 LGDCU que ha incorporado el párrafo segundo⁵⁴³ que dispone que «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Creemos que la postura del TJUE al respecto en su labor interpretativa de la Directiva 93/13 ha quedado clara en diversas sentencias. Como ejemplo podemos referirnos al apartado 49 de la sentencia *Kiss* y *CIB Bank*, en el que

⁵⁴³ El nuevo párrafo ha sido añadido por la disposición final 8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo.

literalmente declara el TJUE que «la transparencia de una cláusula contractual que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13 es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, cuya apreciación corresponde al juez nacional». Por tanto, estimamos que la Directiva 93/13 –tal y como ha sido interpretada por el TJUE– no prevé que una cláusula no transparente sea directamente abusiva por ese hecho. El TJUE dice claramente que es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta, pero no que conduzca automáticamente a la declaración de abusividad. Por ello, tenemos que manifestar nuestra discrepancia en relación con aquellos autores que defienden en nuestro país que el TJUE haya considerado que la falta de transparencia de una cláusula comporta directamente su abusividad. En ese sentido, el Prof. Orduña⁵⁴⁴ viene a sostener que la nulidad de pleno derecho como «consecuencia directa» de la cláusula no transparente es una conclusión reiterada en la jurisprudencia del TJUE ya que anuda al carácter no transparente de la cláusula la aplicación del principio de efectividad de la Directiva (artículo 6.1), añadiendo que la abusividad es la sanción, tanto para el control de contenido, como para el control de transparencia. Es una postura plena de sentido y coherencia considerar que, en la medida en que una cláusula no es transparente, ello ha producido por sí solo un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en contra de la buena fe que conlleva la naturaleza abusiva de la cláusula, lo que la convierte en nula de pleno derecho. Ahora bien, eso no es lo que sostiene el TJUE, ya que este considera la falta de transparencia como un elemento para tener en cuenta a la hora de llevar a cabo el juicio de abusividad, de forma que la falta de transparencia no conlleva automáticamente la naturaleza abusiva de la cláusula.

Por otro lado, hemos de señalar que teniendo en cuenta que la Directiva 93/13 es una norma de mínimos, nuestro ordenamiento interno puede conferir una protección mayor a los consumidores, ya sea a través de una línea jurisprudencial –función de complemento del ordenamiento jurídico– o de una disposición normativa. Así, puede entenderse la dicción actual del artículo 83, párrafo segundo de la LGDCU, sin perjuicio de la eventual interpretación que nuestro Tribunal Supremo lleve a cabo de dicha disposición en un futuro próximo. Como es sabido, en relación a los asuntos a los que no les resulta de aplicación dicho precepto por razón de la fecha de su entrada en vigor, el TS ha dado un tratamiento excepcional y diferenciado a las cláusulas

⁵⁴⁴ ORDUÑA MORENO, F. J., «Que González de Audicana considere elevar una segunda cuestión prejudicial sobre el IRPH ante el TJUE es lo correcto», *Conflegal*, publicado el 8 de mayo de 2020. Disponible en: <https://conflegal.com/20200508-que-gonzalez-de-audicana-considere-elevar-una-segunda-cuestion-prejudicial-sobre-el-irph-ante-el-tjue-es-lo-correcto/> (última consulta el 3 de septiembre de 2023).

suelo, con respecto a las cuales ha entendido que procede esa abusividad directa de la cláusula por falta de transparencia o identificación entre cláusula no transparente y cláusula abusiva, mientras que para la generalidad de las cláusulas ha considerado que la cláusula no transparente debe someterse al test de abusividad para evaluar si tiene naturaleza abusiva o no la tiene⁵⁴⁵. En definitiva, a nuestro modo de ver, la Directiva 93/13 no establece esa equiparación directa o automática entre cláusula no transparente y cláusula abusiva, mientras que, en cuanto a nuestro ordenamiento interno, a resultas de la incorporación del nuevo párrafo segundo del artículo 83 LGDCU⁵⁴⁶, habrá que diferenciar entre contratos celebrados antes del 16 de junio de 2019 y aquellos suscritos a partir de dicho día, de forma que en este segundo grupo sí debería entenderse que la falta de transparencia conlleva automáticamente la nulidad de la cláusula.

⁵⁴⁵ Entre otras muchas, STS número 411/2020 de 7 de julio de 2020. ES: TS:2020:2415, en cuyo fundamento de Derecho segundo, apartado 7, declara el TS: «En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan)».

⁵⁴⁶ Añadido mediante la disposición final octava de la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, publicada en el *BOE* de 16 de marzo de 2019, con entrada en vigor a los tres meses de su publicación.

CAPÍTULO 3. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13

SUMARIO:

- 3.1 Introducción.
- 3.2 La exclusión de las cláusulas negociadas individualmente.
 - 3.2.1 Problema previo. La exigencia de que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente: ¿delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 o requisito para la apertura del juicio de abusividad? La controvertida configuración por parte del Tribunal de Justicia.
 - 3.2.2 Concepto de cláusulas no negociadas individualmente.
 - 3.2.3 Análisis jurisprudencial.
- 3.3 La exclusión de las cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas y supletorias.
 - 3.3.1 Introducción.
 - 3.3.2 Análisis jurisprudencial.
 - 3.3.3 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial.

3.1 INTRODUCCIÓN

Es objeto del presente capítulo delimitar y analizar el ámbito material de aplicación de la Directiva 93/13. Para ello vamos a ayudarnos, fundamentalmente, de sus considerandos décimo, decimosegundo y decimotercero, de sus artículos 1 y 3, así como de un conjunto de sentencias del Tribunal de Justicia que han interpretado dichas disposiciones y considerandos.

Ha de señalarse que el considerando décimo establece que: «tales normas [las normas uniformes sobre cláusulas abusivas, es decir, la Directiva 93/13] deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor; que por consiguiente quedan excluidos de la presente Directiva, en particular, los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades». A ello hay que añadir, en segundo lugar, que el considerando decimosegundo dispone: «[...]que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual». En tercer lugar, debemos remitirnos al considerando decimotercero, con arreglo al cual: «[...]que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo».

No existiendo en el articulado de la Directiva 93/13 ningún apartado específico sobre «ámbito de aplicación» como sucede en otros instrumentos comunitarios, los considerandos mencionados vienen a constituir, desde nuestro punto de vista, la delimitación del ámbito material de la Directiva 93/13, reafirmado en sus artículos 1 y 3.

Ello por cuanto que la Directiva 93/13 se aplica a «todos los contratos celebrados entre un profesional y consumidor» (considerando décimo), lo que implica que afecta a todos los sectores económicos y a cualesquiera tipos de contratos celebrados entre un «profesional» y un «consumidor». El ámbito de aplicación viene determinado por los sujetos intervinientes en los contratos, es decir, por el ámbito de aplicación personal de la propia Directiva 93/13¹. Partiendo de este escenario –todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor– para delimitar el ámbito de aplicación material, tan solo debemos realizar dos acotaciones.

La primera consiste en excluir las cláusulas negociadas individualmente, ya que el considerando decimosegundo indica que «las cláusulas de la presente

¹ Como afirma el TJUE en *Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida S.A.*, asunto C-263/22, STJUE de 20 de abril de 2023: «La Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes» (apdo. 32).

Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual».

En este punto es necesario realizar una importante advertencia en el sentido de que en *Banca Transilvania*² –reiterado en *Trapeza Peiraios*³– el Tribunal de Justicia no contempla las cláusulas negociadas individualmente como una categoría de cláusulas que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, sino que considera que la falta de negociación individual es un requisito relativo a la apertura del control del carácter abusivo de una cláusula. En sentido similar se ha manifestado el propio legislador comunitario al añadir a la Directiva 93/13 el artículo 8 bis mediante el artículo 32 de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores⁴ al utilizar la expresión: «[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente [...]».

En el epígrafe siguiente dedicado al estudio del concepto de las cláusulas no negociadas individualmente, expondremos, con carácter previo, nuestra postura al respecto y las razones en virtud de las cuales consideramos que ese tratamiento conferido por el Tribunal de Justicia es erróneo. Con base en nuestra convicción y a pesar de lo sostenido por el TJUE, en el presente trabajo incluimos el análisis del concepto de cláusulas no negociadas individualmente dentro del ámbito material de la Directiva 93/13 configurándolo como una primera delimitación de este.

Una vez delimitada la primera acotación consistente en la exclusión de las cláusulas negociadas individualmente, la segunda acotación, prevista en el considerando decimotercero, está constituida por la exclusión de las cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas, incluyéndose dentro de estas, según el propio considerando, «las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo», así como las cláusulas que reflejan disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte.

Una vez aplicadas ambas acotaciones, ya tenemos delimitado el ámbito material de la Directiva 93/13: todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, quedando excluidas las cláusulas negociadas individualmente y las cláusulas que reflejen normas imperativas o supletorias (o

² As. C-81/19. STJUE de 9 de julio de 2020, *Banco Transilvania*.

³ As. C-243/20. STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Trapeza Peiraios*.

⁴ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE.

disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte).

Como decimos, los artículos 1 y 3 de la Directiva 93/13 refrendan el planteamiento de los considerandos, dado que el artículo 1.2 recoge la exclusión prevista en el considerando decimotercero⁵ y la definición de cláusulas abusivas dispuesta por el artículo 3.1 descarta como tales aquellas negociadas individualmente. A continuación, vamos a analizar las dos acotaciones del ámbito material de la Directiva 93/13. En primer lugar, examinaremos la exclusión de las cláusulas negociadas individualmente. Dicho examen será sucinto debido a que la jurisprudencia del TJUE apenas ha dedicado algunos comentarios a esta cuestión, limitándose nuestro estudio jurisprudencial a una única resolución. Por el contrario, el análisis de la exclusión prevista en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 será amplio en la medida en que ha supuesto la cuestión nuclear de un buen número de resoluciones del Tribunal de Justicia.

Por otro lado, conviene no confundir la delimitación del ámbito material de aplicación que realiza el artículo 1.2, excluyendo de la aplicación de la Directiva a una categoría de cláusulas –las que reflejan normas imperativas o normas supletorias–, con la exclusión del juicio de abusividad para dos categorías de cláusulas prevista por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. En este segundo caso –cláusulas que definen el objeto principal del contrato y cláusulas que se refieren a la adecuación entre precio y bienes o servicios entregados en contraprestación–, las cláusulas se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, pero no van a ser objeto del juicio de abusividad, salvo que no sean claras y comprensibles.

Finalmente, dejamos reseñadas dos cuestiones que exponemos en la síntesis de nuestro estudio relativas a la posibilidad de que nuestro legislador, a fin de elevar el nivel de protección del consumidor y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 169. 4 del TFUE, se plantee, por un lado, incluir dentro del concepto de cláusulas abusivas las negociadas individualmente, camino que ya ha sido recorrido por otros Estados miembros como Chequia, Francia, Luxemburgo, Malta, Austria, Finlandia y Suecia, y, por otro, que circunscriba la exclusión del artículo 1.2 a las cláusulas que reflejen normas imperativas, de forma que la Directiva 93/13 se aplicaría a las cláusulas que reflejen normas supletorias.

⁵ Como explicaremos más adelante, se da la poco ortodoxa circunstancia de que el considerando decimotercero completa el sentido del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 al prever que la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas supletorias.

3.2 LA EXCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

3.2.1 Problema previo. La exigencia de que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente: ¿delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 o requisito para la apertura del juicio de abusividad? La controvertida configuración por parte del Tribunal de Justicia

Como hemos advertido, actualmente, el TJUE configura la exigencia de que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente como requisito para la apertura del juicio de abusividad. Así, en *Banca Transilvania*, el TJUE ha declarado que «con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, la falta de negociación individual es un requisito relativo a la apertura del control del carácter abusivo de una cláusula que no puede tener lugar cuando la cláusula contractual no esté comprendida en su ámbito de aplicación» (apdo. 36). Esta declaración ha sido reiterada en *Trapeza Peiraios* (apdo. 34). Consideramos que el TJUE comete un error al entender que la falta de negociación es un requisito relativo a la apertura del control del carácter abusivo de una cláusula. Basamos nuestra postura en el hecho de que el considerando decimosegundo señala con toda claridad: «que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual». Es decir, de forma cierta y evidente, el legislador comunitario está delimitando el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 a las cláusulas contractuales que no han sido objeto de negociación individual. Por tanto, no es que el legislador comunitario incluya dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 a las cláusulas negociadas individualmente y diga que no son susceptibles del juicio de abusividad como sostiene el TJUE, sino que, directamente, el legislador comunitario deja fuera de la Directiva 93/13 a las cláusulas negociadas individualmente. Las versiones francesa e inglesa del considerando decimosegundo son incluso más claras en ese sentido. La primera, traducida literalmente, establece que «únicamente las cláusulas contractuales que no han sido objeto de una negociación individual son objeto de la presente Directiva» (*seules les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle font l'objet de la présente*

directive)⁶, y la segunda, también en traducción literal dispone que «únicamente las cláusulas contractuales que no han sido negociadas individualmente están cubiertas por esta Directiva» (*only contractual terms which have not been individually negotiated are covered by this Directive*)⁷. Las versiones en otras lenguas son muy similares⁸. Nuestra postura también se ve avalada por argumentos complementarios. Así, en *Siba*⁹, el TJUE, refiriéndose a una cláusula que podría revelar aspectos de la relación entre abogado y cliente, dice textualmente: «No obstante, esa cláusula se negociaría individualmente y, por ello, no estaría sujeta a la aplicación de la Directiva 93/13» (apdo. 32). El TJUE no dice que por ello no sería objeto del control del carácter abusivo, sino que, con meridiana claridad, se refiere a la aplicación de la Directiva 93/13.

Además, hay que tener en cuenta que en la Comunicación de la Comisión Europea titulada «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores» (2019/C 323/04), publicada en el DOUE el 27 de septiembre de 2019, se recoge dentro del apartado «1.2. El ámbito de aplicación de la Directiva 93/13», el subapartado «1.2.2. Cláusulas contractuales no negociadas individualmente (artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/13)». Dicho subapartado es iniciado por la Comisión señalando: «Según el artículo 2, letra a), leído en relación con el artículo 3, apartado 1, solo las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente están sujetas a la Directiva 93/13». Dentro del mismo apartado dedicado al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 la Comisión incluye el análisis de la exclusión del artículo 1.2 y fuera ya del apartado referido al ámbito de aplicación de la Directiva, en un apartado completamente diferente relativo a la valoración general del carácter abusivo y exigencia de transparencia es donde la Comisión estudia las exclusiones al juicio de abusividad previstas en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

Del tenor de las palabras de la Comisión y de otras alusiones reflejadas en la misma Comunicación queda, por tanto, meridianamente claro que en ese

⁶ La versión francesa reza como sigue: «[...] que, notamment, seules les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle font l'objet de la présente directive [...]» (subrayado es nuestro).

⁷ La versión inglesa dispone lo siguiente: «[...] whereas, in particular, only contractual terms which have not been individually negotiated are covered by this Directive [...]» (subrayado es nuestro).

⁸ La versión italiana establece: «[...]sono oggetto della presente direttiva soltanto le clausole non negoziate individualmente[...]» que puede traducirse como «son objeto de la presente Directiva únicamente las cláusulas no negociadas individualmente».

⁹ As. C-537/13. STJUE de 15 de enero de 2015, *Siba*.

trascendental documento publicado en 2019 la Comisión concibe la exigencia de que no haya sido negociada individualmente como requisito para que la cláusula entre dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 91/13 y no como requisito para que la cláusula sea susceptible del juicio de abusividad. No impide nuestra conclusión el hecho de que el artículo 8 bis de la Directiva 93/13 introducido por el artículo 32 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores¹⁰, disponga que:

«Artículo 8 bis. 1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones: –hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, o–contienen listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas [...].

Como vemos, en 2011, el legislador comunitario, al adoptar el artículo 8 bis de la Directiva 93/13, se refiere a que un Estado miembro adopte disposiciones que hagan extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente. Quizá esa sea la razón por la que el TJUE en *Banca Transilvania* y en *Trapeza Peiraios* haya adoptado esa postura, pero reiteramos que ello no es suficiente para considerar que la delimitación no afecte al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, que lo afecta, con independencia de que al quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las cláusulas negociadas individualmente no van a ser objeto del juicio de abusividad. La dicción del artículo 8 bis es contradictoria con el propio considerando decimosegundo de la Directiva 93/13 y con la configuración de la propia Directiva 93/13 y por eso la Comisión Europea en 2019 al elaborar la Comunicación se refiere a la exigencia de que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente dentro del apartado correspondiente al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En definitiva, en nuestra opinión, la Directiva 93/13 configura la exigencia de que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente como delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y no como requisito para la apertura del juicio de abusividad, que es lo que sostiene el TJUE en *Banca Transilvania* y en *Trapeza Peiraios*.

¹⁰ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Publicada en el *DOUE* el 22 de noviembre de 2011.

3.2.2 Concepto de cláusulas no negociadas individualmente

La definición de cláusulas abusivas contenida en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 excluye de esa consideración a aquellas que han sido negociadas individualmente. La propia Directiva precisa lo que se entiende como cláusula no negociada individualmente al disponer el apartado segundo del artículo 3 que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión».

Este concepto de cláusula no negociada individualmente permite aglutinar tanto la denominada cláusula tipo o condición general como la cláusula contenida en un contrato de adhesión particular, cuando no existe negociación individual. Como se ha dicho dentro del apartado correspondiente al contexto normativo del concepto de cláusula abusiva –al que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones–, la expresión más acertada, desde nuestro punto de vista, es la «contratación por adhesión», que incluye tanto las condiciones generales de la contratación redactadas por el profesional para ser incorporadas a un conjunto de contratos reguladores de una relación jurídica análoga como aquellas cláusulas redactadas previamente por el profesional para un contrato particular y en relación a las cuales el consumidor no puede negociar, sino que únicamente puede adherirse o rechazar la suscripción del contrato. Por tanto, la clave sigue estando en el hecho de que la cláusula haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir en su contenido ¹¹.

El apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 93/13 en sus párrafos segundo y tercero añade dos notas de gran relevancia. Así, el párrafo segundo prevé que «el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión». A ello el legislador comunitario añade en el párrafo tercero que «el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba».

¹¹ El legislador español explicaba muy bien la diferencia entre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en la exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Al referirse a las cláusulas abusivas declaraba: «El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual».

Por tanto, es evidente que el juez nacional, con carácter previo a llevar a cabo el juicio de abusividad, tiene que comprobar si la cláusula o cláusulas controvertidas han sido negociadas individualmente o no lo han sido, correspondiendo la carga de la prueba sobre ese extremo al profesional y teniendo en cuenta que el hecho de que una parte de una cláusula o, incluso, una determinada cláusula haya sido negociada individualmente no impide que los restantes elementos de esa cláusula o las restantes cláusulas de ese contrato se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En ese sentido, será trascendental el examen por parte del juzgador de las comunicaciones previas a la celebración del contrato que hayan existido entre las partes para poder discernir qué cláusula o cláusulas o elementos de una cláusula responden a la negociación individual y cuáles han sido impuestas por el profesional sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido.

Podemos añadir en relación con el párrafo tercero del artículo 3.2 de la Directiva 93/13 que, a nuestro juicio, parece que sobra la palabra «tipo», puesto que si se trata de una «cláusula tipo» es porque no se ha negociado individualmente. Una redacción más coherente de ese precepto hubiera respondido al siguiente tenor: «el profesional que afirme que una cláusula se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba».

El TJUE realiza pocas referencias al problema relativo a si la cláusula controvertida ha sido negociada individualmente o no lo ha sido. Este hecho se debe a que hasta el momento los juzgados nacionales apenas han preguntado por esta cuestión. Con independencia del auto dictado en el asunto *STING Reality*¹², entre otras menciones, cabe recordar que en *Constructora Principado*¹³ el Tribunal de Justicia señala que de la resolución de remisión resulta que las partes en el litigio discrepan sobre si la estipulación decimotercera del contrato –centro de la controversia– fue o no objeto de negociación individual, declarando el TJUE que corresponde al tribunal remitente pronunciarse sobre esa cuestión, atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba (apdo. 19). También en *Sebestyén*¹⁴ el TJUE alude al apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 93/13 limitándose a decir que dicha disposición establece que siempre se considerará que una cláusula no se ha negociado

¹² Asunto C-853/19. Auto del TJUE de 2 de julio de 2020, *STING Reality*.

¹³ As. C-226/12. STJUE de 16 de enero de 2014, *Constructora Principado*.

¹⁴ As. C-342/13. Auto del TJUE de 3 de abril de 2014, *Sebestyén*.

individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión (apdo. 24). En *OTP Bank y OTP Faktoring* ¹⁵ el TJUE declara que el concepto de «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente» del artículo 3.1 de la Directiva comprende, en particular, una cláusula contractual modificada por una disposición legislativa nacional imperativa, adoptada tras la celebración de un contrato con un consumidor y que tiene por objeto suplir una cláusula viciada de nulidad contenida en dicho contrato (apdo. 49); ello se debe a que las cláusulas controvertidas fueron impuestas por el legislador nacional, por lo que las partes en el contrato no las negociaron individualmente (apdo. 48). En *Siba* ¹⁶, el TJUE se refiere a que la redacción específica de una cláusula contractual, en particular la concerniente a las modalidades de los honorarios del abogado, podría revelar, al menos incidentalmente, algunos aspectos de la relación entre el abogado y su cliente que deberían mantenerse secretos, pero que, no obstante, esa cláusula se negociaría individualmente y, por ello, no estaría sujeta a la aplicación de la Directiva 93/13 (apdo. 32). No parece, a nuestro modo de ver, que la perspectiva asumida por el TJUE sea completa. Puede ocurrir que la cláusula sobre honorarios entre un abogado y un cliente haya sido negociada individualmente, pero también sucederá —con enorme frecuencia en determinados litigios como los de recuperación de cantidades abonadas por cláusulas abusivas (cláusula suelo, etc.)— que los honorarios no se hayan pactado por negociación, sino que el profesional haya impuesto un determinado porcentaje sobre lo obtenido, publicitando la modalidad de honorarios como estrategia para atraer a más clientes. En esos casos será evidente que no ha existido negociación, pudiendo tratarse de cláusulas en las que veladamente también se incluyan dentro de los honorarios conceptos como los intereses y las costas ganadas, careciendo de transparencia y generando un desequilibrio importante por lo que podrá conducir a la calificación como abusiva de la cláusula que regule los honorarios por los servicios jurídicos prestados. En *Ibercaja Banco (contra XZ)* ¹⁷, remitiéndose precisamente a *Siba*, el Tribunal de Justicia no se muestra riguroso cuando viene a definir una cláusula no negociada individualmente como «aquella que está redactada con vistas a una utilización generalizada». Parece evidente que se desprende del contenido del artículo 3.2, párrafo primero, de la Directiva 93/13, que no es correcta esa definición al no incorporar a las

¹⁵ As. C-51/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *OTP Bank y OTP Faktoring*.

¹⁶ As. C-537/13. STJUE de 15 de enero de 2015, *Siba*.

¹⁷ As. C-452/18. STJUE de 9 de julio de 2020, *Ibercaja Banco (contra XZ)*.

cláusulas a las que se adhiere el consumidor en contratos particulares no serios. Pasamos a analizar la única resolución que es objeto de examen en la temática relativa a las cláusulas no negociadas individualmente.

3.2.3 Análisis jurisprudencial

Caso 36. *STING Reality*¹⁸⁻¹⁹: Aplicación de normas procesales nacionales para evaluar si las cláusulas del contrato de venta de inmueble han sido objeto de negociación individual, tras haber rechazado el profesional el requerimiento del juez nacional para la aportación de contratos similares al controvertido suscritos con otros consumidores.

Hechos. Esta petición fue formulada en el contexto de un litigio entre el consumidor IM y la entidad STING Reality en relación con la validez de un contrato de venta de un inmueble²⁰. IM interpuso ante el órgano jurisdiccional remitente una demanda de anulación del presunto contrato de compraventa de su piso, alegando que únicamente tenía la intención de celebrar un contrato de refinanciación de sus préstamos, con la constitución temporal de una garantía sobre su propiedad y no un contrato para la venta de esta propiedad a STING Reality. El órgano jurisdiccional remitente señaló que en virtud del artículo 53, apartado 7, del Código Civil eslovaco está prohibido en el marco de un contrato de consumo garantizar el cumplimiento de una obligación derivada de dicho

¹⁸ Asunto C-853/19. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 2 de julio de 2020. IM contra STING Reality. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Poprad, Eslovaquia. EU: C:2020:522. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, a la que le fue asignado.

¹⁹ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas eslovaco y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

²⁰ Se desprende de la resolución de remisión que el consumidor IM es una persona anciana que tiene una grave minusvalía y que dispone de ingresos muy limitados que no le permiten reembolsar los créditos al consumo que ha contratado. Si bien se había iniciado un procedimiento de subasta voluntaria para el apartamento de IM con el fin de permitir que el interesado reembolsara sus deudas, fue abordado por una persona actuando en nombre de STING Reality, empresa dedicada a la concesión de préstamos, que le ofreció una refinanciación de sus créditos, que aceptó. En estas condiciones, IM celebró tres contratos con STING Reality, el primero de 29 de julio de 2015, relativo al suministro de la venta del apartamento, el segundo, de 13 de agosto de 2015, relativo a la venta de este apartamento por un importe de 21.239,17 euros, y el tercero, del 13 de agosto de 2015, reservándose para IM el derecho de recompra de dicho piso por la cantidad de 28.200 euros o, en caso de amortización posterior al 13 de octubre de 2015, por la cantidad de 32.000 euros. Del precio de venta del piso, STING Reality se quedó con la suma de 3.500 euros como retribución por su servicio de intermediación, pagó la suma de 4.600 euros a IM y utilizó el saldo para cubrir deudas derivadas de préstamos al consumo contraídos por IM.

contrato mediante la transmisión de un derecho relativo a bienes inmuebles como garantía. Este tribunal considera que IM probablemente fue víctima de una práctica comercial desleal, en particular una práctica agresiva, en el sentido de los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29, ya que STING Reality se habría beneficiado de la situación de angustia de IM, haciéndolo firmar un contrato de venta del bien inmueble, y no un contrato de crédito, con la intención de eludir la prohibición consagrada en el artículo 53, apartado 7, del Código Civil. Además, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si también puede realizar un control judicial del carácter abusivo del contrato controvertido en el litigio principal con arreglo a la Directiva 93/13, a pesar de la negativa de STING Reality a presentar, a instancia de dicho órgano jurisdiccional, contratos similares celebrados por esta empresa con terceros, para que pueda verificar si este contrato ha sido objeto de negociación individual en el sentido de esta Directiva.

La primera cuestión se refiere a la interpretación de la Directiva 2005/29 y el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las disposiciones de la Directiva 2005/29, en particular los artículos 8 y 9, deben interpretarse en el sentido de que una situación, como la controvertida en principio, en la que un anciano que padece una discapacidad grave y tiene unos ingresos limitados que no le permiten reembolsar las deudas que ha acumulado, constituye una circunstancia particular de gravedad susceptible de alterar el juicio de esta persona a la que es probable que un profesional explote a sabiendas con el fin de influir en la decisión de dicha persona.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en el marco de un procedimiento judicial que examina la naturaleza abusiva de las condiciones de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, el hecho de que el profesional rechace la solicitud que se le hizo para que le facilitara contratos similares que había celebrado con otros consumidores, con el fin de determinar en qué medida las condiciones del contrato examinado han sido objeto de negociación individual, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13, impide al órgano jurisdiccional nacional considerar que el contrato examinado no ha sido objeto de negociación individual.

Hay una tercera pregunta formulada por el juzgado remitente relativa a si el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 debe ser interpretado en el sentido de que las circunstancias que han precedido a la celebración de un contrato, en particular, el hecho de que el profesional dispusiera de datos personales del consumidor, adquiridos sin saberlo este antes del proceso de venta del producto, son pertinentes a fin del examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

Esta pregunta ha sido considerada inadmisible y no ha podido ser contestada por el TJUE, al sostener este que el juzgado remitente no ha facilitado las precisiones suficientes que le permitan conocer las razones por las cuales se pregunta sobre la interpretación del artículo 4.1 de la Directiva, por lo que el Tribunal de Justicia no puede facilitar una respuesta útil al juzgado remitente. El TJUE señala la facultad de que dispone el juzgado remitente de plantear una nueva cuestión prejudicial aportando las precisiones necesarias.

Doctrina. Dado que la primera pregunta no versa sobre la interpretación de la Directiva 93/13 nos limitamos a reproducir la conclusión del TJUE que declara que los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29 deben interpretarse en el sentido de que la calificación de una práctica comercial como agresiva, a la luz del significado de estas disposiciones, requiere una valoración concreta y específica, a la luz de los criterios establecidos en dichas disposiciones, de todas las circunstancias que caracterizan esta práctica. En el caso de que el contrato fuera celebrado por una persona mayor, que padeciera una discapacidad grave y que tuviese unos ingresos limitados que no le permitieran reembolsar las deudas que había acumulado, la circunstancia de que el contrato así celebrado tuviera el efecto de permitir la elusión de una disposición nacional de protección del consumidor es un indicio de que el comerciante interesado pretendía explotar a sabiendas la especial gravedad de la situación en la que se encontraba dicha persona, con el fin de influir en su decisión, correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente su apreciación.

Con relación a la segunda pregunta el órgano jurisdiccional remitente señala que STING Reality se negó, a pesar de que se le solicitó a tal efecto, a comunicarle los contratos similares que había celebrado con otros consumidores, por lo que sería imposible determinar si las cláusulas del contrato controvertido en el litigio principal fueron objeto de negociación individual. Señala el TJUE que, si bien ya ha regulado, en varios aspectos, la forma en que el órgano jurisdiccional nacional debe garantizar la protección de los derechos que para los consumidores resultan de la Directiva 93/13, el hecho es que, en principio, el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual y que, por tanto, se sitúan en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. En el caso de autos, la resolución de remisión no contiene ninguna indicación precisa sobre las disposiciones procesales nacionales de que dispone el órgano jurisdiccional remitente para obtener las pruebas necesarias para determinar si las cláusulas del contrato controvertido en el litigio principal han sido objeto de negociación individual, en el sentido del artículo 3 de la

Directiva 93/13. Sin embargo, el mismo tribunal declara que, en virtud del artículo 53, apartado 3, del Código Civil eslovaco, existe, en materia de contratos celebrados entre un consumidor y un comerciante, una presunción según la cual las cláusulas de estos contratos no han sido objeto de negociación individual, de forma que la carga de la prueba en contrario recae sobre el profesional. Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente extraer todas las consecuencias, a la luz de las disposiciones nacionales pertinentes, de la negativa de STING Reality a comunicarle contratos similares celebrados con otros consumidores.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, declara el TJUE que el artículo 3 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una solicitud de examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, en el caso de que este último se niegue, a pesar de que se le haya solicitado a tal efecto, a comunicarle los contratos similares que haya celebrado con otros consumidores, está obligado a aplicar las normas procesales nacionales de las que dispone a fin de evaluar si las cláusulas de dicho contrato han sido objeto de negociación individual.

Comentarios. Hemos de subrayar que la pretensión del litigio principal es la nulidad de un contrato de venta de inmueble –supuesto poco frecuente en las cuestiones prejudiciales–, si bien en íntima conexión con una operación de préstamo que se ha formalizado precisamente como una venta en perjuicio de los intereses del consumidor que se encontraba en clara situación de vulnerabilidad. El juzgado eslovaco ha planteado el problema de la negociación no individualizada del contrato en conexión con la existencia de una práctica comercial desleal, cabiendo también otras perspectivas como la falta de transparencia, dado que la grave situación del consumidor difícilmente le iba a permitir comprender el alcance económico y jurídico de los complejos tres actos que formalizó con el profesional. El TJUE le presenta al juzgado remitente claras indicaciones para poder llegar a la conclusión de que el contrato no se ha negociado individualmente, partiendo de que la carga de la prueba corresponde al profesional tal y como se recoge en el artículo 3, apartado 2, párrafo tercero de la Directiva 93/13 y también prevé la propia legislación eslovaca en el artículo 53.3 de su Código Civil, incidiendo el TJUE en la importancia de esta última al establecer la presunción de que las cláusulas de los contratos con consumidores no han sido objeto de negociación individual. Incluso, el TJUE podría haber aludido a que no puede recaer sobre el consumidor la carga de probar un hecho negativo lo que configura una prueba imposible o diabólica

que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. De la misma forma, el TJUE podría haberse detenido en el análisis del apartado segundo del artículo 3 de la Directiva 93/13 para explicar al juzgado remitente que la clave es que el contrato haya sido redactado previamente por el profesional sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido. Es decir, se aprecia la inexistencia de negociación individualizada no solo cuando hay varios contratos con el mismo contenido, sino que también cuando un contrato ha sido redactado *ex-profeso* para una determinada operación comercial y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido, limitándose a adherirse al mismo. Por tanto, se echa en falta un mayor desarrollo por parte del TJUE de los criterios que debe aplicar el juzgado nacional en el proceso de determinación sobre la eventual naturaleza abusiva de la cláusula controvertida. Incluso, nos parece en cierto modo decepcionante la conclusión alcanzada por el TJUE (apartado 62 y parte dispositiva del auto –apartado 2–) en el sentido de que el juzgado remitente está obligado a aplicar las normas procesales nacionales de las que dispone para apreciar si las cláusulas de un contrato han sido objeto de una negociación individual, puesto que eso se sobrentiende que es así. No parece que sea necesario plantear una cuestión prejudicial para llegar a esa conclusión. No obstante, los criterios facilitados por el TJUE en los apartados precedentes pueden resultar útiles al juzgado remitente para emitir la calificación sobre la eventual naturaleza abusiva de la cláusula controvertida.

3.3 LA EXCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS QUE REFLEJAN DISPOSICIONES LEGALES O REGLAMENTARIAS IMPERATIVAS Y SUPLETORIAS

3.3.1 Introducción

En el presente epígrafe nos disponemos a examinar la jurisprudencia del TJUE en relación con la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2 de la Directiva 13/93 con arreglo al cual «las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos²¹ a las disposiciones de la presente Directiva».

²¹ Parece tratarse de un error que la versión española contenga la palabra «sometidos» en masculino en lugar de «sometidas», puesto que se está refiriendo a «Las cláusulas abusivas», que es el único

Esta disposición ha de ser complementada por lo previsto en el considerando decimotercero de la Directiva, ya que el legislador comunitario así lo estableció literalmente: «la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo».

Tratándose de categorías diferentes de normas no parece la mejor de las soluciones la adoptada por el legislador comunitario al establecer la exclusión de las cláusulas que reflejan normas supletorias en el considerando decimotercero²² en lugar de haberlo hecho directamente en el artículo 1.2, al manifestar que «la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” [...] incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo». Parece claro que técnicamente no es correcto afirmar que dentro de las normas imperativas se incluyen las supletorias al tratarse de clases distintas de normas. En cualquier caso, el TJUE incluye dentro de la exclusión a las cláusulas que reflejen normas supletorias sobre la base de que ello resulta de la dicción del artículo 1.2 de la Directiva en combinación con su considerando decimotercero.

En nuestro ordenamiento, el artículo 1.2 de la Directiva se considera transpuesto por medio del párrafo segundo del artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación²³. Así lo ha declarado nuestro Tribunal Supremo en la sentencia número 669/2017, de 14 de diciembre (ES: TS:2017:4308) –sentencia sobre el índice IRPH–, en la que manifiesta el Alto Tribunal que «el artículo 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 [...]»²⁴, añadiendo posteriormente que «no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general

sujeto de la acción en nuestra opinión. Las dudas parecen despejarse examinando la versión francesa que reza al comienzo del precepto «Les clauses contractuelles» y figura la expresión «ne sont pas soumises» (femenino plural), lo que apoya nuestra consideración. El artículo 1.2 en la versión francesa dispone: «Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive».

²² En la medida en que es un «considerando» debería haberse limitado a razonar el contenido de la parte dispositiva y no a completarlo.

²³ Artículo 4, párrafo 2.º LCGC: «Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes».

²⁴ Fundamento de Derecho sexto, apdo. 2, de la sentencia del TS número 669/2017 de 14 de diciembre, ES: TS:2017:4308.

de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria»²⁵. No obstante, el tenor del artículo 4.2 de la LCGC no parece referirse a las cláusulas que reflejen normas supletorias como sí lo hace el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 complementado por el considerando decimotercero por lo que ello podría generar problemas en cuanto al alcance de la transposición.

Entendemos que cualquier Estado miembro podría adoptar la medida de incluir expresamente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 a las cláusulas que reflejen disposiciones supletorias e incluso a las que reflejen disposiciones imperativas, lo que supondría una elevación del nivel de protección de los consumidores en la medida en que las cláusulas que reflejen disposiciones nacionales imperativas o supletorias también podrían ser objeto de apreciación sobre su eventual carácter abusivo. Sin embargo, parece que ningún Estado miembro ha optado por esa solución²⁶ –reacción esperada y lógica–. Ello se deduce revisando el documento publicado por la Comisión Europea denominado «Notifications under Article 8a of Directive 93/13/EEC»²⁷ que contiene una tabla que refleja la información que los Estados miembros han notificado a la Comisión de conformidad con el artículo 8 bis de la Directiva concerniente a las medidas nacionales que vayan más allá de la armonización mínima de la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas (93/13/CEE). A fecha de 31 de mayo de 2019 no consta que ningún Estado miembro haya adoptado esa medida. Esta información coincide actualmente con la publicada en español en el «Anexo 2: resumen de notificaciones conforme al artículo 8 bis de la Directiva 93/13 (situación a 31 de mayo de 2019)» que forma parte de la Comunicación de la Comisión Europea titulada «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores» (2019/C 323/04), publicada en el DOUE el 27 de septiembre de 2019²⁸.

²⁵ *Ibid.*, fundamento de Derecho sexto, apdo. 3.

²⁶ Según se deduce de la sentencia *Trapeza Peiraios* (C-243/20, STJUE de 21 de diciembre de 2021), el legislador griego no ha transpuesto mediante una disposición expresa y específica el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, si bien el Tribunal Supremo griego considera que la exclusión prevista en el artículo 1.2 es inherente al artículo 2.6 de la Ley 2251/1994, lo que no es compartido por una minoría en el propio Tribunal Supremo, no mostrándose tampoco conformes con dicha postura otros órganos jurisdiccionales inferiores.

²⁷ Disponible en: https://ec.europa.eu/info/notifications-under-article-8a-directive-93-13-eeec_en

²⁸ Hemos mencionado en primer lugar el documento publicado en inglés porque según la propia Comisión se actualizará regularmente, si bien actualmente ambos documentos reflejan la situación a 31 de mayo de 2019. En ese sentido el anexo 2 de la Comunicación dispone: «También se puede acceder a esta información en la siguiente página web, que se actualizará regularmente: https://ec.europa.eu/info/notifications-under-article-8a-directive-93-13-eeec_en ». Nuestra última consulta a dicha página web ha sido realizada a fecha de 25/12/2022 coincidiendo su contenido con el del anexo 2 de la comunicación de la Comisión europea, por lo que en más de tres años no ha sido actualizada por la Comisión.

Son muchas las resoluciones del TJUE que han interpretado el artículo 1.2 de la Directiva, entre otras, *Andriuc*²⁹, *Kusionova*³⁰, *Gómez del Moral Guasch*³¹, *RWE Vertrieb*³², etc. No obstante, las sentencias citadas recogen pronunciamientos de gran trascendencia relativos a otros aspectos de la Directiva 93/13 por lo que por razones de sistematización no van a ser incluidas en el presente capítulo, si bien en el examen de las respectivas sentencias se incluyen las menciones del TJUE a la interpretación del artículo 1.2 contenidas en la sentencia correspondiente y nuestros comentarios al respecto. El examen de la jurisprudencia del TJUE nos va a ayudar a interpretar el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, labor no exenta de ciertas dificultades y diferentes lecturas, como veremos a continuación.

3.3.2 Análisis jurisprudencial

Caso 37. *Barclays Bank*³³: Con base en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las disposiciones legales y reglamentarias como los artículos 570 y 579, así como el artículo 671 de la LEC (adjudicación del bien ejecutado por parte del acreedor) cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

Hechos. El litigio principal se refiere al cobro de las deudas resultantes de la ejecución hipotecaria instada por parte de la entidad bancaria contra los consumidores. El TJUE tiene que analizar desde la perspectiva de la Directiva 93/13 la situación producida como consecuencia de la aplicación del artículo 671 LEC en el marco de la subasta de la vivienda habitual de los consumidores y su adjudicación por parte de la entidad bancaria ejecutante por la mitad del valor de tasación, de forma que tras dicha adjudicación el banco inicia la ejecución ordinaria y los consumidores ejecutados, después de haber perdido su vivienda habitual siguen adeudando al banco una suma similar a la debida inicialmente³⁴.

²⁹ Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc*.

³⁰ Asunto C-34/13. STJUE de 10 de septiembre de 2014, *Kusionova*.

³¹ Asunto C-125/18. STJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*.

³² Asunto C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*.

³³ Asunto C-280/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 30 de abril de 2014. *Barclays Bank, S. A.* contra Sara Sánchez García, Alejandro Chacón Barrera. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Palma de Mallorca, Baleares. EU: C:2014:279. Este asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra Kokott, a la que le fue asignado.

³⁴ En agosto de 2005 los consumidores suscribieron un contrato de préstamo con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares por importe de 91.560 euros, constituyendo una hipoteca sobre la

El juzgado de primera instancia preguntó al TJUE, según reformulación efectuada por este, si la Directiva 93/13 y los principios del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que se oponen a unas disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, que, por un lado, prevén que, pese a la adjudicación al acreedor hipotecario de un inmueble hipotecado –cuyo valor de tasación es superior al importe total del crédito garantizado– por un importe igual al 50 % de dicho valor, cuando no comparece ningún tercero como postor, el acreedor hipotecario puede exigir que prosiga la ejecución forzosa del título en el que se basa su crédito por un importe correspondiente al saldo que resta por pagar, y que, por otro lado, permite la ampliación de las garantías de dicho acreedor en el supuesto de que disminuya en un 20 % el valor de tasación del inmueble hipotecado, sin contemplar la posibilidad de que se modifique al alza tal valor de tasación en favor del deudor.

Doctrina. El TJUE considera que el asunto principal se distingue de los resueltos en las sentencias *Banco Español de Crédito*³⁵ y *Aziz*³⁶ porque estos se referían directamente a cláusulas contractuales, planteándose las cuestiones en relación a la limitación de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de tales cláusulas³⁷.

vivienda en la que residían, estipulando que en caso de venta judicial del inmueble el valor de tasación sería de 149.242,80 euros, existiendo responsabilidad ilimitada de los deudores. Barclays Bank se subrogó en la posición de acreedora y el capital prestado se amplió a 153.049,08 euros. Al haber dejado de pagar las cuotas del préstamo a partir de octubre de 2009, la entidad bancaria dio por vencido el préstamo anticipadamente en marzo de 2010 y presentó la correspondiente demanda de ejecución hipotecaria en diciembre de ese mismo año instando a que se despachara ejecución por importe de 148.142,83 euros en concepto de principal, 1689,95 euros en concepto de intereses vencidos y 45.003 en concepto de intereses y costas presupuestados. No habiendo abonado la deuda los consumidores ejecutados y tras los correspondientes trámites fue celebrada subasta en mayo de 2011, sin ningún licitador y fue adjudicada la vivienda a la entidad bancaria ejecutante por importe de 74.621,40 euros que supone el 50 % del valor de tasación fijado en la escritura de hipoteca. De esta forma, en octubre de 2012 fue dictado auto despachando ejecución ordinaria para la completa recuperación de la deuda por importe de 95.944,11 euros (comprendiendo la suma de 75.390,12 euros en concepto de resto de principal, 10.960,50 euros en concepto de intereses aprobados hasta el 25 de mayo de 2011 y 9.593,49 euros) más 22.617,03 euros presupuestos provisionalmente para intereses y costas de esta ejecución. En otras palabras, los consumidores habían perdido su casa –cuyo valor tasado era muy similar al préstamo impagado– y seguían debiendo 118.000 euros, aproximadamente, es decir, casi el equivalente a otra vivienda de parecido valor.

Los deudores formularon oposición alegando que, dado que el inmueble había sido tasado en 182.700 euros en virtud de certificado de mayo de 2007 encargado por Barclays y que había sido adjudicado a esa entidad, debía considerarse saldada y finiquitada la deuda con esa adjudicación, considerando que existía abuso de derecho y enriquecimiento injusto por parte de la entidad bancaria ejecutante.

³⁵ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

³⁶ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013. *Aziz*.

³⁷ Asunto C-280/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Barclays Bank*, apdo. 38.

Por el contrario, las disposiciones nacionales objeto de la presente remisión prejudicial tienen carácter legal o reglamentario y no se reproducen en el contrato sobre el que versa el litigio principal. Según el TJUE, este tipo de disposiciones no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 que tiene por objeto prohibir las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Estas disposiciones son aplicables sin que su ámbito de aplicación o su alcance hayan sido modificados en virtud de una cláusula contractual a diferencia de lo sucedido en el asunto *RWE Vertrieb*³⁸, según señala el TJUE, no alterándose el equilibrio contractual establecido por el legislador nacional³⁹ y habiéndose de tener en cuenta que el legislador de la Unión decidió expresamente preservar dicho equilibrio (considerando 13 y art. 1.2 Directiva 93/13).

Según el TJUE, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hayan pactado otra cosa. Por consiguiente, de conformidad con el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, tales disposiciones se rigen por el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva, a cuyo tenor «no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la [...] Directiva». Así pues, en cualquier caso, la propia Directiva no resultaría aplicable⁴⁰.

Por lo que se refiere a los principios del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual, declara el TJUE que la Directiva 93/13 tiene por objeto garantizar su observancia eliminando las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores, en cuanto que tales cláusulas constituyen la manifestación de un desequilibrio entre las partes contratantes. Al no haberse invocado la existencia de ninguna cláusula abusiva, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Sostiene el TJUE que tratándose de una *lex specialis* como es la Directiva 93/13, que excluye de su ámbito de aplicación un caso como el del litigio principal, no es posible aplicar los principios generales que la inspiran⁴¹.

Por todo ello, concluye el TJUE que la Directiva 93/13 y los principios del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un

³⁸ Asunto C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013. *RWE Vertrieb*.

³⁹ Asunto C-280/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Barclays Bank*, apdo. 41.

⁴⁰ *Ibid.*, apdo. 42.

⁴¹ *Ibid.*, apdos. 43 y 44.

Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones⁴².

Comentarios. Partiendo del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 que dispone que las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sometidas a las disposiciones de la Directiva, el TJUE declara que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las disposiciones legales y reglamentarias cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones. En otras palabras, al no haber sido invocada ninguna cláusula abusiva, no puede ponerse en evidencia la compatibilidad con la Directiva 93/13 del artículo 671 LEC.

Era bastante previsible la respuesta dada por el TJUE. Se nos antoja muy difícil o prácticamente inviable que sea el TJUE el encargado de solucionar una situación –a todas luces injusta– que no está vinculada con las cláusulas abusivas, sino con una defectuosa configuración del procedimiento de subasta en el marco de la ejecución, correspondiendo, por tanto, en puridad, al legislador nacional o, en su caso, hablando hipotéticamente, si se dieran las circunstancias pertinentes, al Tribunal Supremo o al Tribunal Constitucional, poner remedio al despropósito constituido por el hecho de que el consumidor ejecutado pierde su vivienda habitual por una deuda similar al valor de la misma, adjudicándose el banco el inmueble y, además, manteniendo el consumidor una deuda con el banco por una cantidad parecida a la que debía inicialmente.

Propiciando esa situación, es claro que el legislador español permite que el consumidor se arruine y que esté condenado prácticamente el resto de su vida o al menos una parte importante de la misma a trabajar en la economía sumergida con las consabidas consecuencias perjudiciales para este, su familia y el erario público. Es de notar que durante la crisis económica que asoló España durante el periodo comprendido aproximadamente entre los años 2008 y 2014, la inmensa mayoría de las ejecuciones hipotecarias terminaban con la adjudicación por parte del banco acreedor, siendo aplicado este artículo 671 LEC y dejando a deber el deudor una cantidad exorbitante, después de haber perdido su vivienda.

Si bien se debate sobre cuestiones ajenas a las cláusulas abusivas, tampoco era absolutamente descartable que el TJUE hubiera encontrado algún

⁴² *Ibid.*, apdo. 45.

elemento de conexión con la Directiva 93/13 distinto del artículo 1, apartado 2, por lo que el juez remitente ha tratado de ofrecer esa posibilidad al TJUE. A tenor de la redacción de las cuatro preguntas –refundidas en una por el TJUE– el juez remitente es consciente de la injusticia de la situación y trata de buscar en la interpretación del Derecho de la Unión Europea (se refiere a la directiva [93/13] y a los principios de derecho [de la Unión] pro-consumidor⁴³) una salida a la misma.

El problema se centra en el artículo 671 LEC al disponer que cuando no hay postor el acreedor se adjudica la vivienda por la mitad del valor de tasación, no habiéndose invocado ninguna cláusula abusiva.

Partiendo del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 que dispone que las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sometidas a las disposiciones de la Directiva y del considerando decimotercero que a efectos de la exclusión incluye también las normas dispositivas o supletorias, declara el TJUE que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las disposiciones legales y reglamentarias cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

Entiendo que el juez remitente tendría que haber planteado la cuestión desde otra perspectiva que hubiera facilitado al TJUE entrar a valorar la posible incompatibilidad con el Derecho de la Unión de los preceptos de nuestra legislación procesal que dan lugar a esa situación. Quizá tendría que haber invocado las cláusulas de la escritura de préstamo referidas al proceso de valoración del inmueble y preguntar sobre su posible carácter abusivo con respecto a los criterios utilizados.

El problema abordado en este asunto (art. 671 LEC) está íntimamente relacionado con el planteado posteriormente en el asunto *Bankia*⁴⁴. En ambos litigios los consumidores ejecutados pierden su vivienda y siguen adeudando altas sumas de dinero a las respectivas entidades bancarias como consecuencia del mecanismo procesal previsto en nuestro ordenamiento para la ejecución y subasta del bien ejecutado.

No obstante, en el asunto *Bankia* había circunstancias como la suscripción de la cláusula contractual correspondiente a la escritura de novación con una valoración del inmueble reducida a casi la cuarta parte que sí podría haber dado juego al TJUE para encontrar alguna salida justa para el

⁴³ *Ibid.*, apdo. 26. Así figura al comienzo de las cuatro preguntas formuladas por el juez remitente.

⁴⁴ Asunto C-109/17. STJUE de 19 de septiembre de 2018. *Bankia, S. A.*, contra Juan Carlos Mari Merino y otros. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena. EU: C:2018:735.

consumidor si el juez remitente hubiera enfocado el tema desde la perspectiva de la Directiva 93/13 y no exclusivamente desde la Directiva 2005/29⁴⁵, como lo hizo.

Es evidente que nuestros jueces son conocedores de las deficiencias del sistema procesal y acuden al TJUE para tratar de encontrar soluciones que en muchas ocasiones no están al alcance del Tribunal de Justicia, sino de nuestro legislador. Prueba de que el propio legislador español es consciente de la defectuosa configuración del sistema es que ha modificado reiteradamente el artículo 671 LEC que regula la subasta sin postor. La redacción aplicable a los hechos preveía la adjudicación por parte del acreedor por el cincuenta por ciento del valor de tasación, habiéndose subido dicho porcentaje al sesenta por ciento según la redacción vigente en la fecha en la que el juez llevó a cabo la remisión prejudicial y estando en la actualidad fijado en el setenta por ciento cuando se trata de vivienda habitual, salvo que la cantidad que se deba por todos los conceptos sea inferior a ese porcentaje, en cuyo caso sería el sesenta por ciento⁴⁶⁻⁴⁷.

Caso 38. *Banco Popular Español y PL Salvador*⁴⁸: La Directiva 93/13 no es aplicable a una normativa nacional (art. 1535 del Código Civil) relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a este el precio que haya pagado por esa acción por la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 y por cuanto que ni el artículo 1535 del Código Civil ni la

⁴⁵ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Publicada en *DOUE* el 11 de junio de 2005.

⁴⁶ La redacción actual del artículo 671 LEC es la siguiente:

«Artículo 671. Subasta sin ningún postor.

Si en la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de los veinte días siguientes al del cierre de la subasta, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratase de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratase de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Letrado de la Administración de Justicia, a instancia del ejecutado, procederá al alzamiento del embargo».

⁴⁷ El artículo 671 LEC ha sufrido modificaciones en los años 2009, 2011, 2013 y 2015.

⁴⁸ Asunto C-7/16. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de julio de 2016. Banco Popular Español, S. A. y PL Salvador S. A. R. L. contra María Rita Giráldez Villar y Modesto Martínez Baz. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 11 de Vigo (Pontevedra), EU: C:2016:523. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

jurisprudencia nacional que lo interpreta pretenden determinar la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual.

Hechos. En el litigio principal se debate en torno al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a este el precio que haya pagado por esa cesión en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo concluido entre los consumidores y una entidad bancaria⁴⁹.

El juzgado remitente se pregunta sobre la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la Directiva 93/13, puesta en relación con los artículos 38 y 47 de la Carta, toda vez que esa jurisprudencia condiciona la aplicación del artículo 1535 del Código Civil a la iniciación de un procedimiento declarativo e impide que el deudor invoque su derecho de retracto del crédito en un procedimiento de ejecución instado contra él por el acreedor. El juzgado alberga también dudas sobre la compatibilidad con la Directiva y las

⁴⁹ En marzo de 2011, la Sra. Giráldez Villar y el Sr. Martínez Baz suscribieron una escritura pública de préstamo con Banco Popular Español, por un capital de 19.000 euros, con un plazo de amortización de 10 años. Los consumidores no pagaron las cuotas mensuales estipuladas en el contrato de préstamo y la entidad bancaria presentó en diciembre de 2012 demanda de ejecución del crédito adeudado, habiendo recaído el asunto ante el juzgado remitente. En marzo de 2015, el Banco Popular Español cedió ese crédito a título oneroso a la entidad PL Salvador mediante escritura pública, conforme a la facultad prevista en la cláusula 11 del mismo contrato. A raíz de esa cesión, el Juzgado remitente admitió la personación de PL Salvador en el procedimiento de ejecución. Incluso teniendo en cuenta que según su criterio la cesión es lícita con arreglo a los artículos 1526 ss. del Código Civil, el juzgado remitente se plantea la posibilidad de que los deudores extingan su deuda adquiriendo por retracto el crédito cedido a PL Salvador. En ese sentido el juzgado remitente precisa que, con ocasión de la venta de su crédito por un acreedor a un tercero, en aplicación del artículo 1535 del Código Civil el deudor tiene derecho a adquirir por retracto ese crédito y a extinguir así su deuda, reembolsando a ese tercero el precio que este pagó por esa compra, más las costas e intereses aplicables, a condición, en especial, de que el crédito cedido sea «litigioso», según prevé esa disposición.

También expone el juzgado remitente que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se considera litigioso un crédito, y, por tanto, puede ser objeto de retracto por el deudor conforme al artículo 1535 del Código Civil, siempre que no haya sido aún pagado, por una parte, y que, por otra parte, se haya iniciado y esté pendiente un procedimiento judicial sobre la existencia, la naturaleza, la extensión, la cuantía, las modalidades, las condiciones o las vicisitudes del crédito. En cambio, en principio ya no se puede calificar un crédito como «litigioso», en el sentido previsto en el mencionado artículo 1535, y por tanto el deudor ya no puede ejercer su derecho de retracto conforme a ese artículo, después de dictarse en el procedimiento resolución judicial sobre el fondo, o una vez vencido el plazo legal previsto para oponerse a la reclamación de pago del crédito. Según el juzgado remitente, la jurisprudencia ha precisado también que, en el supuesto de que el acreedor ceda su crédito a un tercero después de iniciar un procedimiento de ejecución de ese crédito contra el deudor que no hubiera pagado, este puede ejercer su derecho de retracto conforme al artículo 1535 del Código Civil, a condición de que promueva contra ese tercero un procedimiento declarativo, distinto del procedimiento ejecutivo, en un plazo de 9 días a contar desde que el deudor tuvo conocimiento completo, cumplido o cabal de todos los extremos que le interesan en la cesión del crédito, en especial del precio de esta y de la forma y tiempo del pago. En cambio, el deudor no puede invocar ese derecho de retracto en el procedimiento ejecutivo.

disposiciones de la Carta referidas del propio artículo 1535 del Código Civil, ya que este no impone al acreedor que cede su crédito a un tercero la obligación de notificar esa cesión al deudor o de informar a este del precio exacto de la cesión, privando así de efectividad al derecho del deudor de extinguir su deuda, adquiriendo por retractor el crédito a ese tercero por el precio al que este lo compró.

Reformulando las tres cuestiones planteadas en una, el TJUE considera que el juzgado remitente pregunta en sustancia si la Directiva 93/13, en relación con los artículos 38 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, según la interpreta la jurisprudencia nacional, conforme a la cual el deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero únicamente puede ejercer su derecho, previsto por esa normativa, de extinguir su deuda reembolsando a ese tercero el precio que este hubiera pagado por esa cesión si el crédito cedido es objeto de un procedimiento declarativo, sin que el deudor pueda invocar el referido derecho en un procedimiento de ejecución del crédito, por una parte, y, por otra parte, un acreedor puede ceder su crédito a un tercero sin estar obligado no obstante a notificar la cesión al deudor ni a informar a este del precio exacto de esta. En caso de respuesta afirmativa a esas cuestiones, el Juzgado remitente pregunta si está obligado a dejar inaplicada esa normativa.

Doctrina. El TJUE deja constancia de la orientación de las respuestas que va a dar a las cuestiones planteadas al afirmar que estas pueden deducirse con claridad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de la sentencia *Barclays Bank*⁵⁰.

A continuación, el TJUE se refiere al artículo 1.2 de la Directiva 93/13 a cuyo tenor las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de dicha Directiva. Afirma el TJUE, con apoyo en el decimotercer considerando de la Directiva 93/13, que la exclusión prevista en el artículo 1.2 se extiende a las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección, o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto.

Argumenta el TJUE que esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos

⁵⁰ Asunto C-280/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank*.

y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha decidido expresamente preservar.

Con cita de la sentencia *Barclays Bank*, señala el TJUE que esa exclusión abarca las disposiciones legislativas o reglamentarias imperativas distintas de las referidas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual⁵¹.

Descendiendo al asunto controvertido, observa el TJUE que todas las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado remitente atañen a la compatibilidad con la Directiva 93/13 del artículo 1535 del Código Civil, referido al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a este el precio que haya pagado por esa cesión, según su interpretación por la jurisprudencia nacional. Afirma el TJUE que del auto de remisión resulta en sustancia que esa disposición es una disposición imperativa que se aplica entre las partes contratantes con independencia de su elección o en defecto de un pacto al respecto.

A ello añade el TJUE que consta que ni el artículo 1535 del Código Civil ni la jurisprudencia nacional que lo interpreta pretenden determinar la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual⁵².

En base a todo ello, concluye el TJUE que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a este el precio que haya pagado por esa cesión⁵³.

Comentarios. El TJUE utiliza la misma mecánica que en la sentencia *Barclays Bank*, es decir, se apoya en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 y en el hecho de que ni el artículo 1535 del Código Civil ni la jurisprudencia nacional que lo interpreta pretenden determinar la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual.

La lectura de los argumentos planteados por el juez remitente nos lleva hacia problemas de interpretación de Derecho interno, alejándose del Derecho de la Unión. Y ello a pesar de que el juez remitente redacta correctamente las preguntas pidiéndole al TJUE que interprete Derecho de la Unión (la Directiva 93/13 y los artículos 38 y 47 de la Carta). Pese a ello, el TJUE se pronuncia

⁵¹ Asunto C-7/16. Auto del TJUE de 5 de julio de 2016. *Banco Popular Español, S. A. y PL Salvador*, apdos. 20 a 23.

⁵² *Ibid.*, apdos. 24 a 26.

⁵³ *Ibid.*, apdo. 27.

en el sentido de que la Directiva 93/13 no resulta de aplicación a los problemas planteados por el juez remitente. En su fallo, el Tribunal de Justicia ni siquiera hace referencia a los artículos 38 y 47 de la Carta sobre los que pregunta el juzgado remitente. Es evidente que el TJUE considera carente de trascendencia la alusión a esos preceptos *in abstracto* cuando a la cuestión planteada no le resulta de aplicación las disposiciones *in concreto* invocadas (Directiva 93/13). A nuestro modo de ver, la forma de plantear estas cuestiones es esencial y al introducir un número elevado de elementos de Derecho interno sin una clara vinculación con la Directiva 93/13 se predispone al TJUE para considerar que esta no resulta de aplicación, frustrando las expectativas del juez remitente de encontrar amparo a situaciones aparentemente injustas a través de la interpretación del Derecho europeo por parte del TJUE.

En el planteamiento del juzgado remitente se echa en falta el vínculo con la Directiva 93/13. Sin ese nexo difícilmente puede plantearse el TJUE la inaplicación del artículo 1535 del Código Civil que es lo que parece pretender el juzgado remitente. Basta examinar la tercera cuestión del juzgado remitente⁵⁴. Parece que el juez remitente no ha podido facilitar dato alguno que acredite que el objeto del litigio principal se refiere a la interpretación o aplicación de una norma *in concreto* del Derecho de la Unión, en particular, de la Directiva 93/13.

Es necesario poner en relación la presente resolución con la anterior, *Barclays Bank*, y con la posterior, *Banco Santander y Escobedo Cortés*⁵⁵, para tratar de conocer la postura del TJUE con respecto al artículo 1.2 de la Directiva 93/13 traído a colación por el propio TJUE en las tres resoluciones.

Parece que en sintonía con lo dicho en el apartado 38 de *Barclays Bank*, el TJUE diferencia aquellos litigios principales que versan directamente sobre cláusulas contractuales en los que las cuestiones planteadas se referían a la limitación de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de tales cláusulas –como sucede en *Banco Español de Crédito*⁵⁶ y en

⁵⁴ «¿Debe entenderse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1978, en el asunto [106/77], *Simmenthal*, en el sentido de que, en aras de la consecución del objetivo de la Directiva mencionada en la primera cuestión [Directiva 93/13], a la luz de los artículos 38 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el juez nacional no debe aplicar las disposiciones de Derecho interno, como el artículo 1535 del Código Civil español, que impide ejercer el retracto de créditos litigiosos en el mismo procedimiento en el que se ejecuta el crédito cedido, exigiendo al consumidor la carga de iniciar un nuevo proceso declarativo en el plazo de caducidad de 9 días tras la notificación de la cesión, con los costes que de ello se derivan (abogado, procurador, tasas judiciales, determinación del juzgado competente cuando el cesionario no tiene domicilio en España,...) contra el nuevo titular del crédito cedido para proceder al retracto?».

⁵⁵ Asuntos C-96/16 y C-94/17. STJUE de 7 de agosto de 2018. *Banco Santander y Escobedo Cortés*.

⁵⁶ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

*Aziz*⁵⁷ – frente a otros litigios principales en los que simplemente se ponen en cuestión normas nacionales sin poder vincularlas con las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de cláusulas contractuales. A partir de esa distinción, el TJUE, en *Barclays Bank*, dice que las disposiciones nacionales que son objeto de la remisión prejudicial tienen carácter legal o reglamentario y no se reproducen en el contrato sobre el que versa el litigio principal, añadiendo que las disposiciones de ese tipo no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 que tiene por objeto prohibir las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Este razonamiento se entiende perfectamente. No obstante, en *Barclays Bank*, el TJUE vincula la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 con las cuestiones planteadas en base a que las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hayan pactado otra cosa. De esta forma, concluye que de conformidad con el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, tales disposiciones se rigen por el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 y que, en cualquier caso, la Directiva no resultaría aplicable. Es decir, parece que la mención al 1.2 se convierte en un argumento complementario para reforzar el principal consistente en que al no invocarse la existencia de ninguna cláusula abusiva las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

En el auto que ahora comentamos, el TJUE sigue una mecánica muy similar. Esto es, se refiere a que la exclusión del artículo 1.2 se extiende a disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto.

En cualquier caso, a nuestro modo de ver, parece que estamos fuera de la aplicación de la Directiva 93/13 sin ni siquiera tener que acudir a la exclusión del artículo 1.2 de la misma, cuya mención no terminamos de comprender ni en esta resolución ni en *Barclays Bank*.

Desde nuestro punto de vista, la exclusión del 1.2 de la Directiva («Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la presente Directiva») únicamente tiene sentido cuando el objeto de apreciación son cláusulas contractuales, pero no cuando dicho objeto está constituido por una disposición (art. 1535 del Código Civil). En estos otros supuestos, nos encontraríamos fuera

⁵⁷ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013. *Aziz*.

del ámbito de la Directiva 93/13 no por aplicación de la exclusión del artículo 1.2, sino simplemente porque no hay ningún punto de unión con esta, salvo que las disposiciones controvertidas se refieran al control de las cláusulas abusivas, en especial, cuando afecte a la limitación de las facultades del juez nacional para la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual o bien que la norma nacional pueda constituir un obstáculo significativo susceptible de disuadir a los consumidores de ejercer los derechos conferidos por la Directiva 93/13. Dicho de otro modo, en nuestra opinión, para hablar de la aplicación de la exclusión del 1.2 tenemos que encontrarnos con cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias.

La postura expresada en este asunto fue mantenida en el asunto *Banco Santander y Escobedo Cortés*, con respecto al mismo precepto (art. 1535 del Código Civil) y a los artículos 17 y 540 de la LEC, citando el auto que ahora comentamos, apoyándose en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 y señalando que «de un modo más general cabe añadir que no parece que el citado artículo 1535 esté relacionado con el control de las cláusulas abusivas»⁵⁸. Por tanto, el TJUE sigue manteniendo el planteamiento de presentar un razonamiento más específico (exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13) junto con uno más genérico (falta de vinculación con el control de las cláusulas abusivas).

Caso 39. *OTP Bank y OTP Faktoring*⁵⁹: Exclusión del ámbito material de la Directiva 93/13 de la cláusula sobre el diferencial cambiario por aplicación del artículo 1.2 al haber sido sustituida por norma correctora del legislador húngaro y no exclusión de la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio.

Hechos. Como también sucedió anteriormente en el asunto *Sziber*⁶⁰, este asunto se planteó en el marco de los contratos de crédito denominados en francos suizos, pero desembolsados y amortizados en forintos húngaros. Según la diferenciación efectuada por el propio TJUE en *Andriciuc*⁶¹ y a pesar de

⁵⁸ Asuntos C-96/16 y C-94/17. STJUE de 7 de agosto de 2018. *Banco Santander y Escobedo Cortés*, apdo. 45.

⁵⁹ Asunto C-51/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2018. *OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. contra Teréz Ilyés, Emil Kiss*. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al 267 TFUE, por el Fovarosí Ítélotábla (Tribunal Superior de la Capital), Hungría. EU: C:2018:750. El Abogado General Sr. E. Tachev presentó sus conclusiones en audiencia pública el 3 de mayo de 2018.

⁶⁰ Asunto C-483/16. STJUE de 31 de mayo de 2018, *Sziber*.

⁶¹ En el apartado 40 de la sentencia *Andriciuc* (C-186/16) el TJUE declara: «mientras que en el asunto que dio lugar a la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26/13, EU: C:2014:282), los préstamos, a pesar de estar denominados en una divisa extranjera, debían reembolsarse en la moneda nacional en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por la

que no utiliza esta terminología en la sentencia que ahora comentamos, el objeto de esta sentencia es un contrato de crédito vinculado o indexado a divisa extranjera, designado con más precisión que si lo conceptuamos como contrato denominado en divisa extranjera. El problema se originó en relación con la aplicación al contrato controvertido de unas medidas correctoras adoptadas por el legislador húngaro a resultas de la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Kásler y Káslerné Rábai*⁶² y de la resolución para la unificación de doctrina 2/2014 de la Kúria o Tribunal Supremo húngaro.

Se trataba de saber, en esencia, cómo afectaban al clausulado del contrato de préstamo del litigio principal desde el punto de vista del Derecho de la Unión esas medidas correctoras adoptadas por el legislador húngaro⁶³.

En relación con la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente» que figura en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que comprende, en particular, una cláusula contractual modificada por una disposición legislativa nacional imperativa como el artículo 3.2 de la Ley XXXVIII de 2014 interpretada en relación con el artículo 10 de la Ley LXXVII de 2014 adoptada tras la celebración de un contrato de préstamo con un consumidor con el fin de suplir una cláusula viciada de nulidad contenida en el contrato imponiendo la

entidad bancaria, en el litigio principal los préstamos deben reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se concedieron. Pues bien, como el Abogado General ha señalado en el punto 51 de sus conclusiones, los contratos de crédito vinculados a divisas extranjeras no pueden asimilarse a los contratos de crédito denominados en divisas extranjeras, como los controvertidos en el litigio principal» (subrayado es nuestro).

⁶² Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Kasler y Kásler y Káslerné Rábai*.

⁶³ En febrero de 2008 los consumidores prestatarios contrataron con la entidad bancaria predecesora de OTP Bank, un préstamo denominado en francos suizos –sobre la base del tipo de cambio del día–, pero desembolsado y amortizado en forintos húngaros. El préstamo estaba garantizado mediante prenda no accesorio. El contrato de préstamo contenía cláusulas que establecían, por una parte, un diferencial entre el tipo de cambio aplicable al desembolso del préstamo y el aplicable a su amortización. El deudor estaba obligado a ejecutar las obligaciones de pago denominadas en la divisa del préstamo mediante transferencia de su contravalor en forintos húngaros. En el contrato existía una cláusula en virtud de la cual el prestatario declaraba conocer los riesgos del préstamo, entre ellos, los derivados de recurrir a un crédito en divisas y el riesgo del tipo de cambio, manifestando que no podrá presentar frente a la entidad bancaria ninguna reclamación como consecuencia del riesgo del tipo de cambio.

En mayo de 2013 los prestatarios formularon demanda en solicitud de la anulación del contrato de préstamo alegando no haber podido apreciar la magnitud del riesgo del tipo de cambio porque la cláusula controvertida no había sido redactada en términos claros y comprensibles. En julio de 2013 el OTP Bank resolvió el contrato de préstamo por razón de incumplimiento. En marzo de 2016 el Tribunal General de la Capital estimó el recurso de los prestatarios y convirtió el saldo de la deuda de los prestatarios en forintos húngaros. Dicha decisión fue recurrida por la entidad bancaria ante el Tribunal Superior de la Capital. Al tener dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, este tribunal elevó al TJUE el planteamiento de cuestión prejudicial compuesta por cinco preguntas.

aplicación de un tipo de cambio fijado por el Banco Nacional para el cálculo del saldo vivo del préstamo.

Mediante la segunda pregunta el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el ámbito de aplicación de esta Directiva comprende cláusulas modificadas por el efecto de disposiciones de Derecho nacional imperativas, adoptadas con posterioridad a la celebración de un contrato de préstamo con un consumidor y que tienen por objeto suplir una cláusula de este último viciada de nulidad, imponiendo un tipo de cambio oficial fijado por el Banco Nacional para el cálculo del saldo vivo del préstamo a la vez que hacen que el riesgo del tipo de cambio siga recayendo sobre el consumidor en caso de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa extranjera en la que se ha contratado el préstamo.

En la tercera cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que las cláusulas contractuales estén redactadas de manera clara y comprensible implica que la entidad de crédito proporcione información detallada sobre el riesgo del tipo de cambio, en la que figure un análisis de los riesgos en cuanto a las consecuencias económicas que podrían derivarse de una depreciación de la moneda nacional en relación con la moneda extranjera en la que fue denominado el préstamo.

A través de la cuarta cuestión prejudicial el órgano nacional quiere saber si el artículo 4 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que exige que el carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales sea apreciado refiriéndose en el momento de la celebración del contrato, a todas las circunstancias que rodean tal celebración, así como a todas las demás cláusulas del contrato, aun cuando algunas de esas cláusulas se hayan declarado o presumido abusivas y hayan sido anuladas, en un momento posterior, por el legislador nacional.

Finalmente, el tribunal remitente por medio de la quinta cuestión desea saber si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de las cláusulas de un contrato que este ha celebrado con un profesional.

Doctrina. En relación con la primera cuestión declara el TJUE que habida cuenta de que las cláusulas controvertidas en el litigio principal fueron impuestas por el legislador nacional resulta obvio que las partes en el contrato no las negociaron individualmente. Por ello, responde a la pregunta en el

sentido de que el concepto de «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente» del artículo 3.1 de la Directiva comprende, en particular, una cláusula contractual modificada por una disposición legislativa nacional imperativa, adoptada tras la celebración de un contrato con un consumidor y que tiene por objeto suplir una cláusula viciada de nulidad contenida en dicho contrato.

Con respecto a la segunda pregunta, el TJUE, remitiéndose a *Andriuc*⁶⁴, comienza recordando los dos requisitos «clásicos» para la aplicación del 1.2 de la Directiva 93/13 y, por tanto, para que proceda la exclusión del ámbito de aplicación de esta. Estos dos requisitos son que la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y que la disposición debe ser imperativa, añadiendo el TJUE que la excepción prevista es de interpretación estricta.

Dice el TJUE que de la resolución de remisión se desprende que tanto la Ley núm. XXXVIII de 2014 como la resolución del Tribunal Supremo se basaron en la sentencia *Kasler y Kaslerne Rabai*.

Sostiene el TJUE que las cláusulas contractuales que reflejen el artículo 3.2 de la Ley núm. XXXVIII de 2014 y el artículo 10 de la Ley núm. LXXVII de 2014 no pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, pero que ello no significa que otra cláusula contractual como la relativa al riesgo del tipo de cambio también esté en su totalidad excluida del ámbito de la Directiva. Concluye el TJUE declarando que las cláusulas contractuales que tratan la cuestión del riesgo del tipo de cambio y no están cubiertas por las modificaciones legislativas mencionadas están comprendidas en el ámbito del artículo 4.2 de la Directiva y solo van a quedar excluidas de la apreciación de su carácter abusivo si el órgano jurisdiccional nacional considera que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible. Por tanto, la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio controvertida en el litigio principal no está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13⁶⁵.

Por lo que se refiere a la tercera cuestión deja claro el TJUE la clásica premisa de que corresponde al órgano nacional la calificación como abusiva de la cláusula en cuestión y al TJUE proporcionar los criterios que ayuden a esa apreciación.

En el contexto de los contratos de préstamos denominados en divisa, el TJUE tiene declarado que el prestatario deberá, por una parte, estar claramente

⁶⁴ Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017. *Andriuc*.

⁶⁵ Asunto C-51/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *OTP Bank y OTP Faktoring*, apdos. 62 a 70.

informado de que, al suscribir el contrato se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será eventualmente difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Así mismo, la entidad bancaria deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera.

Según el TJUE, de los autos se desprende que los prestatarios recibieron una ficha de información adicional relativa al riesgo del tipo de cambio que contenía ejemplos de cálculo concretos del riesgo en caso de depreciación del forint húngaro en relación con el franco suizo, correspondiendo al juez nacional verificar dicha circunstancia⁶⁶.

Concluye el TJUE declarando que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible obliga a las entidades financieras a facilitar a los prestatarios información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, tal exigencia implica que una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio debe ser comprendida por el consumidor tanto en el plano formal como en el gramatical y también en cuanto al alcance concreto, en el sentido de que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda no solo ser consciente de la posibilidad de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa extranjera en la que se ha denominado el préstamo, sino también evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.

En cuanto a la cuarta cuestión el TJUE subraya que para la apreciación del carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales el juez nacional debe tener en cuenta el conjunto de las circunstancias del litigio principal tal y como eran en el momento de la celebración del contrato porque es en ese momento cuando el consumidor decide si desea vincularse contractualmente a un profesional adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por este último. Así, no tendrá en cuenta la posterior entrada en vigor de disposiciones normativas que modificaron de manera imperativa y *ex tunc* determinadas cláusulas del contrato. Por todo ello, el TJUE responde a la pregunta manifestando que el artículo 4 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que exige que el carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales sea apreciado refiriéndose, en el momento de celebración del contrato, a todas

⁶⁶ *Ibid.*, apdo. 77.

las circunstancias que rodeaban tal celebración, así como a las demás cláusulas del contrato, aun cuando algunas de esas cláusulas se hayan declarado o presumido abusivas y, por ello, hayan sido anuladas en un momento posterior por el legislador nacional ⁶⁷.

En relación a la quinta y última cuestión, el TJUE, tras recordar algunas de sus premisas más reiteradas relativas a la Directiva 93/13 –como la consideración del artículo 6 de la Directiva como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público por la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores–, declara que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello ⁶⁸.

Comentarios. El TJUE resuelve el problema relativo a la interpretación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 distinguiendo entre la cláusula sobre el diferencial cambiario que quedaría fuera del ámbito de la Directiva 93/13 al haber sido sustituida por las normas correctoras del legislador húngaro, frente a la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, que no está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva. Las cuestiones abordadas en este asunto presentan una cierta complejidad.

Las normas correctoras del legislador húngaro determinaron la nulidad de las cláusulas no negociadas individualmente en virtud de las cuales la entidad de crédito disponía la aplicación del tipo de cambio de compra para desembolsar el importe del préstamo y la aplicación del tipo de cambio de venta para amortizar la deuda o la de un tipo de cambio diferente al fijado al efectuar el desembolso.

El legislador húngaro también determinó que en lugar de la cláusula nula se aplicase, tanto por lo que respecta al desembolso como a la amortización, el tipo de cambio oficial fijado por el Banco Nacional de Hungría para la divisa correspondiente y la entidad financiera tenía que realizar la correspondiente liquidación de cuentas con el consumidor.

Las medidas correctoras también preveían la presunción de la nulidad de las cláusulas que reflejaban la posibilidad de una modificación unilateral del

⁶⁷ *Ibid.*, apdos. 79 a 83.

⁶⁸ *Ibid.*, apdos. 84 a 91.

contrato por parte de la entidad financiera. En las circunstancias especificadas por el legislador húngaro esas cláusulas serían nulas y la entidad crediticia tenía que hacer la liquidación de cuentas.

Los problemas analizados por el TJUE se referían a cómo incidían estas normas correctoras en el contrato controvertido desde la perspectiva del Derecho de la Unión. Es de observar que las conclusiones propuestas por el Abogado General Sr. Tanchev⁶⁹ fueron seguidas parcialmente por el TJUE. El Abogado General partió de que el TJUE en la sentencia *Kásler* no dispuso ningún límite temporal a sus efectos y de que los órganos jurisdiccionales nacionales no están autorizados para hacerlo. Así, puso especial énfasis en el análisis de la segunda pregunta considerada por el Abogado General el núcleo central de las dudas planteadas por el órgano remitente. En ese sentido, llegó a la conclusión –no coincidente con lo expresado por el TJUE en la sentencia– de que las medidas controvertidas en el litigio principal no estaban excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 en virtud del artículo 1.2 de la Directiva, afirmando que una cláusula que ha pasado a formar parte del contrato mediante una intervención legislativa y que hace recaer el riesgo del tipo de cambio sobre el consumidor con efectos *ex tunc* no refleja disposiciones legales o reglamentarias imperativas en el sentido del artículo 1.2 de la Directiva 93/13. A diferencia del Abogado General, el TJUE desglosa en dos aspectos la contestación, considerando, por un lado, que quedarían fuera del ámbito de la Directiva 93/13, por mor de su artículo 1.2, las cláusulas que reflejan disposiciones de Derecho nacional imperativas, insertas con posterioridad a la celebración del contrato de préstamo con el objeto de suplir una cláusula viciada de nulidad imponiendo un tipo de cambio fijado por el Banco Nacional. No obstante, por otro lado, señala el TJUE que una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio como la controvertida en el litigio principal estaría dentro del ámbito de la Directiva 93/13.

En esta sentencia vemos cómo el TJUE salva el problema de la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 diferenciando entre la cláusula sobre el diferencial cambiario que quedaría fuera de esta al haber sido sustituida por las normas correctoras del legislador húngaro, frente a la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, que no tiene por qué estar «*en su totalidad*»⁷⁰ excluida del ámbito de aplicación de la Directiva. El TJUE concluye que la cláusula relativa al riesgo de tipo de cambio no está excluida,

⁶⁹ Asunto C-51/17 Conclusiones del Abogado General Sr. Evgeni Tanchev presentadas el 3 de mayo de 2018.

⁷⁰ Asunto C-51/17. STJUE de 20 de septiembre de 2017. *OTP Bank y OTP Faktoring*, apdo. 65, (cursiva es nuestra).

pero al haber utilizado esa expresión, parece que está admitiendo la posibilidad de que un fragmento de la cláusula esté excluido y otro no, lo que en ciertas situaciones podría suponer una salida muy adecuada para salvaguardar los intereses del consumidor. Ello sin perjuicio de que en el apartado final sobre esa segunda cuestión prejudicial⁷¹, el TJUE declara sin ambages que «una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio como la controvertida en el litigio principal no está excluida de dicho ámbito de aplicación [Directiva 93/13] en virtud de la citada disposición [art. 1.2 de la Directiva 93/13]». Ello genera incertidumbre sobre lo que quería decir el TJUE en el apartado 65 con la expresión «en su totalidad».

En definitiva, la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio sí puede ser objeto de examen con arreglo a la Directiva 93/13. En consecuencia, estaría sujeta a la comprobación del 4.2 de la Directiva siendo el juez nacional el encargado de decidir si su redacción es comprensible y clara o no lo es, y, en su caso, proceder al juicio de abusividad.

Caso 40. *Woonhaven Antwerpen*⁷²⁻⁷³: El artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que dicha Directiva no se aplica a las condiciones que figuran en el contrato de alquiler social celebrado entre una sociedad de alquiler social reconocida y un arrendatario, que están determinadas por una normativa nacional como la cláusula 11 del contrato-tipo que figura como anexo a la Decisión Marco sobre el alquiler social.

Hechos. El litigio principal se desarrolla en el marco de un litigio entre la entidad Woonhaven Antwerpen, sociedad constituida bajo la forma de cooperativa con responsabilidad limitada y con finalidad social, y los consumidores-inquilinos, Sr. Khalid Berkani y Sra. Asmae Hajji, en relación con la falta de pago de rentas devengadas por el alquiler de un apartamento a la sociedad⁷⁴.

⁷¹ *Ibid.*, apdo. 70.

⁷² Asunto C-446/17. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de diciembre de 2017. Woonhaven Antwerpen contra Khalid Berkani y Asmae Hajji. Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el juez de paz del segundo cantón de Amberes, Bélgica. EU: C:2017:954. Este asunto fue juzgado mediante auto motivado, sin la presentación de conclusiones por parte del Abogado General Sr. Mengozzi, al que le fue asignado el mismo.

⁷³ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas francés y neerlandés. La narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

⁷⁴ Los inquilinos concluyeron un contrato de alquiler con la sociedad de alquiler social Woonhaven Antwerpen sobre un apartamento situado en Anvers (Bélgica) con una renta mensual de 396,76 euros. Los inquilinos habían acumulado en el mes de septiembre de 2016 una deuda por alquileres pendientes

El órgano jurisdiccional remitente trata de determinar si, al establecerse en la cláusula 11 del contrato-tipo de arrendamiento que figura como anexo al decreto marco sobre el arrendamiento social, que, en caso de impago, el arrendador puede aplicar una compensación a tanto alzado que represente el 10 % del monto de los atrasos en el alquiler, el gobierno flamenco ha podido contradecir el artículo 1382 del Código Civil que establece que solo el daño real se compensa en caso de infracción de una norma reglamentaria. Además, dicho tribunal se pregunta si esa compensación a tanto alzado se ajusta a las disposiciones del Libro VI, Título 3, Capítulo 6 del Código de Derecho Económico, que transpone la Directiva 93/13 al Derecho belga. El juzgado remitente considera que la respuesta a esa pregunta le permitirá decidir sobre la naturaleza abusiva de la compensación a tanto alzado a la luz de esas disposiciones. El Juzgado remitente formula tres preguntas, de las cuales la primera y la tercera se refieren a la consideración o no de la sociedad arrendadora como profesional en el sentido de la Directiva 93/13. En cuanto a la segunda pregunta, es reformulada y contestada en primer lugar por el TJUE. Al tenor de la respuesta dada a esta segunda pregunta no fue necesario contestar las restantes. Según el TJUE, mediante la segunda pregunta, el juzgado remitente quiere saber en sustancia si el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe ser interpretado en el sentido de que la Directiva se aplica a las condiciones contenidas en un contrato de alquiler social celebrado entre una sociedad de alquiler social y un inquilino, siendo que esas condiciones son determinadas por una reglamentación nacional como el artículo 11 del contrato-tipo de arrendamiento que se encuentra como anexo al decreto-marco sobre alquiler social.

Doctrina. En primer lugar, el TJUE afirma que la respuesta a esta pregunta puede ser deducida claramente de su jurisprudencia y cita las sentencias *RWE Vertrieb*⁷⁵, *Barclays Bank*⁷⁶, y el auto dictado en el asunto *Banco Popular Español y PL Salvador*⁷⁷. A ese respecto, recuerda el TJUE que, según el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejan disposiciones normativas o reglamentarias imperativas no están

ascendente a 881,98 euros. El arrendador acudió ante el juez de paz del segundo cantón de Amberes a fin de obtener la declaración de resolución del contrato de arrendamiento, así como la condena de los inquilinos al pago de las rentas atrasadas, intereses por importe de 88,10 euros y el pago de una indemnización por tenerse que volver a alquilar el apartamento por importe de 665,28 euros. La versión francesa reza: «indemnité de relocation» por lo que presumimos que se trata de una indemnización por las molestias y gastos que puede conllevar para el arrendador tener que volver a alquilar el apartamento antes de la finalización de la vigencia pactada del arrendamiento.

⁷⁵ Asunto C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013. *RWE Vertrieb*.

⁷⁶ Asunto C-280/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Barclays Bank*.

⁷⁷ Asunto C-7/16. Auto del TJUE de 5 de julio de 2016. *Banco Popular Español y PL Salvador*.

sometidas a la Directiva. El TJUE se apoya en su jurisprudencia reiterada y en el considerando decimotercero para señalar que la exclusión del artículo 1.2 concierne a las disposiciones de Derecho nacional que se imponen a las partes con independencia de su elección o que son aplicables por defecto, es decir, en la ausencia de un acuerdo de las partes en otro sentido o cláusulas contractuales que reflejan estas disposiciones⁷⁸. La exclusión del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador europeo ha decidido expresamente preservar⁷⁹. Sigue señalando el TJUE que, por otro lado, esa exclusión abarca las disposiciones legales o reglamentarias imperativas distintas de aquellas relativas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar la naturaleza abusiva de una cláusula contractual⁸⁰. Pasando al asunto en cuestión, el TJUE afirma que se desprende de la decisión de reenvío que las preguntas se refieren a la aplicación de la Directiva 93/13 a las condiciones contenidas en el contrato entre inquilino y sociedad de alquiler social que son determinadas por el contrato-tipo que figura como anexo a la Decisión Marco de alquiler social. La aplicación de la Directiva permitiría examinar el carácter abusivo o no de la indemnización prevista en el artículo 11 del contrato⁸¹. Continúa el TJUE observando que se desprende de la decisión de reenvío y, sobre todo, de la sentencia del Tribunal de Casación de 9 de septiembre de 2016 que ese artículo 11 del contrato-tipo de alquiler que figura como anexo de la Decisión Marco sobre alquiler social constituye una disposición imperativa de aplicación a las partes contratantes⁸². Además, el artículo 11 del contrato-tipo de alquiler no pretende determinar la extensión de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual. Por tanto, el TJUE contesta a la segunda pregunta declarando que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que dicha Directiva no se aplica a las condiciones que figuran en el contrato de alquiler social celebrado entre una sociedad de alquiler social reconocida y un arrendatario, que estén determinadas por una normativa nacional como el artículo 11 del contrato-tipo anexo a la Decisión Marco sobre el alquiler social (Decisión de 12 de octubre de 2007 del

⁷⁸ Asunto C-446/17. Auto del TJUE de 7 de diciembre de 2017. *Woonhaven Antwerpen*, apdo. 25.

⁷⁹ *Ibid.*, apdo. 26.

⁸⁰ *Ibid.*, apdo. 27.

⁸¹ *Ibid.*, apdo. 28.

⁸² *Ibid.*, apdo. 29.

Gobierno flamenco por la que se regula el régimen de alquiler social en desarrollo del título VII del Código Flamenco de la Vivienda)⁸³. Con relación a la primera y a la tercera pregunta relativas a si la sociedad arrendadora puede considerarse un profesional en el sentido de artículo 2, apartado c) y del artículo 1.1 de la Directiva 93/13, el TJUE manifiesta que se desprende de la respuesta dada a la segunda pregunta que no ha lugar a la contestación de esas preguntas⁸⁴.

Comentarios. Esta decisión era muy previsible. Ello por cuanto que las partes –una sociedad con fin social y unos inquilinos– suscribieron un contrato-tipo que figura como anexo en la normativa sobre alquiler social del Estado belga. La cláusula 11 de dicho contrato era objeto de discusión porque preveía una indemnización del diez por ciento en favor de la parte arrendadora cuando se produce el impago del inquilino. Es de entender que no estamos ante un contrato pactado en base a las libres voluntades de las partes, sino que es un contrato que refleja el contrato-tipo publicado como anexo a la normativa belga sobre alquiler social. En esas circunstancias, es fácil deducir que ese contrato, incluida su cláusula 11, refleja una disposición imperativa y, por tanto, la Directiva 93/13 no le resulta de aplicación porque entra dentro de la exclusión prevista por el 1.2 de la Directiva 93/13. Poco podemos comentar en relación con esta resolución del TJUE que es totalmente lógica y no ofrece duda alguna. El trabajo del TJUE ha sido más fácil dado que el juzgado remitente se ha referido a la decisión del Tribunal de Casación de 9 de septiembre de 2016 que califica como norma imperativa la cláusula 11 del contrato-tipo anejo a la Decisión marco sobre alquiler social. En la medida en que el propio Tribunal de Casación nacional ha realizado esa calificación, el TJUE no tiene otra labor que interpretar el 1.2 de la Directiva en su sentido literal y manifestar que queda excluida de la aplicación de la Directiva 93/13 una cláusula que refleja una disposición legal imperativa. En cualquier caso, siempre es útil el análisis de este asunto como claro ejemplo de aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 y, además, en materia de arrendamientos. Parece factible que el alquiler social se incremente en nuestro país, por lo que esta resolución nos ayudará a interpretar eventuales problemas que puedan surgir con el texto de los contratos-tipo que, en su caso, publiquen las administraciones públicas responsables para la regulación de las relaciones arrendaticias.

⁸³ *Ibid.*, apdo. 31.

⁸⁴ *Ibid.*, apdos. 32 y 33.

*Caso 41. Mikrokasa y Revenue*⁸⁵: No está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 una cláusula contractual que fija el coste del crédito no correspondiente a intereses respetando el límite máximo previsto por una disposición nacional porque no refleja una disposición legal imperativa o una norma dispositiva aplicable con carácter supletorio.

Hechos. La cuestión se plantea en un procedimiento en el que el tribunal ha acumulado dos reclamaciones entre Mikrokasa S. A. y Revenue Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz inwestycyjny Zamknięty (en lo sucesivo, «Revenue»), por un lado, y el consumidor XO, por otro, en relación con sendos requerimientos de pago de las cantidades adeudadas en virtud de dos contratos de crédito al consumo⁸⁶.

A continuación únicamente vamos a analizar la segunda cuestión que es la relativa a la interpretación de la Directiva 93/13 y en cuya virtud el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que queda excluida del ámbito de aplicación de esta Directiva una cláusula contractual que fija el coste del crédito no correspondiente a intereses respetando el límite máximo previsto por una disposición nacional, sin tener necesariamente en cuenta los costes realmente soportados.

⁸⁵ Asunto C-779/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de marzo de 2020. Mikrokasa S A, Revenue Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty contra XO, Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el Tribunal de Distrito de Siemianowice Śląskie, Polonia, EU: C:2020:236 Fueron presentadas conclusiones con fecha de 19 de diciembre de 2019 por parte del Abogado General Sr. Gerard Hogan.

⁸⁶ En el primer asunto, XO, en calidad de consumidor en el sentido de la Directiva 2008/48, celebró con Mikrokasa, el 21 de diciembre de 2016, un contrato de préstamo por importe de 4.000 eslotis polacos (PLN, aproximadamente 940 euros), reembolsable en 30 mensualidades hasta el 28 de junio de 2019. En virtud de este contrato, el consumidor también quedaba obligado a pagar una comisión de apertura de 600 PLN (aproximadamente 139 euros) y una comisión de gestión de 3.400 PLN (aproximadamente 790 euros). Asimismo, se le facturaron intereses contractuales al tipo anual del 7%, por importe de 371,87 PLN (aproximadamente 86 euros). A raíz del impago total, Mikrokasa presentó una demanda ante el Tribunal de Distrito de Siemianowice Śląskie, contra XO, solicitando que se condenara a este al pago de 8.184,53 PLN (aproximadamente 1.927 euros). Por lo que respecta al segundo asunto, el mismo consumidor celebró por Internet con IPF Polska sp. z o. o., el 21 de noviembre de 2016, un contrato de préstamo por un importe de 3.000 PLN (aproximadamente 703,18 euros), reembolsable hasta el 28 de mayo de 2018. Según las cláusulas de este contrato, el consumidor estaba obligado a pagar una comisión de 2.084 PLN (aproximadamente 488,46 euros). Los intereses contractuales se facturaron a un tipo anual del 10% por un importe total de 248,41 PLN (aproximadamente 57 euros). IPF Polska transmitió el crédito resultante de dicho contrato a Revenue mediante un contrato de cesión de 16 de agosto de 2017. Esta última presentó una demanda contra XO, el 27 de octubre de 2017, solicitando el abono de 5.196,68 PLN (aproximadamente 1.218,09 euros) por falta de pago. El Tribunal de Distrito de Lublin Oeste dictó un requerimiento de pago. El consumidor interpuso recurso de apelación contra dicho requerimiento ante el Tribunal de Distrito de Siemianowice Śląskie. Este órgano jurisdiccional señala que los costes del crédito no correspondientes a intereses en los dos contratos controvertidos en los litigios principales se calcularon sobre la base de la fórmula establecida por la normativa nacional en el artículo 36a de la Ley de Crédito al Consumo y no superan el importe máximo permitido.

Doctrina. El TJUE recuerda las premisas ya establecidas anteriormente en relación con el artículo 1.2 de la Directiva. En ese sentido, entre otras, declara que la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y que esa disposición debe ser imperativa y que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa⁸⁷.

Abordando el asunto enjuiciado, el TJUE señala que, sin perjuicio de las comprobaciones que el órgano jurisdiccional remitente debe efectuar al respecto, una cláusula contractual que se limita a aplicar un método para calcular el límite máximo del coste del crédito no correspondiente a intereses no parece que «refleje», en el sentido propio del término, la disposición nacional considerada. A ello añade que la citada disposición no parece determinar, en sí misma, los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, sino que se limita a restringir su libertad para fijar el coste del crédito no correspondiente a intereses por encima de un determinado nivel, sin impedir en modo alguno que el juez nacional controle el posible carácter abusivo del coste fijado, aun cuando resulte inferior al límite máximo legal. De esta forma, concluye el TJUE que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no está excluida del ámbito de aplicación de esta Directiva una cláusula contractual que fija el coste del crédito no correspondiente a intereses respetando el límite máximo previsto por una disposición nacional, sin tener necesariamente en cuenta los costes realmente soportados.

Comentarios. La respuesta era evidente. El artículo 1.2 utiliza la expresión «reflejar» en la versión española, «reflect», «reflètent», «riproducono», en las versiones lingüísticas inglesa, francesa e italiana, respectivamente, lo cual significa que la cláusula controvertida debe manifestar o reproducir la disposición legal imperativa o la norma dispositiva aplicable con carácter supletorio cuando las partes no hayan pactado otra cosa. Ese reflejo puede ser entendido en un sentido materialmente equivalente, pero el hecho de que una disposición establezca una determinada limitación y que una cláusula respete esa limitación, ello no impide que esa cláusula pueda ser abusiva por producir desequilibrio importante en cualquier otro aspecto. Es de observar que el Abogado General en sus conclusiones no mencionó los problemas relacionados con la Directiva 93/13, sino que se centró en los aspectos relativos a la Directiva 2008/48.

⁸⁷ Asunto C-779/18. STJUE de 26 de marzo de 2020, *Mikrokasa y Revenue*, apdos. 50 a 54.

Caso 42. *Banca Transilvania*⁸⁸: Una cláusula contractual que no ha sido objeto de negociación individual, pero que refleja una norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplica entre las partes contratantes cuando estas no hayan pactado otra cosa, no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre NG y OH, por una parte, y SC Banca Transilvania SA (en lo sucesivo, «Banca Transilvania»), por otra, en relación con el carácter supuestamente abusivo de una cláusula del contrato de préstamo de refinanciación celebrado entre dichas partes, denominado en moneda extranjera⁸⁹.

Según la reformulación efectuada por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que

⁸⁸ Asunto C-81/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de julio de 2020. NG, OH contra SC Banca Transilvania, S. A Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el Tribunal de Superior de Cluj, Rumanía. EU: C: 2020:532. Fueron presentadas conclusiones con fecha de 19 de marzo de 2020 por parte de la Abogada General Sra. Juliane Kokott.

⁸⁹ El 31 de marzo de 2006, NG y OH celebraron un contrato de crédito al consumo con la antecesora de Banca Transilvania, mediante el cual esta última les concedió un préstamo por un importe de 90.000 lei rumanos (RON) (aproximadamente 18.930 euros) (en lo sucesivo, «contrato inicial»). El 15 de octubre de 2008, estas mismas partes celebraron un contrato de crédito en francos suizos (CHF) para la refinanciación del contrato inicial (en lo sucesivo, «contrato de refinanciación»). Este último se refería a un importe de 65.000 CHF (aproximadamente 42.139 euros), es decir, aproximadamente 159.126 RON al tipo de cambio que existía entre esas monedas en la fecha de la firma de dicho contrato. La cláusula 4, apartado 1, de las condiciones generales del contrato de refinanciación estipulaba que todo pago efectuado en virtud de dicho contrato debía abonarse en la moneda en la que está denominado el préstamo. También se precisaba que el prestatario podía solicitar al banco, en determinadas condiciones, que el préstamo fuera denominado en una nueva moneda sin que, no obstante, este estuviera obligado a acceder a tal solicitud. Se preveía además que el banco estaba apoderado para proceder al cambio, en nombre y por cuenta del prestatario, para liquidar las obligaciones de pago vencidas, utilizando su propio tipo de cambio. Las fluctuaciones del tipo de cambio CHF/RON entre el mes de octubre de 2008 y el mes de abril de 2017 hicieron aumentar en 117.760 RON (aproximadamente 24.772 euros) la cantidad tomada en préstamo por NG y OH. En marzo de 2017 los consumidores interpusieron una demanda ante el Tribunal Especializado de Cluj con el objeto de que se declarara, en particular, el carácter abusivo de la cláusula 4, apartado 1, de las condiciones generales del contrato de refinanciación. Los consumidores sostenían asimismo que Banca Transilvania había incumplido su obligación de información al no haberles advertido, durante la negociación y celebración de dicho contrato, del riesgo que implicaba la conversión del contrato inicial a una moneda extranjera. En particular, dado que los prestatarios solo disponían de ingresos percibidos en lei rumanos, Banca Transilvania debería haber llamado su atención sobre los efectos de una devaluación de dicha moneda con respecto a la moneda extranjera en la que debía devolverse el préstamo. Además, según los consumidores, la cláusula de devolución en moneda extranjera crea un desequilibrio en detrimento de los prestatarios, al ser estos los únicos que soportan el riesgo del tipo de cambio. Después de una resolución parcialmente estimatoria y a resultas de la apelación formulada por ambas partes, el Tribunal Superior de Cluj conoció el asunto. En relación con el argumento sostenido por la entidad bancaria concerniente a que la cláusula 4.1 refleja una disposición legislativa imperativa y no puede ser objeto de control, dicho órgano jurisdiccional señala que el artículo 1578 del Código Civil tiene carácter supletorio, pero que los tribunales rumanos aplican de forma divergente la solución enunciada en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros* (C-186/16, EU: C:2017:703).

no ha sido objeto de negociación individual, pero que refleja una norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplica entre las partes contratantes cuando estas no hayan pactado otra cosa, está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

Doctrina. Recuerda el TJUE que la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 prevista en su artículo 1.2 es de interpretación estricta y su aplicación requiere que concurran dos requisitos, por un lado, la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y, por otro, esta disposición debe ser imperativa. También se refiere el TJUE al considerando decimotercero de la Directiva 93/13, con arreglo al cual la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva incluye también las normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo. Completa el planteamiento con la premisa relativa a que esa exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos ⁹⁰.

A partir de ahí, aborda las consecuencias que se derivan del planteamiento. En ese sentido señala que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa. Descendiendo al litigio principal, observa el TJUE que de la resolución de remisión se desprende que la cláusula 4, apartado 1, de las condiciones generales del contrato de refinanciación, cuyo carácter abusivo alegan los demandantes en el litigio principal, establece que «todo pago efectuado en virtud del contrato se abonará en la moneda del préstamo [...]» y que, tal y como ha observado el órgano jurisdiccional remitente, dicha cláusula refleja el principio del nominalismo monetario, tal como aparece consagrado en el artículo 1578 del Código Civil rumano. En virtud de este, «el deudor deberá restituir el importe numérico prestado y solo estará obligado a devolver dicho importe en las monedas de curso legal en la fecha del pago». Por otra parte, dicho órgano jurisdiccional calificó el artículo 1578 del Código Civil rumano de disposición legislativa de carácter supletorio, a saber, aplicable a

⁹⁰ Asunto C-81/19. STJUE de 9 de julio de 2020. NG, *Banca Transilvania*, apdos. 22 a 26.

los contratos de préstamo cuando las partes no hayan pactado otra cosa. El TJUE anticipa ya la conclusión afirmando que dado que, según el órgano jurisdiccional remitente, la cláusula de las condiciones generales cuyo carácter abusivo alegan los demandantes en el litigio principal refleja una disposición del Derecho nacional de carácter supletorio, está comprendida en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13. Sin perjuicio de haber dado respuesta a la cuestión, el TJUE se detiene en un punto traído a colación por el órgano remitente relativo a la disparidad en el tenor del artículo 1.2 según figura en las versiones lingüísticas rumana y francesa. El TJUE resuelve esa discrepancia declarando que la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición, ni se le puede reconocer carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas. Así, señala el TJUE que las disposiciones de Derecho de la Unión deben, en efecto, ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme, a la luz de las versiones en todas las lenguas de la Unión. En caso de divergencia entre las diversas versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión, la disposición de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra. Dado que el artículo 1.2 no establece ninguna distinción entre, por un lado, las disposiciones que se aplican independientemente de la elección de las partes contratantes y, por otro, las disposiciones supletorias, la diferencia entre las versiones no tiene trascendencia. También señala el TJUE que la circunstancia de que sea posible apartarse de una disposición de Derecho nacional supletoria carece de pertinencia a efectos de comprobar si una cláusula contractual que refleja tal disposición está excluida, en virtud del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, del ámbito de aplicación de dicha Directiva. De la misma forma, puntualiza el TJUE que el hecho de que la cláusula no haya sido negociada individualmente no afecta a su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva. Por todo ello, concluye el TJUE declarando que procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que no ha sido objeto de negociación individual, pero que refleja una norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplica entre las partes contratantes cuando estas no hayan pactado otra cosa, no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

Comentarios. La sentencia analizada tiene gran relevancia y las entidades bancarias rumanas han debido de rentabilizarla de manera significativa,

por cuanto que les permite litigar frente a los consumidores damnificados por los préstamos denominados en moneda extranjera con indudables posibilidades de éxito. De los datos obrantes en la sentencia no parece que exista una similitud total entre la cláusula controvertida y el artículo 1578 del Código Civil, aspecto que, sin embargo, no es susceptible de observación por parte del TJUE que se limita a considerar que sí existe un reflejo de la disposición en la cláusula y, habida cuenta de la naturaleza de norma supletoria de dicha disposición, produce la consecuencia inexorable de quedar excluida la cláusula del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Quizá el asunto hubiera merecido una visión diferente por parte del TJUE con base en la falta de coincidencia absoluta entre el texto de la cláusula y el artículo 1578 del Código Civil rumano o bien en otra circunstancia, ya que no parece que el legislador rumano al redactar el artículo 1578 haya tenido en cuenta el establecimiento de un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, en particular, los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera. Incluso el TJUE podía haber utilizado la expresión «en principio» que en ocasiones figura en la premisa elaborada para justificar la razón de ser de la exclusión. En definitiva, el TJUE ha optado por la solución más pragmática, aunque deje tras de sí un sentimiento de cierta falta de justicia. Es de tener en cuenta que la postura adoptada por el Tribunal de Justicia es completamente diferente a las declaraciones propuestas en sus conclusiones por parte de la Abogada General Sra. Kokott⁹¹, quien interpreta el artículo 1.2 de manera distinta, lo que le lleva a contestar las cuestiones segunda y tercera, labor que no tuvo que realizar el TJUE habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión. La Abogada General presenta un planteamiento basado en que la suposición de que el legislador pretende establecer, mediante disposiciones legales, un equilibrio entre los intereses de la relación contractual en cuestión es una presunción que puede desvirtuarse⁹². Apoyándose en *RWE Vertrieb*, la Abogada General recuerda que solo en la medida en que el legislador nacional contempló la situación específica de las partes pudo establecer un equilibrio entre los intereses en juego. A partir de esa premisa y de que no se presume automáticamente que las normas de carácter general hayan sido objeto de una evaluación específica del legislador, la Abogada General deja la puerta abierta para que el tribunal remitente sea el que determine si mediante el artículo 1578 del Código Civil el legislador quiso establecer un equilibrio entre los intereses

⁹¹ Asunto C-81/19. Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Juliane Kokott el 19 de marzo de 2020.

⁹² *Ibid.*, apdo. 41.

de los profesionales y de los consumidores. Esta alternativa es complementada con dos datos muy relevantes. Por un lado, que en la vista el Gobierno rumano subrayó que dicha disposición no se estableció pensando específicamente en los contratos de préstamo con consumidores, sino que dicho precepto partía de la idea de la igualdad entre las partes y, por otro lado, que en el nuevo Código Civil ya no existe una regulación como la de dicho artículo. Por ello, concluía que, si el tribunal remitente llega a la conclusión de que la disposición no pretende establecer un equilibrio entre los intereses de consumidores y profesionales, la presunción debería considerarse desvirtuada y no estaría justificado no realizar el control de contenido.

A nuestro modo de ver, la postura de la Abogada General parece estar más en consonancia con los objetivos de la Directiva 93/13, ya que permite adaptar la disposición a las circunstancias de cada supuesto. No obstante, ha de admitirse que la redacción tanto del artículo 1.2 de la Directiva como del considerando décimo tercero es taxativa. Aun así, entiendo que la falta de coincidencia total entre el contenido de una cláusula y la redacción de la disposición sí puede ser una vía que permita dar una salida a determinadas situaciones injustas como podría ser la relativa a los préstamos en moneda extranjera concedidos por profesionales a consumidores en la que al elaborar la norma el legislador no pensó en las relaciones entre profesionales y consumidores, e incluso yo diría que el profesional al redactar el contrato tipo tampoco pensó en reflejar la disposición legal ni en los efectos que ello tendría, sino más bien parece que, *a posteriori*, el profesional ha encontrado el encaje del artículo 1.2 de la Directiva y el considerando décimo tercero para solventar una posible declaración de nulidad de una cláusula por su naturaleza abusiva. Visto desde esa perspectiva, no responde esa situación a la previsión del legislador comunitario al redactar ambas disposiciones. Por todo ello, será muy interesante comprobar en el futuro el tratamiento que dispense el TJUE a la aplicación de dichas disposiciones en otras situaciones porque los profesionales, legítimamente, tratarán de obtener el máximo provecho de estas.

Caso 43. *Credit Europe Ipotecar IFN y Credit Europe Bank*⁹³: Al analizar la eventual naturaleza abusiva de una cláusula, el órgano judicial debe examinar primeramente si opera la exclusión del ámbito de aplicación

⁹³ Asunto C-364/19. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de abril de 2021. XU y otros contra SC Credit Europe Ipotecar IFN SA y Credit Europe Bank NV. Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el Tribunal de Distrito de Galati, Rumanía. EU: C:2021:306. Este asunto fue juzgado mediante auto motivado, no habiéndose presentado conclusiones por parte de la Abogada General Sra. Kokott a la que le fue asignado el mismo.

de la Directiva 93/13 prevista en su artículo 1.2 y si la exclusión no procede, entonces analizará la aplicación del artículo 4.2 con relación a dicha cláusula.

Hechos. El litigio principal se dirime entre un grupo de consumidores rumanos, por una parte, y SC Credit Europe Ipotecar IFN SA (en lo sucesivo, «Credit Europe Ipotecar») y Credit Europe Bank NV, con sede en Rumanía, por otra, en relación con el carácter supuestamente abusivo de una cláusula incluida en un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, que exige que la cantidad prestada sea reembolsada en esa moneda y que hace recaer sobre los prestatarios el riesgo inherente a las fluctuaciones del tipo de cambio de la misma⁹⁴.

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, entre otros extremos, sobre la metodología que debe seguirse al examinar una cláusula relativa al riesgo de tipo de cambio, preguntándose si procede examinar dicha cláusula antes de nada a la luz de la exclusión prevista en el referido artículo 1, apartado 2, o bien teniendo en cuenta en primer término la exigencia de transparencia que resulta del citado artículo 4, apartado 2. El TJUE considera que el órgano remitente pregunta, en esencia, si los artículos 1, apartado 2, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13

⁹⁴ En 2007 fue suscrito un contrato de préstamo hipotecario denominado en francos suizos (CHF) por una duración de 30 años entre varios consumidores y Credit Europe Ipotecar. El artículo 6.1 de dicho contrato estipulaba, en particular, que el préstamo debía reembolsarse en la moneda extranjera en la que estaba denominado y que el riesgo de tipo de cambio, a saber, el riesgo vinculado a las fluctuaciones del tipo de cambio entre esta moneda y el leu rumano (RON), debía ser soportado eventualmente por los prestatarios. En 2015 los consumidores demandaron a Credit Europe Ipotecar ante el Tribunal de Primera Instancia de Galați, principalmente con el fin de que, por una parte, se declarase el carácter abusivo y la nulidad de la cláusula que figura en el artículo 6.1 del contrato de préstamo de que se trata y, por otra, se fijase el tipo de cambio entre el franco suizo y el leu rumano en el vigente en la fecha de la celebración de ese contrato y, además, se ordenase la devolución de las cantidades pagadas en exceso debido a la depreciación del leu rumano con respecto al franco suizo desde esa fecha. En apoyo de su demanda, alegaron que habían contratado un préstamo denominado en francos suizos según lo aconsejado por Credit Europe Ipotecar, que no les había informado del riesgo de sobrevaloración de esta moneda, a pesar de que tal riesgo era previsible para ese prestamista, el cual, a diferencia de los consumidores, disponía de conocimientos económicos. Uno de los argumentos alegados en su defensa por la entidad bancaria era que no podía admitirse la existencia de un desequilibrio contractual, dado que la regla del «nominalismo monetario» fue establecida por el legislador nacional, recogida en el artículo 1578 del Código Civil, y que la demanda en el procedimiento principal es contraria a esta disposición, en la medida en que pretende eliminar el riesgo de tipo de cambio. Mediante sentencia de 30 de enero de 2018, el Tribunal de Primera Instancia de Galați desestimó por infundada la pretensión relativa al carácter abusivo y, por lo tanto, la nulidad de la cláusula que figura en el artículo 6.1 del contrato de préstamo de que se trata. En marzo de 2018 fue interpuesto recurso de apelación contra la sentencia ante el Tribunal de Distrito de Galați que interpone cuestión prejudicial, exponiendo que el artículo 1578 del Código Civil, que tiene carácter supletorio, establece que el prestatario tiene la obligación de reembolsar al prestamista la cantidad numérica que figura en el contrato de préstamo, a pesar de la revalorización o la depreciación de las monedas en las que el préstamo esté denominado que se produzca antes de la fecha del pago, y que esta disposición legal consagra el «principio del nominalismo monetario», según la denominación dada por la doctrina rumana.

deben interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de un litigio relativo a una cláusula contractual supuestamente abusiva que refleja una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, está obligado a examinar con carácter prioritario la pertinencia de la exclusión del ámbito de aplicación de esa Directiva prevista en su artículo 1, apartado 2, o bien la pertinencia de la excepción a la apreciación del carácter abusivo de cláusulas contractuales, dispuesta en el artículo 4, apartado 2, de la misma Directiva, y, en el supuesto de que esto último fuera lo procedente, si un profesional que no ha cumplido la obligación de transparencia derivada del referido artículo 4, apartado 2, podría, no obstante, invocar dicho artículo 1, apartado 2, para impedir el examen del carácter abusivo de esa cláusula.

Doctrina. Asevera el TJUE que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de aplicación de esta las cláusulas contractuales que reflejen «disposiciones legales o reglamentarias imperativas», expresión que, a la luz del decimotercer considerando de dicha Directiva, abarca no solo las disposiciones de Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes independientemente de su elección, sino también las que son de carácter supletorio, es decir, las que se aplican por defecto, cuando las partes no hayan pactado otra cosa. El TJUE reitera la premisa relativa a que la exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 que se prevé en dicha disposición se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar. Por lo que respecta a la cuestión de cómo se estructuran el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y el artículo 4, apartado 2, de esta, declara el TJUE que el tribunal que conozca de un litigio como el principal debe dar prioridad al análisis basado en la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 prevista en su artículo 1, apartado 2, sobre el análisis basado en la excepción al control del carácter abusivo de cláusulas contractuales dispuesta en el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva. A continuación, el TJUE argumenta su respuesta alegando que es evidente que todo instrumento del Derecho de la Unión únicamente es aplicable a una determinada situación en la medida en que esta esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicho instrumento. Además, de manera más específica, de la propia estructura de la Directiva 93/13 se desprende claramente que la eventual apreciación del carácter abusivo de una cláusula a la luz de las disposiciones de esa Directiva, y en particular de su artículo 4, exige determinar previamente si la cláusula de que se trate está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, en particular teniendo en cuenta la exclusión de ese

ámbito que se establece en el artículo 1, apartado 2, de la propia Directiva. Señala el TJUE que de los datos facilitados por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que este considera, por una parte, que la cláusula controvertida refleja el principio del nominalismo monetario consagrado en el artículo 1578 del Código Civil y, por otra, que dicho artículo constituye una disposición legal de carácter supletorio, es decir, una disposición que se aplica a un contrato cuando las partes contratantes no hayan pactado otra cosa⁹⁵. El TJUE cita el asunto *Banca Transilvana*⁹⁶ porque en él el órgano remitente también consideró que el artículo 1578 del Código Civil rumano es una disposición legal de carácter supletorio. Deja claro el TJUE que esa calificación jurídica únicamente corresponde llevar a cabo a los tribunales nacionales que conocen del asunto. A partir de la calificación dada por el juzgado remitente se desprende que la cláusula contractual cuyo carácter abusivo alegan los demandantes en el litigio principal refleja una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, de modo que la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 abarca dicha cláusula, por lo que no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. El TJUE añade dos precisiones más. Por un lado, que las partes contratantes tengan la posibilidad de establecer excepciones a una disposición supletoria de Derecho nacional carece de pertinencia a efectos de comprobar si una cláusula contractual que refleja tal disposición está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva. Por otro lado, el hecho de que una cláusula contractual que refleje una de las disposiciones de Derecho nacional contempladas en el artículo 1.2 de la Directiva no haya sido objeto de negociación individual no afecta a su exclusión del ámbito de aplicación de la citada Directiva. Al reflejar la cláusula controvertida una disposición de Derecho nacional calificada de supletoria por el órgano remitente no está sujeta a las disposiciones de la Directiva 93/13 y no cabe ningún pronunciamiento sobre la exigencia de transparencia. En consecuencia, el TJUE responde la cuestión declarando que los artículos 1.2 y 4.2 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de un litigio relativo a una cláusula contractual supuestamente abusiva que refleja una disposición supletoria de Derecho nacional, está obligado a examinar con carácter prioritario la pertinencia de la exclusión del ámbito de aplicación de esa Directiva prevista en su artículo 1, apartado 2, y no la pertinencia de la excepción a la apreciación del carácter abusivo de cláusulas contractuales dispuesta en el artículo 4, apartado 2, de la misma Directiva⁹⁷.

⁹⁵ *Ibid.*, apdos. 26 a 36.

⁹⁶ Asunto C-81/19. STJUE de 9 de julio de 2020, *Banca Transilvana*.

⁹⁷ Asunto C-364/19. Auto del TJUE de 14 de abril de 2021, *Credit Europe Ipotecar IFN y Credit Europe Bank*, apdos. 38 a 42.

Comentarios. La resolución de este asunto estaba condicionada por lo declarado por el TJUE anteriormente en la sentencia *Banca Transilvania* con un escenario casi idéntico (art. 1.2 de la Directiva 93/13, artículo 1578 del Código Civil rumano y los préstamos en moneda extranjera). En dicha sentencia, partiendo de la calificación del artículo 1578 dada por el juzgado remitente como disposición supletoria, el TJUE se limitó a establecer la consecuencia de que la cláusula controvertida no estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 sin cuestionarse la posibilidad de que el legislador rumano no hubiera pensado en los contratos de préstamo con consumidores en moneda extranjera al establecer esa disposición, ni tampoco en el equilibrio entre los intereses de profesionales y consumidores.

Partiendo del antecedente constituido por *Banca Transilvania*, en el asunto ahora comentado la labor del TJUE era relativamente fácil y de sentido común al tener que establecer el orden a seguir en el examen de la cláusula controvertida. Como resulta evidente, el método a seguir cuando el órgano judicial tiene que comprobar la eventual naturaleza abusiva de una cláusula es verificar primeramente que entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, por lo que tendrá que comprobar que no opera la exclusión del artículo 1.2, así como que se trata de una cláusula no negociada individualmente entre profesional y consumidor. Una vez confirmado que entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 es cuando el órgano judicial pasará a examinar los restantes aspectos de la misma (art. 4.2 y artículo 3.1, entre otros).

Caso 44. *Prima banka Slovensko*⁹⁸: La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a disposiciones nacionales eslovacas que imponen unos límites en los intereses e importes a percibir por la entidad bancaria al consumidor cuando se ha producido el vencimiento anticipado del préstamo.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Prima banka Slovensko a.s. y HD en relación con el pago de las cantidades adeudadas como consecuencia del vencimiento anticipado de un contrato de préstamo al consumo celebrado entre dichas partes⁹⁹.

⁹⁸ Asunto C-192/20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 10 de junio de 2021. Prima banka Slovensko a.s. contra HD. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Regional de Tribunal Regional de Prešov, Eslovaquia, EU: C:2021:480. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Tachev, al que le fue asignado.

⁹⁹ El 17 de junio de 2016, HD celebró un contrato de préstamo al consumo con Prima banka Slovensko por un importe de 5.700 euros a un tipo de interés del 7,90%. Este préstamo debía reembolsarse en 96 cuotas mensuales. A partir del mes de septiembre de 2017, HD dejó de abonar las cuotas mensuales. En consecuencia, el 28 de diciembre de 2017, Prima banka Slovensko declaró el vencimiento anticipado

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Banco Santander y Escobedo Cortés*, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual el consumidor que ha celebrado un contrato de préstamo con un profesional no puede estar obligado, con arreglo a las estipulaciones de dicho contrato, en caso de vencimiento anticipado del préstamo, a pagar al profesional los intereses remuneratorios correspondientes al período comprendido entre la declaración de ese vencimiento y el reembolso efectivo del capital prestado, cuando el abono de los intereses de demora y las otras penalizaciones debidas de conformidad con dicho contrato permite indemnizar el daño real sufrido por el profesional.

Doctrina. El TJUE realiza una explicación sobre la normativa nacional controvertida. Así, afirma que, en virtud del artículo 519 del Código Civil eslovaco, el acreedor tiene derecho, en caso de mora en el pago de una deuda pecuniaria, a reclamar la reparación del daño causado, siempre que los intereses de demora, cuyo importe está limitado para los contratos de préstamo celebrados por consumidores en el artículo 3a del Decreto Gubernamental núm. 87/1995, no resulten suficientes para reparar el daño. Por otra parte, con arreglo al artículo 54, apartado 1, del Código Civil, el consumidor no podrá renunciar anticipadamente a los derechos que le confieren este Código o disposiciones especiales, ni modificar en su perjuicio de cualquier otro modo su posición contractual. Continúa sus aclaraciones el TJUE observando que, según el órgano jurisdiccional remitente, estas disposiciones nacionales tienen

del préstamo y exigió el reembolso inmediato de 5.083,79 euros en concepto de capital pendiente de pago. Además, Prima banka Slovensko reclamó en virtud de las estipulaciones del contrato de préstamo, en particular, el pago de intereses de demora del 5 %, tanto sobre el principal del préstamo como sobre los intereses debidos, y ello por el período comprendido entre la declaración del vencimiento anticipado del préstamo y el momento del reembolso efectivo de la totalidad del capital prestado, así como el pago de intereses remuneratorios del 7,90 % por el mismo período. Prima banka Slovensko presentó una demanda ante el Tribunal Comarcal de Kežmarok, Eslovaquia, que, mediante sentencia de 20 de septiembre de 2019, por una parte, estimó la petición de condena a HD al pago de intereses de demora hasta el reembolso íntegro del capital prestado y, por otra parte, desestimó la petición de condena a HD al pago de los intereses remuneratorios correspondientes a dicho período, porque el Derecho eslovaco no permite tal acumulación de intereses. Asimismo, dicho órgano jurisdiccional indicó que los tribunales eslovacos ya habían declarado el carácter «abusivo» de la cláusula de un contrato de préstamo que establece la acumulación de los intereses de demora y remuneratorios. Prima banka Slovensko interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, alegando que de la sentencia *Banco Santander y Escobedo Cortés* se desprende que el prestatario que no ha cumplido sus obligaciones contractuales no solo está obligado, en caso de vencimiento anticipado del préstamo que contrató, al pago de los intereses de demora, sino también al de los intereses remuneratorios hasta el reembolso del capital prestado.

por objeto garantizar la protección del consumidor, en la medida en que este no puede estar obligado, en caso de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo que ha celebrado con un profesional, al pago de los intereses remuneratorios, puesto que el abono de los intereses de demora y de las eventuales penalizaciones contractuales y, en su caso, de una indemnización resulta suficiente para reparar el daño realmente sufrido por el profesional. A partir de ahí, el TJUE expone la resolución del asunto apoyándose primero en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 y manifiesta que, tal como resulta del considerando decimotercero de la Directiva 93/13, la exclusión del ámbito de aplicación de esta Directiva prevista en el artículo 1, apartado 2, se extiende a las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas, es decir, de normas que únicamente se aplican si las partes no han dispuesto otra cosa. Tal exclusión se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar¹⁰⁰. A ello añade el TJUE que de su reiterada jurisprudencia se desprende sustancialmente que la referida exclusión abarca las disposiciones legales o reglamentarias imperativas distintas de las que se refieren al control judicial de las cláusulas abusivas, especialmente las relativas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual¹⁰¹. Por todo ello, el TJUE, en primer lugar, declara que de la resolución de remisión resulta que las disposiciones nacionales objeto de la remisión prejudicial son de naturaleza legislativa o reglamentaria y no se recogen en el contrato controvertido en el litigio principal. Es decir, el contrato que es objeto del litigio no refleja las disposiciones legales sobre las que se pregunta si son compatibles o no con la Directiva.

¹⁰⁰ Asunto C-192/20. STJUE de 10 de junio de 2021, *Prima banka Slovensko*, apdo. 32.

¹⁰¹ Para entender el exacto significado de esta declaración del TJUE –reiterada en diferentes resoluciones interpretadoras del artículo 1.2 de la Directiva 93/13– hemos revisado las diversas menciones hasta localizar la primera (C-280/13, STJUE de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank*, apdos. 39 y 40). Esta declaración se refiere al hecho de que el juez nacional no invoca ninguna cláusula contractual que pueda ser calificada de abusiva y ninguna de las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal tiene carácter contractual. El TJUE señala la diferencia con los asuntos *Banco Español de Crédito* y *Aziz*, dado que en estos las disposiciones nacionales sobre las que se discutía se referían a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual. Cuando las disposiciones controvertidas no se reproducen en el contrato sobre el que versa el litigio principal y no se refieren a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual no estarían comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 que tiene por objeto prohibir las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

En segundo lugar, por una parte, el órgano jurisdiccional remitente precisa, que, en virtud del artículo 54, apartado 1, del Código Civil, el consumidor no podrá renunciar anticipadamente a los derechos que le confieren este Código o disposiciones especiales, de modo que estos resultan de aplicación a las partes contratantes, con independencia de lo que hayan acordado en el contrato de que se trate. Por otra parte, según los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, las disposiciones nacionales a las que se refiere la remisión prejudicial no tienen por objeto la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual y, con carácter más general, no parecen referirse al control de las cláusulas abusivas. Por consiguiente, señala el TJUE que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, estas disposiciones nacionales están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Posteriormente, el TJUE aclara al juzgado remitente lo que se preguntaba en el asunto *Banco de Santander y Escobedo Cortés* y lo que el Tribunal de Justicia contestó. Así, este señala que, a diferencia de lo que parece sugerir la entidad Prima banka Slovensko, de la sentencia *Banco Santander y Escobedo Cortés* no se desprende que las disposiciones de la Directiva 93/13 deban interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que no permite al profesional que ha celebrado un contrato de préstamo con un consumidor exigir, en caso de vencimiento anticipado de dicho préstamo y con arreglo a las estipulaciones de este, el pago de intereses remuneratorios, además de los intereses de demora, por el período comprendido entre la declaración de ese vencimiento y el completo reembolso del capital prestado¹⁰².

Una vez efectuadas todas las aclaraciones, el TJUE concluye declarando que, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe efectuar al órgano jurisdiccional remitente, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a disposiciones nacionales en virtud de las cuales el consumidor que ha celebrado un contrato de préstamo con un profesional no puede estar obligado, con arreglo a las estipulaciones de dicho contrato, en caso de vencimiento anticipado del préstamo, a pagar al profesional los intereses remuneratorios correspondientes al período comprendido entre la declaración de ese vencimiento y el reembolso efectivo del capital prestado, cuando el abono de los intereses de demora y de las otras penalizaciones debidas de conformidad con dicho contrato permite indemnizar el daño real sufrido por el profesional.

¹⁰² Asunto C-192/20. STJUE de 10 de junio de 2021, *Prima banka Slovensko*, apdo. 41.

Comentarios. Parte este asunto de lo que parecen ser unas alegaciones erróneas por parte del abogado de la entidad bancaria –que inducen al error al tribunal remitente– que defiende una interpretación de la sentencia *Banco de Santander y Escobedo Cortés* (asuntos C-96/16 y C-94/17) que no responde a lo dicho por el TJUE en esa sentencia. Concretamente, argumentaba la entidad bancaria que en la sentencia mencionada el TJUE declaró que el prestatario que no ha cumplido sus obligaciones contractuales no solo está obligado, en caso de vencimiento anticipado del préstamo que contrató, al pago de los intereses de demora, sino también al de los intereses remuneratorios hasta el reembolso del capital prestado. Como es sabido, lo que dijo el TJUE en *Banco de Santander y Escobedo Cortés* es que era compatible con la Directiva 93/13 la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que sostenía que cuando se declaraba abusiva la cláusula que establecía los intereses moratorios, se seguían devengando los intereses remuneratorios¹⁰³. Resulta llamativo el planteamiento del juzgado remitente porque viene a ser contrario a lo que se cuestiona habitualmente ante el TJUE y ello por cuanto que lo que viene a preguntar el juzgado remitente es si la Directiva 93/13 tal y como se ha interpretado por la sentencia *Banco Santander y Escobedo Cortés* se opone a una normativa nacional *que es más protectora* para el consumidor porque impone unos límites en los intereses e importes a percibir por la entidad bancaria cuando se ha producido el vencimiento anticipado del préstamo.

La conclusión del TJUE es que la Directiva 93/13 no resulta aplicable a esa normativa nacional. Para ello va presentando argumentos sin que sepamos a ciencia cierta cuál de estos argumentos es el que determina la inaplicabilidad. Inicialmente, se apoya el TJUE en el artículo 1.2 de la Directiva y manifiesta que la exclusión del artículo 1.2 abarca las disposiciones legales o reglamentarias imperativas distintas de las que se refieren al control judicial de las cláusulas abusivas, especialmente las relativas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual (apdo. 33). A riesgo de equivocarnos, hemos de expresar nuestra discrepancia con esa valoración del TJUE. Desde nuestro punto de vista, lo que excluye el 1.2 son cláusulas contractuales que reflejan disposiciones, no excluye disposiciones como tales. Ello sin perjuicio de que en un supuesto hipotético puede suceder que la cláusula controvertida refleje una disposición legal o reglamentaria relativa al control judicial de cláusulas abusivas. En tal supuesto, la cláusula como

¹⁰³ Además, declaró el TJUE que era compatible con la Directiva 93/13 la jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que procede declarar abusivas las cláusulas no negociadas individualmente de los contratos de consumidores relativas a los intereses de demora cuando se fije un interés de demora superior a los dos puntos porcentuales de incremento sobre el interés remuneratorio.

tal quedaría fuera de la aplicación de la Directiva 93/13, si bien en el supuesto de que el juez nacional considerase que esa disposición nacional no respeta el equilibrio de intereses entre los derechos y obligaciones de las partes debería plantear cuestión prejudicial al respecto de forma que si el TJUE considerase esa norma incompatible con la Directiva 93/13 y, por tanto, inaplicable, la cláusula sí quedaría cubierta bajo la protección de la Directiva 93/13.

En el asunto comentado consideramos que la exclusión de disposiciones no es por mor del artículo 1.2 puesto que, si así fuera, también estarían excluidas las relativas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, dado que el artículo 1.2 no hace distinción alguna. La contradicción en la que cae el TJUE, desde nuestro modesto punto de vista, se ve reflejada a continuación cuando dice que las disposiciones nacionales objeto de la remisión prejudicial son de naturaleza legislativa o reglamentaria y no se recogen en el contrato controvertido en el litigio principal. A nuestro modo de ver, si las disposiciones no están reflejadas en el contrato controvertido, el artículo 1.2 no resulta de aplicación en este asunto y no tiene nada que ver con lo que se está dilucidando.

El apartado 35 de la sentencia es el que parece presentar la razón de que la Directiva 93/13 no es aplicable a las normas controvertidas. Lo que viene a decir el TJUE es que en virtud del artículo 54, apartado 1, del Código Civil, el consumidor no podrá renunciar anticipadamente a los derechos que le confieren dicho Código o disposiciones especiales, de modo que estos resultan de aplicación a las partes contratantes, con independencia de lo que hayan acordado en el contrato de que se trate. Las normas sobre limitación de los intereses que debe abonar un consumidor al banco cuando su préstamo se encuentra vencido anticipadamente son normas protectoras del consumidor que en ningún caso van a disminuir la amplitud de facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual. Por eso, cabe sostener, como hace el TJUE, que la normas controvertidas no entran dentro de la aplicación de la Directiva 93/13 porque no limitan el control por parte del juez de las cláusulas abusivas (sin relación con el artículo 1.2, a mi modo de ver) o bien también cabe responder la cuestión prejudicial en el sentido de que las normas controvertidas son compatibles con el Derecho de la Unión porque elevan el nivel de protección del consumidor previsto por la Directiva (art. 8 de la Directiva) en la medida en que conducen a la inaplicación de cláusulas contractuales al ser contrarias a esas disposiciones. Esta segunda opción responde a una visión más amplia del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 en orden a reforzar la protección del consumidor, partiendo de la idea de que cuanto mayor sea el ámbito de

aplicación de la Directiva, mayor será la protección al consumidor. No obstante, no responde a la postura del TJUE y, probablemente, supondría una aplicación de la Directiva 93/13 «extramuros» de su ámbito de aplicación y, por tanto, contraria a Derecho.

Caso 45. *NSV Y NM*¹⁰⁴⁻¹⁰⁵: Una cláusula contractual que refleja una disposición supletoria nacional queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 aunque concurren tres circunstancias: falta de evaluación por parte del legislador del equilibrio entre las partes al elaborar la disposición, falta de información y de transparencia por parte del profesional al insertar la cláusula e indicios de mala fe por parte del profesional al conocer el desequilibrio significativo creado entre las partes por la cláusula.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por los consumidores NSV y NM contra la entidad BT, en relación con el carácter supuestamente abusivo de una cláusula del contrato de préstamo celebrado entre dichas partes, denominado en moneda extranjera y que hacía recaer el riesgo de cambio sobre los prestatarios¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Asunto C-87/21. Auto del Tribunal de Justicia (Sala sexta) de 14 de octubre de 2021. NSV y NM contra BT. Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el Tribunal de Apelación de Cluj, Rumanía. EU: C:2021:860. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, a la que le fue asignado.

¹⁰⁵ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas rumano y francés. La narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

¹⁰⁶ El 10 de enero de 2008, los consumidores NSV y NM celebraron un contrato de préstamo con una duración de 300 meses con la entidad BT, en adelante, el banco, para la compra de un bien inmueble. El préstamo estaba denominado en francos suizos y tenía un tipo de interés revisable por el banco en la hipótesis de cambios significativos en el mercado monetario. La cláusula 4, apartado 1, de las condiciones generales del contrato de refinanciación estipulaba que todo pago efectuado en virtud de dicho contrato debía abonarse en la moneda en la que está denominado el préstamo. La fluctuación del tipo de cambio entre el franco suizo y el leu rumano durante el período comprendido entre el mes de enero de 2008 y el mes de agosto de 2016 pasó de 2,2819 a 4,1026 lei rumano por un franco suizo. En agosto de 2016 los consumidores interpusieron una demanda ante el Tribunal Especializado de Cluj con el objeto de que se declarara, en particular, el carácter abusivo de la cláusula 4, apartado 1, de las condiciones generales del contrato, así como del artículo 6.1 de las condiciones particulares. Solicitaban la restitución de las cantidades abonadas indebidamente sobre la base de esas cláusulas y la estabilización del tipo de cambio entre el franco suizo y el leu rumano conforme al que estaba en vigor a la fecha de celebración del contrato. El Tribunal Especializado de Cluj rechazó la demanda. Los consumidores formularon recurso ante el Tribunal de Apelación de Cluj. Este tribunal se refiere a la sentencia *Banca Transilvania* en la que el TJUE se pronunció en un escenario fáctico y jurídico análogo. No obstante, el tribunal remitente señala que el artículo 1578 del Código Civil figura en este código en el capítulo consagrado al préstamo al consumo a título gratuito, lo que implica dos partes en igualdad. Según el tribunal remitente, el legislador nacional no había adoptado esta disposición específicamente a fin de ser aplicada a contratos de préstamo celebrados por profesionales con consumidores.

Según la reformulación efectuada por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 2, el artículo 4.1 y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que una cláusula incluida en un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera celebrado entre un consumidor y un profesional, que refleje una disposición de la legislación nacional de carácter supletorio, entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, en el caso de que, en primer lugar, esta disposición de la legislación nacional no ha sido objeto de una evaluación por parte del legislador nacional, con el fin de establecer un equilibrio entre los intereses del consumidor y el profesional, en el contexto específico de los contratos de préstamo bancario celebrados con los consumidores, en segundo lugar, el profesional insertó esta cláusula en el contrato en cuestión sin cumplir con su obligación de información y transparencia, y, en tercer lugar, existen indicios que permiten considerar que el comerciante insertó dicha cláusula en este contrato de mala fe, no pudiendo este profesional ignorar que la aplicación de dicha cláusula era susceptible de crear, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

Doctrina. Recuerda el TJUE que la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 prevista en su artículo 1.2 es de interpretación estricta y su aplicación requiere que concurren dos requisitos, por un lado, la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y, por otro, esta disposición debe ser imperativa. También se refiere el TJUE al décimo tercer considerando de la Directiva 93/13, con arreglo al cual la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva incluye también las normas que, con arreglo a la legislación nacional se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo, es decir, las disposiciones de Derecho nacional que son de naturaleza supletoria. A ello añade el TJUE la premisa relativa a que esa exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión Europea ha deseado preservar¹⁰⁷.

Una vez efectuadas esas declaraciones generales, el TJUE aborda la problemática concreta del asunto enjuiciado. Señala el TJUE que se desprende de la resolución de remisión que la cláusula relativa al riesgo de cambio cuyo

¹⁰⁷ Asunto C-87/21. Auto de 14 de octubre de 2021, *NSV* y *NM*, apdos. 24 a 27.

carácter abusivo alegan los demandantes en el litigio principal, refleja el principio del nominalismo monetario, consagrado en el artículo 1578 del Código Civil. Este artículo ha sido calificado por el órgano jurisdiccional remitente como de naturaleza supletoria, a saber, aplicable cuando las partes no hayan convenido otra cosa.

El TJUE observa que es importante señalar a este respecto que la disposición analizada en el asunto principal es la misma sobre la que el TJUE tiene declarado que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que no ha sido objeto de negociación individual, pero que refleja una norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplica entre las partes contratantes cuando estas no hayan pactado otra cosa, no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

No obstante, el órgano jurisdiccional remitente considera que la solución dada por el TJUE en *Banca Transilvania* no es susceptible de ser transpuesta al asunto principal teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de préstamo concernido. El artículo 1578 del Código Civil que consagra el principio del nominalismo monetario no ha sido objeto de una evaluación por parte del legislador nacional a fin de establecer un equilibrio entre los intereses de las partes en un contrato de préstamo bancario como el concernido en el asunto principal.

A este respecto el TJUE tiene precisado que la circunstancia de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos no constituye un requisito para la aplicación de la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, sino la justificación de tal exclusión.

Se desprende de los elementos facilitados por el órgano jurisdiccional remitente que considera, por un lado, que la cláusula concernida refleja el principio del nominalismo monetario, consagrado en el artículo 1578 del Código Civil, y, por otro lado, que este artículo constituye una disposición legislativa de naturaleza supletoria.

Señala el TJUE que cuando se reúnen las dos condiciones –que la cláusula contractual refleje una disposición legislativa o reglamentaria y que sea imperativa–, no reviste ninguna pertinencia, en orden a la aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13, la naturaleza del contrato concernido y la cuestión de saber si la disposición legislativa nacional de naturaleza supletoria ha sido objeto de una evaluación específica en el marco de la elaboración de la legislación nacional a fin de establecer un equilibrio entre los intereses del profesional y del consumidor, en el contexto de los contratos de préstamo bancario celebrados con consumidores.

Observa el TJUE que esta conclusión no se ve afectada por las circunstancias vinculadas al comportamiento del profesional concernido que fueron mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente.

Según el tribunal remitente este profesional había insertado en el contrato la cláusula que refleja una disposición de Derecho nacional de naturaleza supletoria sin cumplir con su obligación de información y de transparencia.

Por otro lado, el tribunal remitente indica que existen indicios que permiten considerar que el profesional ha actuado de mala fe, no pudiendo ignorar que la inclusión de la cláusula en el contrato era susceptible de crear, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

Recuerda el TJUE que todo instrumento del Derecho de la Unión únicamente es aplicable a una determinada situación en la medida en que esta esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicho instrumento. Además, de la propia estructura de la Directiva 93/13 se desprende claramente que la eventual apreciación del carácter abusivo de una cláusula a la luz de las disposiciones de esa Directiva, y en particular de su artículo 4, exige determinar previamente si la cláusula de que se trate está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, en particular teniendo en cuenta la exclusión de ese ámbito que se establece en el artículo 1, apartado 2, de la propia Directiva.

Esta es la razón por la que, en la sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc y otros* (C-186/16, EU: C:2017:703), apartados 30 a 32, el Tribunal de Justicia indicó que correspondía al órgano jurisdiccional nacional que conocía del asunto apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos de préstamo en cuestión, así como a su contexto jurídico y de hecho, si la cláusula controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el préstamo debía reembolsarse en la misma divisa en que había sido concedido, reflejaba disposiciones imperativas de Derecho nacional en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, y después, únicamente en el supuesto de que ese órgano jurisdiccional comprobara que la exclusión prevista en dicha disposición no era aplicable a la cláusula controvertida, abordar la aplicación del artículo 4, apartado 2, de la mencionada Directiva.

Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de un litigio relativo a una cláusula contractual supuestamente abusiva que refleja una disposición supletoria de Derecho nacional, está obligado a examinar con carácter prioritario la pertinencia de la exclusión del ámbito de aplicación de esa Directiva prevista en su artículo 1, apartado 2.

De ello se desprende que el análisis del carácter abusivo de una cláusula de un contrato, inclusive la apreciación del posible incumplimiento, por parte del profesional afectado, de su obligación de información y transparencia, como resulta de los artículos 4 y 5 de la Directiva 93 / 13, o el examen de la cuestión de si se ha cumplido la exigencia de buena fe, en el sentido del artículo 3 de dicha Directiva, únicamente puede intervenir en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional haya establecido, de antemano, que dicha cláusula está comprendida efectivamente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Concluye el TJUE declarando que a la luz de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula insertada en un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera celebrado entre un consumidor y un profesional, que refleja una disposición de la legislación nacional de naturaleza supletoria, no entra dentro del ámbito de aplicación de esta directiva, incluso si:

- esta disposición de la legislación nacional no ha sido objeto de evaluación por el legislador nacional, con el fin de establecer un equilibrio entre los intereses del consumidor y del profesional, en el contexto específico de los contratos de préstamos bancarios celebrados con los consumidores;
- el profesional ha insertado esta cláusula en el contrato en cuestión sin cumplir con su obligación de información y transparencia;
- existen indicios que permiten considerar que el profesional insertó dicha cláusula en este contrato actuando de mala fe, no pudiendo ignorar este profesional que la aplicación de dicha cláusula podía generar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes de dicho contrato.

Comentarios. En el auto comentado el TJUE reitera lo dicho en *Banca Transilvania*, a pesar de que el tribunal remitente trata de recibir una respuesta diferente, consciente de la eventual injusticia que conllevaría la exclusión de la aplicación de la Directiva 93/13 a la cláusula controvertida. El tribunal remitente le presenta al TJUE tres circunstancias: falta de evaluación por parte del legislador del equilibrio entre las partes al elaborar la disposición, falta de información y de transparencia por parte del profesional al insertar la cláusula e indicios de mala fe por parte del profesional al conocer el desequilibrio significativo creado entre las partes por la cláusula. No obstante, el TJUE permanece invariable en la respuesta ya dada en *Banca Transilvania*.

De esta forma, vuelve a situar –como lo dejó claramente manifestado en *Credit Europe Ipotecar IFN* y *Credit Europe Bank*– el test sobre la aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 como el paso previo anterior a dilucidar cualquier valoración relativa a la Directiva 93/13, con la consecuencia de que si la cláusula refleja una disposición imperativa o supletoria del Derecho nacional, la cláusula queda fuera automáticamente de la evaluación sobre su eventual naturaleza abusiva, incluso cuando el profesional ha actuado de mala fe al incluir la cláusula a sabiendas del desequilibrio que creaba y la cláusula no es transparente.

Nos parece excesivamente «radical» la postura del TJUE que no quiere atender a las circunstancias concurrentes para poder adaptar la respuesta al caso concreto. De hecho, el TJUE olvida su propio inciso «en principio» que expresa al elaborar la premisa: «la exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, *en principio* ¹⁰⁸, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos». Es decir, en *NSV* y *NM* el TJUE configura la automaticidad de la regla sin dar ninguna otra explicación. A nuestro modo de ver, puede existir una disposición supletoria que no sea transparente o que genere un desequilibrio entre consumidor y profesional porque fue elaborada para una relación entre iguales. El planteamiento establecido por el TJUE en *NSV* y *NM* pasa por alto cualquier circunstancia de esa índole, incluso la mala fe del profesional, y lo hace sin proporcionar ningún razonamiento relativo a esas circunstancias concurrentes que no sea la automaticidad de la aplicación de la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13. Consideramos que esa postura contradice la jurisprudencia elaborada por el propio TJUE, cuya aplicación hubiera obligado al Tribunal de Luxemburgo a razonar sobre las circunstancias planteadas y ofrecer argumentos que apoyasen que en ese caso concreto la exclusión resulta de aplicación. Frente a la postura del TJUE en *NSV* y *NM* podría sostenerse que la actuación de mala fe del profesional o la existencia de un claro e importante desequilibrio entre las partes, si resulta acreditado a criterio del juez nacional, puede llevar a este a valorar la aplicación de la Directiva 93/13. Sin perjuicio de nuestra crítica y de nuestro deseo de que en futuras resoluciones sobre la misma cuestión el TJUE, a fin de garantizar la protección del consumidor, matice su postura y pueda conciliarla con ese objetivo, es indudable la trascendencia que tiene *NSV* y *NM*, al seguir de forma inquebrantable la senda marcada por *Banca Transilvania*.

¹⁰⁸ Cursiva es nuestra.

*Caso 46. Trapeza Peiraios*¹⁰⁹: A pesar de que el artículo 8 de la Directiva 93/13 no resulta de aplicación a las cláusulas contempladas en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, dicho artículo 8 no se opone a la adopción o al mantenimiento de disposiciones de Derecho interno que tengan como efecto aplicar la Directiva 93/13 a cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas o supletorias del Derecho nacional, siempre que ello sea compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13 y con los Tratados.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por los consumidores DP y SG contra la entidad Trapeza Peiraios AE en relación con el carácter supuestamente abusivo de determinadas cláusulas recogidas en los apéndices de un contrato de préstamo denominado en euros, en virtud de los cuales el euro fue sustituido por el franco suizo¹¹⁰.

¹⁰⁹ Asunto C-243/20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de diciembre de 2021. DP, SG contra Trapeza Peiraios AE. Petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Atenas, Grecia. EU: C:2021:1045. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, a la que le fue asignado.

¹¹⁰ En 2004 los consumidores demandantes griegos en el litigio principal celebraron con Trapeza Peiraios un contrato de préstamo inmobiliario de una duración de 30 años. Este contrato de préstamo estaba denominado en euros y sujeto a un tipo de interés variable definido en relación con el índice Euribor a 360 días. Los consumidores percibían sus ingresos en euros y el banco estaba domiciliado en Grecia. En marzo de 2007 y en junio de 2007, las partes firmaron dos apéndices, con el fin de convertir en francos suizos dicho contrato de préstamo inicialmente denominado en euros. Estos apéndices estipulan, por una parte, que el reembolso del saldo pendiente de pago se efectuará en francos suizos y, por otra parte, que los intereses se calcularán con arreglo a un tipo fijo durante los tres primeros años y después según un tipo variable sobre la base del índice LIBOR en francos suizos a 360 días. De los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que, según la cláusula 4.5 de este último apéndice, «el reembolso del préstamo por el deudor se efectuará bien en la misma moneda, bien en el equivalente en euros del importe en francos suizos, equivalente que se calculará en la fecha del pago de la cuota mensual con arreglo a la cotización de la divisa de que se trate, tal como resulte del mercado interbancario de cambios. Este tipo de cambio será superior al tipo efectivo al que el Banco vende el franco suizo y que figura en el Boletín diario de tipos de cambio del Banco». A tenor de la cláusula 8.1, apartado 3, que figura en dicho apéndice, «en caso de resolución del contrato de préstamo, además de las restantes consecuencias previstas en la presente, el Banco se reserva el derecho (sin estar obligado a ello) de convertir la totalidad del saldo pendiente a euros, al tipo efectivo al que el Banco vende el franco suizo y que figura en el boletín diario de los tipos de cambio del Banco en la fecha de la conversión, y a añadir al saldo pendiente de pago intereses de demora compuestos por el tipo básico del Banco vigente para los préstamos inmobiliarios, el margen y la deducción en virtud de la Ley 128/75, e incrementados en 2,5 puntos porcentuales. Si estuviese vigente un tipo de interés superior, se aplicará este». En septiembre de 2018, los demandantes en el procedimiento principal demandaron a Trapeza Peiraios ante el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Primera Instancia de Atenas, con la finalidad principal de obtener, por una parte, la anulación de los referidos apéndices y, por otra parte, el restablecimiento de la situación anterior a estos. En apoyo de sus pretensiones, los consumidores alegaron, en particular, que las cláusulas 4.5 y 8.1, apartado 3, antes mencionadas (en lo sucesivo, «cláusulas controvertidas») son abusivas y, por consiguiente, nulas en virtud del artículo 2 de la Ley 2251/1994. Según ellos, el banco les había incitado a modificar el contrato de préstamo sin informarles del riesgo de cambio que ello entrañaba, pese a que carecían de los conocimientos necesarios para ser conscientes de ese riesgo.

El órgano jurisdiccional remitente señala que las cláusulas controvertidas reproducen, en esencia, el contenido del artículo 291 del Código Civil griego, que permite al prestatario, salvo pacto en contrario, pagar en Grecia su deuda expresada en moneda extranjera bien en esa moneda, bien en moneda nacional al tipo de cambio vigente en el lugar y en la fecha del pago. Por lo tanto, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si puede controlar el carácter abusivo de las cláusulas controvertidas, pese a que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de aplicación de esta las «cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas». Además, el órgano jurisdiccional remitente subraya que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, en su versión en griego, sustrae al control del carácter abusivo las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias supletorias y no se ha reproducido expresamente en la Ley 2251/1994 que transpone la Directiva 93/13 al Derecho griego¹¹¹.

Mediante la cuarta cuestión prejudicial, que fue examinada en primer lugar, según la reformulación del TJUE, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un

¹¹¹ A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente indica que existen discrepancias en la jurisprudencia griega acerca de si, ante la inexistencia de disposición alguna de Derecho interno que incorpore expresamente la exclusión que figura en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, la legislación nacional puede, no obstante, interpretarse en el sentido de que la transpone, de tal forma que fuese imposible controlar el carácter abusivo de una cláusula contractual que se limite a reproducir una disposición legal de carácter supletorio como el artículo 291 del Código Civil. El órgano jurisdiccional remitente señala que en la sentencia núm. 4/2019, el Tribunal Supremo griego declaró que, pese a no haber sido transpuesta al Derecho griego por una disposición específica y expresa, la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 es sin embargo inherente al artículo 2, apartado 6, de la Ley 2251/1994, en virtud de una interpretación conforme con el Derecho de la Unión y con el objetivo de dicha Directiva. A tenor de esta sentencia, «cuando la cláusula controvertida refleje una disposición, imperativa o supletoria, del Derecho nacional, es inconcebible, por definición, que altere el equilibrio entre las partes contratantes o que sea abusiva. Por lo tanto, una cláusula de este tipo queda excluida, de entrada, del ámbito de aplicación de la Ley 2251/1994». Dicha sentencia precisa que tal es el caso de una cláusula de un contrato de préstamo inmobiliario que refleje el tenor del artículo 291 del Código Civil. Sin embargo, la resolución de remisión menciona que esta interpretación no ha sido unánimemente aceptada. Según la opinión minoritaria expresada en el seno del Tribunal Supremo griego no puede considerarse que la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 esté contenida en el artículo 2, apartado 6, de la Ley 2251/1994, dado que las excepciones al control del carácter abusivo de una cláusula deben ser objeto de una interpretación estricta. Dicha opinión minoritaria se basa en que la Directiva deja a los Estados miembros la posibilidad de ofrecer un mayor nivel de protección a los consumidores y al transponer la citada Directiva, el legislador griego suprimió deliberadamente la exclusión establecida en su artículo 1.2. Según esta opinión, interpretar de otro modo el artículo 2, apartado 6, de la Ley 2251/1994 sería contrario a la intención del legislador de otorgar una mayor protección a los consumidores y constituiría una interpretación *contra legem* inaceptable. Los miembros del tribunal remitente sostienen esta postura. Ante esta situación el órgano jurisdiccional remitente formuló la remisión prejudicial.

consumidor que refleja una disposición legal o reglamentaria de carácter supletorio, es decir, que se aplica por defecto de no haber pactado las partes otra cosa, aun cuando dicha cláusula no haya sido negociada individualmente.

Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera, examinadas conjuntamente por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro están obligados a excluir del ámbito de aplicación de esta las cláusulas a que se refiere ese artículo 1, apartado 2, aun cuando dicha disposición no haya sido transpuesta de manera formal en el ordenamiento jurídico de ese Estado y, en tal supuesto, si esos órganos jurisdiccionales pueden considerar que el citado artículo 1, apartado 2, ha sido incorporado de manera indirecta al Derecho nacional, mediante la transposición de los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de dicha Directiva.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si el artículo 8 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la adopción o al mantenimiento de disposiciones de Derecho interno que tengan como efecto aplicar el sistema de protección de los consumidores previsto por dicha Directiva a las cláusulas contempladas en su artículo 1, apartado 2.

Doctrina. Para contestar a la pregunta cuarta el TJUE comienza por aclarar que la versión en griego de la Directiva 93/13 es la única en la que el artículo 1, apartado 2, contiene un segundo párrafo cuyo texto coincide con el del decimotercer considerando, in fine, de dicha Directiva, a tenor del cual la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que figura en esta disposición «incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo».

También explica el TJUE que la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición, ni se le puede reconocer carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas. Las disposiciones de Derecho de la Unión deben, en efecto, ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme, a la luz de las versiones en todas las lenguas de la Unión. En caso de divergencia entre las diversas versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión, la disposición de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra. A ello añade el TJUE que en lo que se refiere a la estructura general de la Directiva 93/13, el artículo 1.2 debe interpretarse en el sentido de que una

cláusula contractual que no ha sido objeto de negociación individual, pero que refleja una norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplica entre las partes contratantes cuando estas no hayan pactado otra cosa, no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

Remitiéndose a *Banca Transilvania*¹¹² el TJUE declara que con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, la falta de negociación individual es un requisito relativo a la apertura del control del carácter abusivo de una cláusula que no puede tener lugar cuando la cláusula contractual no esté comprendida en su ámbito de aplicación. Esta premisa es objeto de nuestros comentarios en diferentes apartados de este trabajo, dado que mostramos nuestra discrepancia con ella.

En cuanto a la finalidad de la Directiva 93/13, la exclusión de la aplicación del régimen de dicha Directiva que se deriva de su artículo 1.2 se justifica por el hecho de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar. Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que la circunstancia de que se haya establecido tal equilibrio no constituye un requisito para la aplicación de la exclusión prevista en el citado artículo 1, apartado 2, sino la justificación de tal exclusión. Por todo ello, declara el TJUE que los tribunales nacionales no pueden controlar, desde el punto de vista de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, aun cuando esta no haya sido negociada individualmente, si esa cláusula refleja una disposición legal o reglamentaria que sea «imperativa», en el sentido del artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva, concepto que incluye no solo una disposición que se aplique entre las partes contratantes independientemente de su elección, sino también una disposición de carácter supletorio, es decir, que se aplique por defecto, si las partes no han pactado otra cosa. Corresponde a los jueces nacionales que conocen del asunto comprobar si la cláusula de que se trata está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 a la luz de los criterios definidos por el Tribunal de Justicia, es decir, tomando en consideración un conjunto de criterios: la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de los contratos de préstamo de que se trata, así como el contexto jurídico y fáctico en el que se inscriben, teniendo en cuenta que, en vista del objetivo de protección de los consumidores perseguido por dicha Directiva, la excepción establecida en su artículo 1.2 es de interpretación estricta. Descendiendo al

¹¹² As. C-81/19. STJUE de 9 de julio de 2020, *Banco Transilvania*.

asunto enjuiciado, señala el TJUE que el órgano jurisdiccional remitente estima que las cláusulas controvertidas, que al parecer no fueron negociadas entre las partes del contrato de préstamo de que se trata, reproducen el contenido del artículo 291 del Código Civil, al que califica de disposición legal de carácter supletorio. Recuerda el Tribunal de Justicia que incumbe a dicho órgano jurisdiccional examinar, aplicando los criterios indicados anteriormente, si todas las cláusulas impugnadas ante él reflejan verdaderamente disposiciones de Derecho nacional que sean imperativas, en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, teniendo en cuenta que las cláusulas a las que no quepa aplicar dicha calificación no pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva por este motivo. El hecho de que determinadas cláusulas que reflejen tales disposiciones legales queden excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 no implica que la validez de otras cláusulas, que figuren en el mismo contrato y que no sean objeto de disposiciones legales, no pueda ser apreciada por el juez nacional a la vista de la citada Directiva.

Por todo ello, el TJUE concluye que procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que refleje una disposición legal o reglamentaria nacional de carácter supletorio, es decir, que se aplique por defecto si las partes no han pactado otra cosa, aun cuando dicha cláusula no haya sido negociada individualmente ¹¹³.

El TJUE pasa a analizar las cuestiones prejudiciales segunda y tercera basadas en la premisa de que, al no haberse recogido expresamente el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 en la normativa griega adoptada para su transposición, el Tribunal Supremo griego ha declarado, en virtud de una interpretación del Derecho nacional que se considera conforme con la Directiva, que la exclusión del ámbito de aplicación de esta enunciada en su artículo 1, apartado 2, figura implícitamente en la referida normativa, ya que tal exclusión es inherente al artículo 2, apartado 6, de la Ley 2251/1994, que transpuso los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de dicha Directiva.

En primer lugar, se refiere el TJUE a las consecuencias de la no transposición del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 al Derecho interno, subrayando que las disposiciones de esta Directiva se aplican únicamente a supuestos que no queden fuera de su ámbito de aplicación, en particular, en virtud de la exclusión que establece dicho artículo 1, apartado 2, en las condiciones que este define. A continuación, señala que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de

¹¹³ As. C-243/20. STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Trapeza Peiraios*, apdos. 31 a 40.

aplicación de esta las cláusulas a las que se refiere, en particular las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. Por consiguiente, aun en el supuesto de que dicho artículo 1.2 no se haya transpuesto al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, no deja de ser cierto que el control, a la luz de las exigencias de esta Directiva, de la conformidad de tales cláusulas contractuales, e indirectamente de las disposiciones nacionales imperativas que reflejan, no está previsto por el Derecho de la Unión. Señala el TJUE que esa falta de transposición no puede modificar el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, que, en principio, debe ser el mismo en todos los Estados miembros, sin perjuicio de las adaptaciones autorizadas por el Derecho de la Unión. Respecto a este último extremo, es preciso recordar que los Estados miembros conservan, en particular, la posibilidad de aplicar las disposiciones de dicha Directiva, como normas de Derecho nacional, a situaciones no comprendidas en su ámbito de aplicación, siempre que ello sea compatible con los objetivos perseguidos por esta y con los Tratados. El TJUE procede a examinar si, cuando el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 no se ha transpuesto de forma explícita al ordenamiento jurídico de un Estado miembro mediante la adopción de un precepto legal expreso y específico en ese sentido, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado pueden, o incluso deben, considerar que dicha disposición ha sido transpuesta de forma implícita mediante la adopción de las disposiciones nacionales de transposición de los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de dicha Directiva. Al respecto, subraya el TJUE que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 limita el ámbito de aplicación del sistema de protección contra las cláusulas abusivas instaurado por esta Directiva, mientras que sus artículos 3 y 4 se refieren, respectivamente, al concepto de cláusulas abusivas y al alcance de la apreciación del carácter abusivo de tales cláusulas, en el marco de dicha Directiva. Por otra parte, todo instrumento del Derecho de la Unión únicamente es aplicable a una determinada situación en la medida en que esta esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicho instrumento. Además, de la propia estructura de la Directiva 93/13 se desprende claramente que la eventual apreciación del carácter abusivo de una cláusula a la luz de las disposiciones de esa Directiva, y concretamente de sus artículos 3 y 4, exige determinar previamente si la cláusula de que se trate está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, en particular teniendo en cuenta la exclusión que se establece en el artículo 1, apartado 2, de la propia Directiva. Por lo tanto, cuando el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, que tiene por objeto definir el ámbito de aplicación de esta, no ha sido transpuesto formalmente, mediante un precepto legal expreso y específico, al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de este no pueden considerar que esa disposición ha sido indirectamente incorporada a dicho

ordenamiento mediante la transposición de los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la citada Directiva, los cuales no tienen el mismo objeto.

En conclusión, el TJUE declara que procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas contempladas en dicho artículo 1.2 están excluidas del ámbito de aplicación de esta Directiva, aun cuando la citada disposición no haya sido transpuesta de manera formal al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, y, en tal supuesto, los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro no pueden considerar que el citado artículo 1, apartado 2, ha sido incorporado de manera indirecta al Derecho nacional mediante la transposición de los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de dicha Directiva ¹¹⁴.

Con respecto a la primera pregunta, el TJUE introduce la cuestión presentando las dos posturas enfrentadas. De un lado, el órgano jurisdiccional remitente y los demandantes en el litigio principal parecen coincidir en considerar que la no transposición al Derecho griego, mediante la Ley 2251/1994, de la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 persigue implícitamente, al amparo de su artículo 8, el objetivo de incrementar el nivel de protección de los consumidores con respecto al garantizado por dicha Directiva. De otro lado, Trapeza Peiraios y el Gobierno helénico en sus observaciones escritas niegan que el legislador nacional haya tenido tal intención. El Tribunal de Justicia recuerda que en el marco del reparto de competencias entre este y los órganos jurisdiccionales nacionales, le incumbe tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión, de modo que el examen de una remisión prejudicial no puede efectuarse a la luz de la interpretación del Derecho nacional invocada por el Gobierno de un Estado miembro o por una parte en el litigio principal. También trae a colación que en virtud del artículo 8 de la Directiva 93/13, los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por esta, disposiciones más estrictas que sean compatibles con dicho Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Señala el TJUE que del tenor del artículo 8 de la Directiva 93/13 se desprende que la facultad de que disponen los Estados miembros en virtud de esta disposición para incrementar el nivel de protección de los consumidores es aplicable «en el ámbito regulado por [esta] Directiva», que abarca las cláusulas que pueden ser abusivas incluidas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. En cuanto al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, leído

¹¹⁴ *Ibid.*, apdos. 42 a 50.

a la luz de su decimotercer considerando, excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva determinadas cláusulas de contratos celebrados con consumidores, en particular las que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. El artículo 1.2 de la Directiva 93/13 no afecta a la facultad de los Estados miembros, enunciada en el duodécimo considerando y en el artículo 8 de dicha Directiva, de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección mediante disposiciones nacionales más estrictas que las de la citada Directiva, dentro del respeto del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En este punto, el TJUE se remite a la sentencia de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* relativa a la articulación entre la facultad que se reconoce en el artículo 8 y la excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas que se establece en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. En esa sentencia, tras haber declarado que las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva 93/13, y que, por tanto, el artículo 8 de esta también se aplica al citado artículo 4, apartado 2, el Tribunal de Justicia declaró que esas dos disposiciones (art. 8 y artículo 4.2 de la Directiva 93/13) no se oponían a una normativa nacional que permitiese un control jurisdiccional del carácter abusivo de tales cláusulas capaz de garantizar al consumidor un nivel de protección mayor que el establecido en dicha Directiva. También recuerda el TJUE que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 no son objeto de una apreciación de su eventual carácter abusivo, pero sí están comprendidas en el ámbito regulado por esta en el sentido de su artículo 8 y que una disposición de Derecho nacional que confiera un alcance más estricto a la excepción establecida en dicho artículo 4, apartado 2, participa del objetivo de protección de los consumidores perseguido por dicha Directiva. El TJUE pasa a señalar la diferencia entre el artículo 1.2 y el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. El primero excluye del ámbito de aplicación material de la Directiva 93/13 una primera categoría de cláusulas contractuales, y el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, que no define ese ámbito de aplicación, sino que excluye de la apreciación del carácter abusivo una segunda categoría de cláusulas contractuales que, por su parte, están comprendidas en su ámbito de aplicación.

El TJUE observa que las cláusulas contempladas en ese artículo 1.2 de la Directiva 93/13 no están comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva y que, por consiguiente, el artículo 8 de esta no se aplica al citado artículo 1.2. Sentado lo anterior, el TJUE señala que, no obstante, los Estados miembros pueden aplicar disposiciones de dicha Directiva a situaciones no incluidas en su ámbito de aplicación, siempre que ello sea compatible con los objetivos perseguidos por esta y con los Tratados. Dicho ello, el TJUE está en

condiciones de responder la pregunta declarando que el artículo 8 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la adopción o al mantenimiento de disposiciones de Derecho interno que tengan como efecto aplicar el sistema de protección de los consumidores previsto por dicha Directiva a las cláusulas contempladas en su artículo 1, apartado 2.

Comentarios. Con relación a las divergencias entre diferentes versiones lingüísticas de los instrumentos comunitarios nos recuerda el TJUE que las disposiciones de Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme, a la luz de las versiones en todas las lenguas de la Unión y, en caso de divergencia entre las diversas versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión, la disposición de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra. Es decir, debemos comparar las distintas versiones lingüísticas y si en una concreta hay una divergencia, deberíamos acudir al contenido uniforme de las otras versiones. En el supuesto más complejo y excepcional de que los contenidos son diversos en diferentes versiones, entonces debemos interpretar ese instrumento en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en cuestión. Las premisas anteriores son de aplicación para cualquier instrumento comunitario. A ello nos gustaría añadir, aunque no esté relacionado con la cuestión planteada, que la premisa de comparar las diferentes versiones lingüísticas también es de utilidad cuando estamos analizando una sentencia del TJUE y no terminamos de entender el significado de la versión en español. En muchas ocasiones, esos problemas de comprensión se derivan de una defectuosa traducción al español, pudiendo solventarse acudiendo a las versiones francesa e inglesa, por ejemplo, para comprobar qué es lo que quiere decir el Tribunal de Justicia.

Por otro lado, entrando en el meollo de la cuestión analizada por el TJUE resulta interesante la distinción entre el 1.2 y el 4.2 de la Directiva. El primero excluye del ámbito de aplicación de la Directiva una categoría de cláusulas contractuales mientras que el segundo no define el ámbito de aplicación, sino que excluye de la apreciación del carácter abusivo otra categoría de cláusulas contractuales que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. Al no estar incluidas las cláusulas contempladas en el artículo 1.2 en el ámbito de aplicación de la Directiva, señala el TJUE que el artículo 8 de la Directiva no se aplica al artículo 1.2¹¹⁵, o expresado de forma más precisa, el

¹¹⁵ No parece excesivamente preciso el TJUE cuando dice que un artículo (el art. 8) no se aplica a otro (art. 1.2). Parece que hubiera sido más acertado decir que el artículo 8 no se aplica a las cláusulas contempladas en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13. Hemos comprobado las versiones francesa e italiana –la inglesa no figura– y dicen lo mismo que la versión española.

artículo 8 de la Directiva no se aplica a las cláusulas contempladas en el artículo 1.2. Ello es deducido por el TJUE –aunque no lo mencione– de la propia dicción literal del artículo 8 («Los Estados miembros podrán adoptar o mantener *en el ámbito regulado por la presente Directiva* ¹¹⁶ [...]»). Sin embargo, el TJUE se remite a lo que dijo en la sentencia *Condominio di Milano, via Meda* de 2 de abril de 2020 para encontrar la solución a la cuestión. En la medida en que los Estados miembros pueden aplicar disposiciones de la Directiva a situaciones no incluidas en su ámbito de aplicación –siempre que ello sea compatible con los objetivos de esta y con los Tratados–, el artículo 8 de la Directiva no va a oponerse a que un Estado miembro adopte o mantenga disposiciones de Derecho interno que tengan como efecto aplicar el sistema de protección de los consumidores previsto por dicha Directiva a las cláusulas contempladas en el artículo 1.2 de la Directiva.

Cuestión diferente será evaluar, por parte del órgano jurisdiccional nacional, si el Estado miembro concernido ha adoptado o no esas disposiciones de Derecho interno. Ello lo decimos por cuanto que si lo que sucede es que simplemente el legislador nacional no ha transpuesto el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, de la sentencia comentada se deduce que ello no es suficiente para considerar que ha adoptado esa medida. Por tanto, para considerar que el legislador nacional ha adoptado disposiciones de Derecho interno que tengan como efecto aplicar la Directiva 93/13 a las cláusulas que reflejen disposiciones imperativas o supletorias ha de disponerlo expresamente.

Es de señalar que en la sentencia ahora comentada el TJUE se sirve de dos importantes sentencias que no interpretan el artículo 1.2. En primer lugar, se trata de la sentencia *Condominio di Milano, via Meda* en la que el TJUE viene a concluir que la jurisprudencia nacional que aplica la normativa de protección de los consumidores a las comunidades de propietarios es conforme con la Directiva 93/13, a pesar de que en el ordenamiento jurídico italiano la comunidad de propietarios no sea ni persona física ni persona jurídica, dado que el Derecho de la Unión permite que los Estados miembros garanticen un mayor nivel de protección.

En segundo lugar, en *Trapeza Peiraios*, el TJUE también se apoya en *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, dado que en esta sentencia el TJUE consideraba compatible con la Directiva 93/13 el Derecho español que no exceptuaba –supuestamente– las categorías de cláusulas excluidas por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, dado que lo que hacía era proporcionar una protección más elevada.

¹¹⁶ Cursiva es nuestra.

Sin perjuicio de la diferencia consistente en que las cláusulas contempladas en el artículo 1.2 quedan fuera de la Directiva 93/13 mientras que las cláusulas referidas en el 4.2 no son objeto del juicio de abusividad, pero sí están dentro de la Directiva 93/13, existe un notable paralelismo entre ambos asuntos. Los respectivos legisladores nacionales al transponer la Directiva 93/13 al ordenamiento interno no han incluido el artículo 1.2 (el legislador griego) y el artículo 4.2 (el legislador español). Ante esa situación, en ambos casos, los respectivos tribunales supremos consideran que sí han sido transpuestos (con alguna oscilación inicial en el Tribunal Supremo español). Las dos situaciones generan inseguridad jurídica por lo que de ellas se deduce la importancia de que en los instrumentos nacionales de transposición se aclare expresamente qué extremos de la directiva van a ser objeto de una elevación del nivel de protección y en qué consiste dicho incremento de la protección.

Finalmente, con relación a la premisa señalada en el apdo. 34 de la sentencia en el sentido de que la falta de negociación individual es un requisito relativo a la apertura del control del carácter abusivo de una cláusula, nos remitimos a los comentarios efectuados en el apartado sobre cláusulas no negociadas individualmente en los que venimos a exponer los motivos de nuestra disconformidad con la postura del TJUE, ya que, a nuestro juicio, la exigencia de falta de negociación individual delimita el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, de forma que a una cláusula negociada individualmente no se le aplica la Directiva 93/13, situación totalmente diferente de la de una cláusula que define el objeto principal del contrato o se refiere a la adecuación entre precio y bien o servicio entregado en contraprestación que sí entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, pero que no va a ser objeto del juicio de abusividad, salvo que no sea clara y comprensible.

Caso 47. *Zagrebacka banka*¹¹⁷: Las cláusulas de un apéndice a un contrato originario de préstamo inmobiliario que reflejan una reforma legal quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 por aplicación de su artículo 1.2.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la consumidora A. H. y la entidad bancaria Zagrebačka banka d.d., en relación con la restitución de las cantidades supuestamente percibidas de forma

¹¹⁷ Asunto C567/20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) dictada el 5 de mayo de 2022, A. H. contra Zagrebacka banka d.d.. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Municipal de lo Civil de Zagreb, Croacia, EU: C:2022:352. La Abogada General Sra. Kokott presentó sus conclusiones en audiencia pública el 3 de febrero de 2022.

indebida por esta última en virtud de cláusulas abusivas que inicialmente figuraban en el contrato de préstamo celebrado por dichas partes y que posteriormente estas sustituyeron mediante un apéndice que incorporaba las modificaciones previstas por una ley croata ¹¹⁸.

El juzgado remitente tiene dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión en relación con una sentencia del Tribunal Supremo y con determinadas disposiciones del Derecho croata de las que se desprende que la validez de un contrato debe apreciarse en el momento de su celebración, y que una cláusula nula no puede ser regularizada. En esas circunstancias plantea la cuestión prejudicial.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, según reformulación del TJUE, si el artículo 6, apartado 1, de

¹¹⁸ El 15 de octubre de 2007, la demandante en el litigio principal, una consumidora domiciliada en Croacia, y la entidad bancaria establecida en Croacia, Zagrebačka banka, celebraron un contrato de préstamo inmobiliario por un importe denominado en francos suizos pero desembolsable en kunas croatas, al tipo de cambio medio fijado por el Banco Nacional de Croacia en la fecha de entrega del préstamo. Dicho contrato incluía, en particular, una cláusula que estipulaba que el franco suizo constituía la divisa a la que se referenciaba el importe del préstamo que debía reembolsarse, y otra cláusula que estipulaba que el tipo de interés variable que debía aplicarse podía ser modificado mediante decisión unilateral de la entidad bancaria. El 30 de septiembre de 2015 entró en vigor la reforma introducida por la Ley de Crédito al Consumo de 2015. Según el artículo 19.b de esta Ley, todo crédito denominado en francos suizos debía necesariamente poder convertirse en un crédito denominado en euros para equiparar la situación de estos consumidores a la de los prestatarios de un préstamo denominado en euros. En virtud del artículo 19.e de dicha Ley, los prestamistas tenían la obligación de ofrecer a todos los consumidores afectados la posibilidad de celebrar nuevos contratos de crédito o modificar los ya celebrados, respetando los modos de conversión establecidos, concretamente, en el artículo 19.c, de esta misma Ley. En caso de que el consumidor no aceptara dicha conversión, el reembolso de su préstamo debía efectuarse en las condiciones contractuales vigentes. El 8 de enero de 2016, la consumidora y Zagrebačka banka suscribieron un apéndice a su contrato originario con el fin de proceder a la conversión prevista por la Ley de Crédito al Consumo de 2015, de tal modo que el reembolso del préstamo se referenció al euro, lo cual implicó una modificación tanto del importe principal adeudado como del método de cálculo de los intereses, a partir del 30 de septiembre de 2015. En junio de 2019, la consumidora demandó a la entidad bancaria ante el Tribunal Municipal de lo Civil de Zagreb. Mediante su demanda, por un lado, solicita que se declare el carácter abusivo y, en consecuencia, la nulidad, de la cláusula de indexación al franco suizo y de la cláusula relativa al tipo de interés variable que figuraban en el contrato celebrado el 15 de octubre de 2007, con arreglo a las disposiciones del Derecho croata y a las disposiciones del Derecho de la Unión, principalmente las de la Directiva 93/13. La consumidora también solicita, apoyándose en un dictamen pericial que aportó en el litigio principal, que se condene a Zagrebačka banka a restituirle todas las ventajas que esta haya obtenido indebidamente en virtud de las cláusulas abusivas que figuraban en el contrato originario y que fueron sustituidas mediante un apéndice al mismo cuyos efectos no son, a su juicio, suficientemente reparadores. La consumidora sostiene que el órgano jurisdiccional remitente debe abstenerse de aplicar cualquier norma de Derecho nacional que le impida obtener la restitución íntegra de dichas ventajas, puesto que no ha renunciado a los derechos que le corresponden como consumidora. En su opinión, la Ley de Crédito al Consumo de 2015 y el apéndice al contrato originario que reproduce el contenido de dicha Ley no la restablecieron en la situación en la que se habría encontrado de no haber incluido en el contrato originario cláusulas abusivas. Con carácter preliminar, el órgano jurisdiccional remitente señala que la Ley de Crédito al Consumo de 2015 y el apéndice suscrito con arreglo a dicha Ley nacieron con posterioridad a la adhesión de la República de Croacia a la Unión, de modo que entiende que el Tribunal de Justicia es competente *ratione temporis* para responder a las cuestiones prejudiciales que plantea en el presente asunto.

la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones de Derecho nacional que impidan, al juez que conoce del asunto, estimar la demanda de un consumidor por la que solicita la restitución íntegra de las ventajas que un profesional haya obtenido en aplicación de cláusulas abusivas contenidas en un contrato de préstamo, si el profesional se ha visto obligado a ofrecer al consumidor la modificación de su contrato originario mediante un acuerdo cuyo contenido venga determinado por dichas disposiciones y ese consumidor ha tenido legalmente la posibilidad de prestar su consentimiento a tal modificación.

El juzgado remitente también formuló una segunda cuestión condicionada a que la respuesta a la primera fuera positiva. Dado que la respuesta a la primera cuestión fue que las cláusulas contractuales del apéndice quedaban fuera del ámbito de la Directiva 93/13, el TJUE consideró que no procedía contestar a la segunda pregunta.

Doctrina. Con carácter previo y en relación con la cuestión de falta de competencia del TJUE por no estar comprendido el litigio en el ámbito de aplicación *ratione temporis* del Derecho de la Unión, el TJUE declara que únicamente es competente para interpretar las disposiciones de la Directiva 93/13 en la medida en que la petición de decisión prejudicial se refiera a las cláusulas que figuran en el apéndice celebrado el 8 de enero de 2016 y al período posterior a la celebración de este. La Directiva 93/13 no es aplicable al contrato originario controvertido en el litigio principal celebrado el 15 de octubre de 2007, es decir, antes de la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 2013.

El TJUE examina si la Directiva 93/13 es aplicable *ratione materiae* en el contexto del litigio principal, habida cuenta de la exclusión prevista en su artículo 1, apartado 2. El TJUE señala que solo es competente para responder a la primera cuestión prejudicial en lo referente a las cláusulas contractuales que se hayan incorporado a posteriori en el contrato originario mediante el citado apéndice de conformidad con la Ley de Crédito al Consumo de 2015.

Observa el TJUE que la demandante en el litigio principal invoca las disposiciones de la Directiva 93/13 para impugnar de manera autónoma las cláusulas del apéndice del contrato originario incorporadas a este en virtud de la Ley de Crédito al Consumo de 2015, en tanto en cuanto estas cláusulas son insuficientes para obtener una restitución íntegra de las ventajas que el profesional ha obtenido en aplicación de las cláusulas abusivas contenidas en el contrato de préstamo originario. El TJUE recuerda que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de aplicación de esta las cláusulas

contractuales que reflejen «disposiciones legales o reglamentarias imperativas», expresión que, a la luz del decimotercer considerando de dicha Directiva, abarca no solo las disposiciones de Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes independientemente de su elección, sino también las que son de carácter supletorio, es decir, las que se aplican por defecto, cuando las partes no hayan pactado otra cosa. También recuerda las premisas que tiene declaradas con respecto al artículo 1.2 de la Directiva 93/13 como que la exclusión se justifica por el hecho de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar. Descendiendo al asunto enjuiciado, indica el TJUE que el órgano jurisdiccional remitente señala, en esencia, que las cláusulas del apéndice que Zagrebačka banka y la demandante en el litigio principal suscribieron, para modificar su contrato originario de tal modo que el préstamo denominado en francos suizos se convirtiera en un préstamo denominado en euros, reflejan el contenido de las disposiciones que figuran en el capítulo IV.a de la Ley de Crédito al Consumo de 2015. En primer lugar, dicho órgano jurisdiccional señala que la Ley de Crédito al Consumo de 2015 obliga a los profesionales a proponer tal modificación a los consumidores afectados y prescribe un método específico para calcular el nuevo importe de sus obligaciones crediticias. Asimismo, en sus observaciones escritas, el Gobierno croata afirma que la citada Ley limitaba la autonomía de la voluntad de los bancos, en la medida en que les obligaba a ofrecer a los consumidores la posibilidad de suscribir un acuerdo de conversión de su contrato existente, cuyo contenido venía precisamente determinado por esta norma imperativa. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente observa que todas las partes a quienes resultaba de aplicación la Ley de Crédito al Consumo de 2015 modificaron la relación contractual originaria sobre la base de un acuerdo de voluntades, y no directamente sobre la base de una intervención legislativa, como sucedió, en particular, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 14 de marzo de 2019, *Dunai* (C118/17, EU: C:2019:207). No obstante, si bien todos los consumidores tuvieron la posibilidad de rechazar la conversión prevista por esta Ley, lo cierto es que cuando los consumidores dieron su consentimiento, como en el asunto principal, las partes modificaron su contrato originario, al objeto de sustituir las cláusulas abusivas que contenía, no de forma libre, sino con la obligación de aplicar las normas de conversión impuestas por el legislador nacional. La mera exigencia del consentimiento del consumidor no impide considerar que las cláusulas del apéndice en cuestión reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas,

siempre que el contenido de ese apéndice venga determinado íntegramente por la citada Ley. En tercer lugar, de la resolución de remisión se desprende que el objetivo perseguido por el legislador croata era establecer un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes afectadas por la Ley de Crédito al Consumo de 2015. Resuelto el asunto, añade el TJUE que aunque la calificación jurídica competirá en última instancia al órgano jurisdiccional remitente resulta que las disposiciones que figuran en el capítulo IV.a de dicha Ley constituyen disposiciones de Derecho nacional de carácter imperativo, en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, de modo que las cláusulas contractuales que reflejan las disposiciones de esa Ley, destinadas a sustituir las cláusulas viciadas de nulidad que figuraban en un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, no están sujetas a las disposiciones de dicha Directiva.

Por todo ello, concluye el TJUE que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no están comprendidas en el ámbito de aplicación material de esta Directiva las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones de Derecho nacional en virtud de las cuales el profesional se ha visto obligado a ofrecer al consumidor la modificación de su contrato originario mediante un acuerdo cuyo contenido venga determinado por esas disposiciones y dicho consumidor ha tenido legalmente la posibilidad de prestar su consentimiento a tal modificación.

Comentarios. Parece que este asunto no ofreció gran dificultad al TJUE, limitándose a comprobar que las cláusulas del apéndice reflejaban las disposiciones que figuraban en la Ley de Crédito al Consumo de 2015. Siendo ello así, parece indiscutible que el apéndice quedaba fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. De esa forma, la acción reparatoria de la consumidora se queda sin sustento, ya que con carácter previo a su evaluación es precisa la declaración de la abusividad de las cláusulas cuya aplicación dio lugar a que la entidad bancaria percibiera cantidades indebidas a criterio de la consumidora. Si no existe declaración de abusividad no podrá haber lugar a la restitución con base en la Directiva 93/13. Es evidente que el hecho de que los acuerdos suscritos entre profesional y consumidor reflejen la norma promulgada por el legislador croata convierten en inatacables esos acuerdos desde la perspectiva de la Directiva 93/13. La clave estriba en que el apéndice refleje las disposiciones legales imperativas, aunque la aplicación del apéndice dependa de la voluntad del consumidor que libremente lo acepta y lo suscribe, dado que las alternativas ofrecidas por el legislador

nacional eran: suscribir un préstamo nuevo o bien un anexo al préstamo existente o bien mantener el contrato originario, incluidas aquellas cláusulas que según el legislador, son abusivas, teniendo en cuenta que el contenido del anexo del contrato viene determinado íntegramente por la Ley y no es negociable entre las partes contratantes.

La particularidad de este asunto residía en el hecho de que el contrato originario de préstamo había sido celebrado antes de la adhesión de Croacia a la Unión Europea, mientras que el apéndice fue suscrito con posterioridad a la adhesión. El Tribunal de Justicia siguió en líneas generales las conclusiones presentadas por la Abogada General ¹¹⁹. Este asunto constituye un ejemplo de que los contratos de préstamo denominados en francos suizos y desembolsables en la moneda local (kunas croatas) también tuvieron una gran trascendencia en Croacia hasta el punto de que el legislador croata promulgó la Ley de Crédito al Consumo de 2015 con el fin de que los créditos denominados en francos suizos se convirtieran en créditos denominados en euros, de forma que los prestamistas tenían la obligación de ofrecer a todos los consumidores afectados la posibilidad de celebrar nuevos contratos de créditos o modificar los ya celebrados. La mecánica o metodología establecida por la reforma legal comparaba todos los pagos del consumidor en concepto del préstamo efectivo con un préstamo en euros, consiguiendo un nuevo saldo vivo en euros a fecha de 30 de septiembre de 2015, con arreglo al cual el prestatario debía reembolsar su préstamo a partir de esa fecha.

3.3.3 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial

Las sentencias comentadas no han llamado excesivamente la atención de la doctrina. No obstante, cabe mencionar el comentario de Jablonowska ¹²⁰ a la sentencia *Banca Transilvania* en el que analiza cómo el TJUE se aparta del tratamiento dado por la Abogado General Kokott –más favorable al consumidor–. La autora recoge el planteamiento teleológico de la Abogado General según el cual únicamente era posible para el legislador nacional lograr un equilibrio entre las partes en la medida en que el legislador pudo

¹¹⁹ Asunto C-567/20, conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 3 de febrero de 2022.

¹²⁰ JABLONOWSKA, A., «No judicial fine-tuning of the scope of UCTD: CJEU departs from AG's opinion in *Banca Transilvania*», *Recent developments in European Consumer Law*, Blog, 17 Julio 2020.

Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2020/07/no-judicial-fine-tuning-of-scope-of.html> (última consulta 5 de septiembre de 2023).

prever la situación. En consecuencia, si la disposición no estaba destinada a crear un equilibrio entre los consumidores y los profesionales, estos no podían ampararse en el artículo 1.2. El TJUE no sigue ese planteamiento y no condiciona la aplicación del artículo 1.2 a la existencia de esa previsión de equilibrio, sino que considera la propia disposición como justificación para la exclusión por cuanto que el legislador ha tenido en cuenta automáticamente el equilibrio entre consumidores y profesionales. Dice la autora que el TJUE no realiza una elaboración sobre lo que significa «reflejar», como hizo previamente en *Aqua Med*¹²¹. En su lugar, se refiere simplemente a los razonamientos del tribunal nacional, con arreglo a los cuales la cláusula controvertida reflejaba la disposición de Derecho nacional. Además, el TJUE confirma que la naturaleza supletoria de la disposición era irrelevante para la aplicación del artículo 1.2, es decir, procede la aplicación de la exclusión prevista en el mismo. La autora considera que si bien la sentencia representa una mayor seguridad jurídica no contribuye a un incremento de la protección del consumidor. Añade que la lectura pro-consumidor de la Abogada General no era infundada y estaba en línea con la razón de ser de la norma, así como con el requisito de interpretar las excepciones estrictamente y asegurar un alto nivel de protección. Observa Jablonowska que la cuestión no está totalmente perdida por los consumidores. Por un lado, los tribunales nacionales deberían continuar la apreciación sobre si la cláusula controvertida «refleja» realmente la disposición nacional correspondiente. Por otro lado, debido al nivel mínimo de armonización introducido por la Directiva 93/13, los Estados miembros pueden decidir extender el ámbito de la apreciación de la naturaleza abusiva, por ejemplo, en la dirección propuesta por la Abogado General Sra. Kokott.

No compartimos esta última apreciación de Jablonowska. Los Estados miembros pueden elevar el nivel de protección disponiendo expresamente que se elimina la exclusión prevista en dicho artículo, pero no pueden elevar el nivel de protección interpretando el artículo 1.2 de forma distinta a como lo hace el TJUE que es su máximo intérprete. Por tanto, los Estados miembros a través sus tribunales no deberían interpretar el 1.2 de la Directiva en el sentido propuesto por la Abogado General. Incluso sería bastante discutible –por la inseguridad jurídica que genera y la merma en el principio de uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión–, que un legislador nacional incorporase una disposición de trasposición del artículo 1.2 en la que se matizara la exclusión obligando a los tribunales a comprobar si el legislador nacional

¹²¹ Asunto C-266/18. STJUE de 3 de abril de 2019, *Aqua Med*.

ha tenido en cuenta el equilibrio entre consumidores y profesionales a la hora de promulgar una determinada norma cuyo reflejo en una cláusula constituye la cuestión controvertida.

Resulta evidente que el planteamiento del TJUE en *Banca Transilvania* puede conducir a situaciones injustas en algunas ocasiones, pero es el que es y queda aclarada la cuestión: cuando una cláusula refleja una norma dispositiva o supletoria nacional, esa cláusula queda fuera de la aplicación de la Directiva 93/13. De esta forma, parece que la postura expresada por Cámara Lapuente¹²² queda desfasada. El autor deduce de lo manifestado por el TJUE en los apartados 78 a 80 de *Kusionova* que «en esa interpretación restrictiva que merece el artículo 1.2, si la cláusula reproduce una norma dispositiva sí¹²³ puede estar sometida a control por la Directiva». A ello, Cámara Lapuente añadió que el Tribunal de Luxemburgo presupone que la mención del preámbulo de la Directiva a esas normas tiene carácter interpretativo, no una definición oficial, de manera que no le vincula (citando a Micklitz). Completa su argumentación Cámara Lapuente con el apoyo en la sentencia *Andriciuc* y en las conclusiones del Abogado General Wahl en *Banco Popular Español, S. A.* y *PL Salvador*. A nuestro pesar, el TJUE no adoptó esa postura e incluso en la sentencia *Barclays Bank*¹²⁴, que es cronológicamente anterior a las resoluciones citadas por Cámara Lapuente, el TJUE había mostrado claramente una postura contraria a la defendida por Cámara Lapuente. En cualquier caso, con *Banca Transilvania* cualquier duda queda despejada.

Queda por ver si en la casuística que el TJUE tenga la oportunidad de examinar en el futuro introduzca matizaciones sobre la cuestión, fundamentalmente, a partir del vocablo «reflejen» que puede darle cierto juego junto con la interpretación estricta de la exclusión, en orden a corregir situaciones injustas que la aplicación taxativa del artículo 1.2 pueda generar, lo que sería deseable.

En el supuesto en el que la norma reflejada descuida el equilibrio de intereses puede plantearse el interrogante sobre si debería dejarse de aplicar la Directiva 93/13 o por el contrario la norma podría ser declarada contraria a la Directiva 93/13 y por tanto no aplicable. En otras palabras, dado que la

¹²² CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017)», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*. Volumen 9, dir. por M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2018.

¹²³ Cursiva y subrayado son nuestros.

¹²⁴ Apartado 42: «Por otro lado, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hayan pactado otra cosa. Por consiguiente, de conformidad con el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, tales disposiciones se rigen por el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva, a cuyo tenor “no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la [...] Directiva”. Así pues, en cualquier caso, la propia Directiva no resultaría aplicable».

cláusula queda inexorablemente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 al reflejar una norma dispositiva, cuando esta norma no respeta el equilibrio de intereses, nos preguntamos qué debe hacer el juez nacional. En nuestra opinión, en la medida en que esa norma afectase el control de cláusulas abusivas, en particular, la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, el juez debería plantear una cuestión prejudicial a fin de que el TJUE pudiera declarar que la disposición nacional es contraria a la Directiva 93/13. Si el TJUE llegara a esa conclusión la norma debería ser inaplicable. De esta forma, la cláusula dejaría de reflejar una norma dispositiva con efectos en el ámbito de relaciones de consumo, y, en consecuencia, la cláusula estaría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y sería susceptible del juicio de abusividad en los términos previstos por la Directiva. El inconveniente con el que se puede encontrar el juez es que la norma no se refiera al control de cláusulas abusivas, en cuyo caso, en principio, no podría atacar la norma ante el TJUE porque la cuestión sería resuelta hipotéticamente en el sentido de estar fuera de su ámbito de aplicación (por ejemplo, *Banco Popular Español* y *PL Salvador*). Sin perjuicio de todo ello, entendemos que el juez nacional debería plantear la cuestión prejudicial como último remedio antes de dejar de aplicar la Directiva 93/13 a una cláusula que refleje una disposición que no respete el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Por otro lado, lo que no sería admisible, a nuestro juicio, es que el juez nacional se saltara el paso de la cuestión prejudicial para que se declarara la inaplicabilidad de la disposición por parte del TJUE. Ello lo sostenemos porque al juez le estaría vedado llevar a cabo el juicio de abusividad de una cláusula que está fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Como tiene declarado el TJUE todo instrumento del Derecho de la Unión únicamente es aplicable a una determinada situación en la medida en que esta esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicho instrumento (*Credit Europe Ipotecar IFN* y *Credit Europe Bank*).

CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTROVERTIDAS PLANTEADAS MAYORITARIAMENTE POR LA JUSTICIA ESPAÑOLA

SUMARIO:

- 4.1 Introducción.
- 4.2 La cláusula de intereses moratorios.
- 4.3 La cláusula abusiva de vencimiento anticipado y su sustitución por una disposición supletoria de Derecho nacional.
- 4.4 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial con respecto a la cláusula de intereses moratorios y la cláusula de vencimiento anticipado.
- 4.5 La cláusula suelo y los acuerdos novatorios sobre ella.
- 4.6 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial con respecto a la cláusula suelo y a los acuerdos novatorios sobre ella.
- 4.7 La cláusula IRPH.
- 4.8 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial con respecto a la cláusula IRPH.
- 4.9 La cláusula de comisión de apertura.

4.1 INTRODUCCIÓN

En el capítulo que vamos a desarrollar a continuación pretendemos analizar la jurisprudencia del TJUE recaída en relación con cinco categorías concretas de cláusulas: intereses moratorios, vencimiento anticipado, suelo, IRPH y comisión de apertura. Todos los asuntos que trataremos en el presente capítulo tienen su origen en tribunales españoles, salvo uno relativo a la cláusula de vencimiento anticipado planteado recientemente por el Tribunal

de Casación francés. El tratamiento dado por parte del TJUE a cada una de las cláusulas planteadas ha tenido una enorme importancia, habiendo sido evaluada la compatibilidad o no con el Derecho de la Unión de las posturas adoptadas por parte de los tribunales españoles y, en particular, por el Tribunal Supremo. Este examen del Tribunal de Justicia ha deparado en la mayoría de los casos resultados favorables a la posición adoptada por el Alto Tribunal –con matices en cuanto a la consideración de determinados aspectos como la naturaleza accesoria o principal de la cláusula–, mientras que en el supuesto de la cláusula suelo la «rectificación» por parte del Tribunal de Justicia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la irretroactividad de sus efectos, por ser incompatible con el Derecho de la Unión, ha permitido la recuperación por multitud de consumidores de importantes sumas económicas que habían sido percibidas en exceso por las entidades bancarias. Las cláusulas que serán analizadas han acaparado en los últimos años el interés de la doctrina española y, en general, de los operadores jurídicos de nuestro país. En cuanto a la cláusula de intereses moratorios, por la trascendencia económica que conllevaba para acreedores y deudores optar por una solución consistente en eliminar los intereses moratorios por abusivos manteniendo durante el periodo de mora el devengo de intereses remuneratorios o bien considerar como efecto de la naturaleza abusiva de dicha cláusula que, excluidos los intereses moratorios, no había lugar al devengo de interés alguno durante el consabido periodo de mora, sin perjuicio de cualquier otra alternativa que se hubiera considerado válida, como, por ejemplo, la aplicación del interés legal por mor del artículo 1.108 del Código Civil, al ser declarado nulo el interés moratorio convenido.

Con respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, su gran relevancia estribaba en el hecho de que miles de procedimientos de ejecución hipotecaria estaban suspendidos en los juzgados en espera de que se aclarase la situación jurídica, en orden a resolver el archivo de la ejecución –sin perjuicio de la posibilidad del acreedor de iniciar otras vías judiciales para el cobro de su deuda– o bien la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

La discutida irretroactividad de los efectos de la archiconocida sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que declaró la nulidad de la cláusula suelo fue puesta en evidencia por los tribunales españoles ante el Tribunal de Justicia que, como hemos dicho, constató la disconformidad con la Directiva 93/13 de dicha irretroactividad. Ese problema dio lugar a otro relativo a la compatibilidad o no con el Derecho de la Unión de los acuerdos novatorios celebrados con los consumidores por las entidades bancarias en virtud de los cuales estas trataban de reducir el impacto económico de las

reclamaciones por la cláusula suelo. Finalmente, en los últimos tiempos, al TJUE se le ha preguntado sobre la cláusula IRPH y la cláusula de comisión de apertura, lo que llevaba a cuestionar el posicionamiento del Tribunal Supremo al respecto. En el primer caso, a pesar de la reiteración de diferentes juzgados por poner en evidencia su compatibilidad con el Derecho de la Unión, la respuesta del TJUE ha permitido al TS mantener hasta el momento actual su postura sobre la cláusula IRPH, sin perjuicio de la posibilidad de que se produzca un cambio a resultas de las cuestiones prejudiciales pendientes sobre dicha cláusula. En el segundo caso, tras una primera respuesta que podía ser interpretada en sentido contrario a la posición del Alto Tribunal, el propio Tribunal Supremo formuló cuestión prejudicial en un ejemplo de «diálogo de ida y vuelta», argumentando que en la cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente no había expuesto correctamente la situación nacional, todo ello a fin de intentar que el TJUE modulase su respuesta para mantener la compatibilidad de la comisión de apertura con el Derecho de la Unión. En su respuesta, el TJUE, sin perjuicio de «corregir» al Tribunal Supremo en el sentido de que es una cláusula accesorio y no principal, ha establecido una serie de criterios que han permitido al Tribunal Supremo mantener su jurisprudencia tal y como ha expuesto en su reciente sentencia número 816/2023, de 29 de mayo (ES: TS: 2023:2131).

Como puede percibirse, todos estos asuntos despiertan un gran interés, por lo que vamos a intentar desgranarlos en los apartados que siguen.

4.2 LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

Al hilo de la jurisprudencia del TJUE sobre la cláusula de intereses moratorios se ilustra, a continuación, cuáles son las líneas seguidas por el Tribunal de Luxemburgo sobre la cuestión del alcance de la nulidad de estas cláusulas cuando son abusivas: ¿alcanza al interés remuneratorio? ¿se aplica el interés legal? ¿cabe recalcular el interés moratorio? Hacemos ya una primera advertencia relativa a que en la mayoría de estas resoluciones los órganos remitentes cuestionan al TJUE tanto sobre la cláusula de intereses moratorios como sobre la de vencimiento anticipado por lo que la doctrina del TJUE recaída en dichas resoluciones afectan a ambas cuestiones. Igualmente dejamos constancia de una segunda advertencia en el sentido de que las soluciones dadas por el TJUE a ambos problemas podrían ser interpretadas como

excepciones a «la doctrina de la no integración»¹. Analicemos las resoluciones para tratar de dar respuesta a las preguntas que nos hemos formulado.

Caso 48. *Unicaja Banco y Caixabank*²: La disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013³ es compatible con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 siempre que la aplicación de dicha disposición no prejuzgue la apreciación

¹ Dicha doctrina podría ser definida de la forma siguiente: «El juez que aprecie que una cláusula contractual es abusiva debe dejar de aplicarla sin más, a fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, y no estará facultado para modificar su contenido, ni para integrar de algún modo el vacío que deja la inaplicación de tal cláusula; el contrato debe subsistir, si jurídicamente esto es posible, sin otra alteración que la resultante de suprimir la cláusula reputada abusiva. Así lo declara en su sentencia de 14 de junio de 2012 (as. C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ap. 65), en la que añade que, si el juez tuviera la facultad de modificar el contenido del contrato, “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 podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales” (ap. 69)», I. Cubillo López: «Evolución de la doctrina jurisprudencial del TJUE y del TS relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado: convergencias y divergencias», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020, p. 2.

² Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de enero de 2015. *Unicaja Banco, S. A. contra José Hidalgo Rueda y otros* (asunto C-482/13), *Caixabank, S. A. contra Manuel María Rueda Ledesma y otra* (asunto C-484/13), contra José Labella Crespo y otros (asunto C-485/13) y contra Alberto Galán Luna y otro (C-487/13), Peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena (Sevilla). EU: C:2015:21. El Abogado General Sr. Nils Wahl presentó sus conclusiones el 16 de octubre de 2014.

³ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Artículo 3. Modificación de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

La Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, queda modificada como sigue:

[...]Apartado Dos. Se añade un tercer párrafo al artículo 114 que queda redactado del siguiente modo:

«Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

«Disposición transitoria segunda. Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual.

La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución

del carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios por parte del juez nacional y que no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

Hechos. Los litigios principales tienen su origen en procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados por Unicaja y por Caixabank relativos a contratos de préstamos hipotecarios suscritos entre enero de 2007 y agosto de 2010, que incluían la cláusula de intereses moratorios y la cláusula de vencimiento anticipado que permiten al prestamista exigir la totalidad del capital pendiente más intereses de demora, comisiones, gastos y costas. En el asunto C-482/13 el tipo del interés moratorio era el 18 % anual, que podía aumentar en función de determinadas circunstancias y con un tope máximo del 25 %. En los restantes asuntos el tipo del interés moratorio era del 22,5 % anual. Entre marzo de 2012 y abril de 2013 las entidades bancarias presentaron las correspondientes demandas habiendo calculado los intereses moratorios con arreglo a las cláusulas incluidas en los respectivos contratos. La ley 1/2013 mediante su disposición transitoria segunda dispuso una limitación para los intereses de demora devengados en hipotecas constituidas sobre vivienda habitual antes de la entrada en vigor de la ley, debiendo ser recalculados en los procedimientos en tramitación. En esas circunstancias, el juzgado de primera instancia remitente se pregunta si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija unos intereses de demora calculados a un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, mediante la aplicación de un tipo de interés de demora que no rebase ese límite máximo.

Doctrina. El TJUE sigue las referencias del Abogado General⁴ a las sentencias *Banco Español de Crédito*⁵, *Asbeek Brusse* y *de Man Garabito*⁶ y *Kásler* y *Kaáslerné Rábai*⁷⁻⁸, así como su mención al hecho de que la

o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

⁴ As. acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 16 de octubre de 2014.

⁵ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

⁶ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013. *Asbeek Brusse* y *de Man Garabito*.

⁷ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Kásler* y *Kaáslerné Rábai*.

⁸ As. acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. STJUE de 21 de enero de 2015. *Unicaja Banco*, y *Caixabank*, apdos. 28 a 33.

disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, por tanto, no coincide con el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 que se refiere únicamente a los contratos celebrados con consumidores ⁹.

También afirma el TJUE que la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 en la medida en que esta no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula. Reproduciendo prácticamente lo expuesto por el Abogado General, el TJUE viene a declarar que ya se trate de una cláusula en la que se prevea un tipo de interés de demora superior o inferior al límite de tres veces el interés legal del dinero, el juez nacional puede deducir en el primer caso que esa cláusula no es equitativa y en el segundo caso, puede, además de aplicar la medida moderadora impuesta por el legislador español extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo a su anulación ¹⁰.

Por todo ello, el TJUE concluye que el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija los intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional: a) no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y b) no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

Comentarios. En esta sentencia el Tribunal de Justicia analiza la posible incompatibilidad con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, ya que el legislador español ordenó a través de esta norma que en los procedimientos de ejecución judicial o venta extrajudicial referidos a hipotecas constituidas sobre vivienda habitual en tramitación a la entrada en vigor de esa ley, el secretario judicial o el notario habrían de dar traslado al ejecutante para que en un plazo de diez días

⁹ *Ibid.*, apdo. 36.

¹⁰ *Ibid.*, apdos. 40 y 41.

recalcularan los intereses de demora devengados por la hipoteca en ejecución aplicando un límite constituido por el triple del interés legal. A pesar de que ello podía ser interpretado como una moderación de una cláusula abusiva –práctica vedada por la Directiva 93/13–, el TJUE consideró que la norma nacional controvertida era compatible con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, siempre que la aplicación de la disposición nacional no prejuzgue la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios por parte del juez nacional y que no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 ¹¹.

¹¹ Dado que el TJUE sigue la opinión del Abogado General Sr. Wahl, vamos a analizarla con cierto detenimiento. El Abogado General distingue dos grandes cuestiones. Por un lado, se pregunta por las competencias y obligaciones que para los tribunales nacionales se derivan de la Directiva 93/13 en relación con una cláusula de intereses moratorios considerada abusiva y, por otro, analiza la compatibilidad de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 con la Directiva 93/13 en lo que se refiere a la obligación impuesta por esta de eliminar las cláusulas abusivas.

Con respecto al primer problema, el Abogado General explica que no estamos en un supuesto –como sucedía en *Kásler y Káslerné Rábai*– en el que la anulación de la cláusula abusiva pueda perjudicar al consumidor. Antes bien, nos encontramos ante un asunto –como acontecía en *Banco Español de Crédito* o en *Asbeek Brusse y de Man Garabito*– en el que, en cumplimiento del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, el juez nacional debe excluir la aplicación frente al consumidor de la cláusula abusiva. Además, matiza el Abogado General que estamos ante una Directiva que establece un nivel mínimo de armonización y los Estados miembros pueden adoptar disposiciones que ofrezcan mayor protección a los consumidores, pero no menor, siendo irrelevante que las facultades de moderación estén contempladas en una disposición de Derecho interno.

El segundo problema analizado es más complejo. Se trata de ver si conforme a la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, el acreedor inmerso en una ejecución hipotecaria proveniente de un contrato en el que había pactado una cláusula de intereses de demora a un tipo superior al máximo legal (tres veces el interés legal del dinero) puede recalcular el tipo de los intereses de demora de forma que no exceda ese límite legal. El primer interrogante que se formula el Abogado General es saber si estamos ante una disposición imperativa de las previstas en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, lo que conllevaría –al igual que sucedió en *Barclays Bank* (Asunto C-280/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank*) que estaría fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. Sin embargo, según el Abogado General, este no es el caso, ya que el juez remitente ha cuestionado expresamente la licitud de la cláusula de intereses moratorios. El Abogado General parte de la idea de que la disposición transitoria segunda resulta de aplicación a cláusulas contractuales tanto abusivas como no abusivas. El Sr. Wahl señala una falta de conexión inmediata entre la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y la Directiva 93/13 y observa que aquella no regula los intereses moratorios en sí, los cuales siguen perteneciendo a la esfera estrictamente contractual, sino que meramente establece un límite al importe de los intereses de demora exigibles mediante la ejecución de una hipoteca.

Una vez hecho ese planteamiento, argumenta el Abogado General que no le está vedado a un órgano jurisdiccional español eliminar una cláusula de intereses moratorios si considera que esta tiene carácter abusivo con independencia de que fije un interés mayor o menor que el límite de tres veces el interés legal del dinero.

Resulta interesante observar que el Abogado General trae a colación la postura defendida por el Gobierno español en el sentido de que en Derecho español se da prioridad a la no aplicación de una cláusula abusiva de intereses de demora sobre el simple recálculo del tipo de intereses. Es evidente que esa posición adoptada por el Gobierno español le resultó «rentable» en la medida en que el TJUE no declaró la incompatibilidad de la norma española con el Derecho de la Unión.

A nuestro juicio, la sentencia es susceptible de distintas lecturas y observaciones. En primer lugar, parece obligado abordar la declaración que hace el TJUE en el apartado 36 siguiendo lo sostenido por el Gobierno español y el Abogado General en el sentido de que «el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor».

Por un lado, esa afirmación no es exacta en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no se refiere a «cualquier contrato de préstamo hipotecario», como dice el TJUE, sino exclusivamente a aquellas «hipotecas constituidas sobre vivienda habitual» como textualmente dice la disposición.

Por otro lado, esa circunstancia determina que, aunque formalmente es cierto que el ámbito de aplicación de esa disposición es diferente al de la Directiva 93/13, en la praxis los destinatarios de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 son los consumidores¹².

Siguiendo con el examen de la Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 podemos deducir que el legislador ordenó el recálculo del cómputo de los intereses de demora cuando el tipo que se ha aplicado es superior al triple del interés legal del dinero. Esta norma propició que numerosos jueces y tribunales españoles interpretaran que, cuando el interés de demora sea superior al triple del interés legal, incluso considerando la cláusula abusiva, el juez o tribunal habría de recalcular el interés de demora situándolo en el triple del interés legal, es decir, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor –lo que está vedado por el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y por

El Abogado General concluye expresando su postura en relación a este segundo problema consistente en estimar que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 es compatible con la Directiva 93/13 y, en particular, con su artículo 6.1, en la medida en que la aplicación de esa disposición no afecte negativamente a la obligación que esa Directiva impone a los tribunales nacionales de excluir la aplicación de una cláusula contractual abusiva en un contrato celebrado con un consumidor, de forma que no produzca efectos vinculantes para este, correspondiendo al juez remitente determinar si ese es el caso, tras tomar en consideración la totalidad del Derecho nacional y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por ese Derecho.

¹² Salvo error por nuestra parte, no configuramos fácilmente un préstamo hipotecario sobre vivienda habitual en el que el prestatario no sea consumidor [pudiera discutirse la existencia de algunas excepciones (préstamo para vivienda que se va a destinar simultáneamente a vivienda habitual, y para el ejercicio de una profesión, personas jurídicas que adquieren una vivienda para ser la residencia habitual de sus directivos, etc.)]. Así, si bien un consumidor puede concertar un préstamo hipotecario para adquirir una vivienda no destinada a residencia habitual (por ejemplo, compra de segunda residencia en zonas de costa), no obstante, el préstamo hipotecario concertado para la adquisición de vivienda habitual lo es por parte de un consumidor. Por ello, se puede afirmar que, básicamente, la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 tiene como destinatarios a los consumidores, circunstancia que entendemos no ha sido tenido en cuenta suficientemente por el TJUE.

la doctrina del TJUE que lo interpreta— en lugar de excluir plenamente su aplicación¹³. Ese supuesto no fue puntual, sino muy habitual, particularmente durante el período transcurrido entre la entrada en vigor de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 (15 de mayo de 2013) y bien entrado el año 2015, cuando se conoce la postura del Tribunal Supremo al respecto, esto es, que el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio, de forma que si estaba por encima, la cláusula que lo establece es abusiva, devengándose el interés remuneratorio.

La situación existente en nuestro país fue aclarada de forma definitiva por el Tribunal Supremo mediante la sentencia de pleno núm. 671/2018, de 28 de noviembre (ES: TS:2018:3889), en lo relativo a las consecuencias de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, resolviendo que una vez que incurrió en mora, el préstamo no devengó intereses de demora y siguió devengando el interés remuneratorio respecto del capital pendiente de devolución¹⁴. Esta sentencia fue dictada por el TS tras haber resuelto el TJUE la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo que dio lugar a la STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto *Banco Santander y Escobedo Cortés*, que comentamos más adelante.

Desde nuestro punto de vista, es criticable que el legislador español, con ánimo de proteger a los consumidores —pues es plenamente consciente de la condición de consumidor del deudor que hipoteca su vivienda habitual—, ordene el recálculo al triple del interés legal, conduciendo involuntariamente a algunos jueces nacionales hacia dos planteamientos erróneos. En primer

¹³ Como ejemplo de esa errónea interpretación judicial de la disposición transitoria segunda podemos citar el asunto que dio lugar a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo mediante auto de 22 de febrero de 2017 resuelta por la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018 (asunto *Banco Santander y Escobedo Cortés*, Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, STJUE de 7 de agosto de 2018). En ese asunto, tanto la sentencia del juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante como la de la Audiencia Provincial de Alicante (sentencia número 185/2014, de 18 de septiembre, ES: APA:2014:2173) declararon que la cláusula sexta del contrato era abusiva por establecer un interés de demora del 25 % anual, declarando que dichos intereses de demora debían quedar reducidos al triple del interés legal.

¹⁴ Sentencia núm. 671/2018 de 28 de noviembre, ES: TS:2018:3889, fundamento jurídico tercero, apartado 17: «De acuerdo con esta doctrina, no es correcta la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en sustituir el interés de demora abusivo por el consistente en el triple del interés legal del dinero, previsto en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria como límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda. Pero tampoco puede aceptarse la solución sostenida por el recurrente, consistente en que una vez que dejó de pagar las cuotas del préstamo hipotecario e incurrió en mora, el préstamo dejó de devengar interés alguno. La solución, conforme a lo dispuesto en las sentencias de esta sala citadas en los párrafos precedentes, es que, declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato».

lugar, a reaccionar aplicando el recálculo ante una cláusula que fija un interés de demora abusivo –como hizo la Audiencia Provincial de Alicante en el supuesto que dio lugar a la STS número 671/2018, de 28 de noviembre– en lugar de eliminarla por su abusividad. En segundo lugar, a concebir el triple del interés legal como una especie de criterio orientativo a la hora de dilucidar cuándo un interés de demora es equilibrado o no lo es. En términos numéricos, si nos situamos en el ejercicio 2013, año de publicación de la Ley 1/2013, el interés legal estaba en el 4 %¹⁵, por lo que el triple de este sería el 12 %. Este tipo es en general muy superior al que resulta de aplicación con el criterio que impuso el Tribunal Supremo a partir de 2015 (abusividad de la cláusula de interés de demora si fija un tipo superior a dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio)¹⁶.

Es cierto –como dice el TJUE en el apartado 39– que con la disposición transitoria controvertida el legislador español no impidió que el juez pudiera, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, pero también es verdad que la redacción de la disposición «invitaba» a los jueces a actuar en contra de la Directiva 93/13.

Afortunadamente, la situación actual es diferente tras la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE de 16 de marzo de 2019) que en su disposición final primera modifica el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que queda redactado de la siguiente forma: «En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de

¹⁵ Durante los años previos a la sentencia los tipos del interés legal en España eran los siguientes: 2014: 4,00 %; 2013: 4,00 %; 2012: 4,00 %; 2011: 4,00 %; 2010: 4,00 %; 2009: 4,00 %; 2009: 5,50 %; 2008: 5,50 %; 2007: 5,00 %; 2006: 4,00 %; 2005: 4,00 % (Fuente: <http://www.ine.es>).

¹⁶ Visto el problema con cierta perspectiva podríamos decir que el legislador español estaba influido por los tipos de interés de demora injustificadamente elevadísimos que durante decenios habían sido aplicados por las entidades bancarias por lo que un 12 % o un 15 % podía ser considerado como «normal», encargándose el Tribunal Supremo a partir de 2015 de solventar el problema con sentido común y razonabilidad.

La protección de los consumidores fue mejorada por la Ley 1/2013; no obstante, consideramos que la norma controvertida (disp. transitoria segunda) fue un remedio insuficiente, ya que desde su promulgación hasta que se asentó la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los juzgados inferiores, en multitud de ejecuciones, esa norma fue aplicada defectuosamente, privando al consumidor de los beneficios que hubiera producido la eliminación de los intereses moratorios –aun devengándose los intereses remuneratorios– en lugar del recálculo o moderación de los intereses moratorios.

Hubiera bastado una simple «coletilla» al final del párrafo tercero de la disposición transitoria segunda del estílo de «sin perjuicio de la obligación del juez de la exclusión de la cláusula de intereses moratorios cuando aprecie su carácter abusivo en contratos de consumidores».

pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario». El contenido de este precepto coincide con el del artículo 25 de la referida Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Hasta aquí nuestra crítica –desde la perspectiva del Derecho de consumidores– a la disposición nacional, por lo que pasamos a lo que ha de ser la esencia de nuestro análisis que es el planteamiento del TJUE en la sentencia, que siguió el propuesto por el Abogado General, y que no compartimos.

Ya hemos adelantado uno de los argumentos de nuestra discrepancia. La norma iba dirigida básicamente a su aplicación en las relaciones entre consumidores y profesionales, por lo que al representar en la práctica una moderación de la cláusula abusiva, recalculando los intereses moratorios al triple del interés legal sin contener previsión alguna sobre la obligación del juez de anular la cláusula en caso de apreciar su carácter abusivo, considero que se opone a la Directiva 93/13.

Creo que el TJUE no ha sido en esta ocasión lo pragmático que es habitualmente. Así, tiene difícil encaje lo sostenido por el TJUE cuando viene a defender que si el tipo del interés de demora es superior al triple del interés legal y debe ser objeto de limitación en virtud de la disposición adicional segunda, esa «circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además ¹⁷ de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13 procediendo, en su caso, a la anulación de la cláusula»(apartado 41). Desde nuestro punto de vista, parece evidente que el juez no puede hacer ambas cosas como dice el TJUE ¹⁸.

A nuestro modo de entender, la disposición controvertida es incompatible con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 porque sitúa al juez en una posición en la que se ve abocado a moderar la cláusula abusiva, no le está impidiendo anularla, pero al ordenarle moderarla lo pone en un tesitura muy complicada, por lo que una reacción natural del mismo será cumplir lo ordenado por la norma, moderando el tipo de interés de demora en lugar de anularlo que es lo que debe hacer conforme a la Directiva 93/13.

¹⁷ Subrayado es nuestro.

¹⁸ Si el tipo de demora es superior al triple del interés legal, el juez no puede aplicar la medida moderadora y, además, anular la cláusula. O aplica el límite o anula la cláusula y, entonces, el préstamo devenga interés remuneratorio durante el período en el que ha estado en mora. No se nos ocurre de qué forma se puede aplicar la «medida moderadora» –en palabras del propio TJUE– y, «además», –expresión también utilizada por el TJUE– aplicar la medida de anulación de la cláusula del interés de demora, ya que son dos medidas incompatibles.

En otro orden de cosas, llama la atención que, al hablar del marco jurídico del asunto, el TJUE reproduce el artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su versión derogada a la fecha del dictado de la sentencia. Concretamente, la sentencia fue dictada el 21 de enero de 2015 y el citado artículo 83 había sido modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo publicada en el BOE de 28 de marzo de 2014. La modificación del repetido artículo 83 se debió precisamente a la necesidad de dar cumplimiento a la sentencia *Banco Español de Crédito* como así lo expresa el punto III del preámbulo de la Ley 3/2014¹⁹.

Se da la circunstancia de que la antigua redacción del artículo 83 de la Ley para la Defensa de los Consumidores transcrita por el TJUE en esta sentencia recogía las facultades moderadoras del juez en relación con las cláusulas abusivas mientras que la nueva redacción elimina esas facultades adaptando la legislación española a lo declarado por el propio TJUE en *Banco Español de Crédito*, es decir, una cuestión muy relacionada con el asunto controvertido. De hecho, el propio Abogado General hace referencia a la modificación legislativa y a la nueva redacción del repetido artículo 83²⁰. A pesar

¹⁹ El punto III del preámbulo de la Ley 3/2014 reza como sigue:

«[...] la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13/CEE.

El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993[...].»

²⁰ Artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios según reforma operada mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre:

«Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

de que la Ley 3/2014 estableciera como disposición transitoria única que las disposiciones de esa ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014, desde nuestro punto de vista, el artículo 83 en su redacción derogada no resultaba de aplicación en ningún caso al asunto principal una vez dictada la sentencia *Banco Español de Crédito*, por la obligación de nuestros jueces de aplicar el Derecho de la Unión Europea con arreglo a la jurisprudencia del TJUE. Por todo ello, consideramos que el TJUE, al mencionar el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dentro del Derecho español que constituye el marco jurídico del procedimiento, tendría que haber hecho constar que la redacción anterior había sido derogada, transcribiendo también la redacción vigente, evitando cualquier confusión, en especial, para los estudiosos provenientes de otros países que, lógicamente, no tienen por qué estar al tanto de las novedades del Derecho español.

Caso 49. *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*²¹: Las normas nacionales controvertidas (disp. transitoria segunda de la Ley 1/2013 en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos) son compatibles con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 siempre que no prejuzguen la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional y que no impidan que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

Hechos. La petición se formuló en una ejecución hipotecaria instada por la entidad bancaria contra los consumidores por impago de las cuotas del préstamo concedido²².

²¹ Asunto C-602/13. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. contra Fernando Quintano Ujeta, María-Isabel Sánchez García. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander. EU: C:2015:397. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

²² En junio de 2008 la entidad bancaria BBVA y los consumidores Sr. Quintano y Sra. Sánchez celebraron un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 79.234,96 euros, habiendo constituido hipoteca a favor del Banco sobre la vivienda propiedad de uno de ellos. La cláusula 6.ª del mencionado contrato, que llevaba como epígrafe «interés de demora», estipulaba que las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, vencidas y no satisfechas, devengarían desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco, un interés de demora del 20% nominal anual. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarían –y se liquidarían en igual forma– nuevos intereses al tipo de interés moratorio allí establecido. La

Según el TJUE, el juzgado remitente, mediante las cuestiones primera y segunda, pide sustancialmente que se dilucide si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a las normas nacionales en virtud de las cuales el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado, en determinadas circunstancias, a proceder a un nuevo cálculo de las cantidades que corresponda pagar en aplicación de la cláusula sobre intereses moratorios de un contrato de préstamo hipotecario.

Mediante la cuestión tercera el Juzgado remitente pide que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cuando un juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula.

Doctrina. El TJUE resuelve mediante auto al considerar que la respuesta se deduce de la jurisprudencia o no suscita duda razonable. Con relación a los intereses moratorios, el TJUE recuerda su jurisprudencia en base a la cual

cláusula 6.^a bis del mismo contrato, que llevaba como epígrafe «vencimiento anticipado», preveía que el Banco podía declarar el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir anticipadamente la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia en determinados casos, en particular, en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses. A consecuencia del impago de cuatro cuotas mensuales, BBVA declaró el vencimiento anticipado del préstamo e instó la liquidación de la deuda por un importe de 66.721,68 euros, en concepto de devolución del principal del crédito y de pago de intereses remuneratorios y de demora, formulando la correspondiente demanda de procedimiento de ejecución hipotecaria que se tramitó ante el juzgado remitente. Mediante auto de 4 de junio de 2013, el Juzgado remitente, al considerar abusiva la cláusula 6.^a del contrato de préstamo hipotecario relativa a los intereses moratorios, decidió circunscribir el procedimiento de ejecución al principal adeudado, dejando de lado los intereses moratorios. El juez remitente consideraba que la cláusula sobre intereses moratorios era abusiva y sus dudas recaían en las consecuencias de dicha declaración, ya que, por un lado, en virtud de la legislación nacional aplicable en materia de créditos hipotecarios, los intereses moratorios que sean superiores a tres veces el interés legal del dinero deben reducirse hasta quedar por debajo de este límite máximo, pero, por otro lado, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el juez nacional carece de facultades para moderar una cláusula abusiva.

En lo relativo a la cláusula de vencimiento anticipado, el Juzgado remitente considera que dicha cláusula es abusiva en la medida en que no estipula que ha de producirse un retraso en el pago de por lo menos tres cuotas mensuales antes de que pueda declararse el vencimiento anticipado, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 693, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, BBVA se atuvo en la práctica al plazo de tres mensualidades previsto por la legislación española, al no haber aplicado la cláusula de vencimiento anticipado sino después de haberse producido un retraso en el pago de cuatro cuotas mensuales. La resolución judicial fue recurrida por BBVA y dicho recurso impugnado por los ejecutados. Ante las dudas suscitadas sobre la interpretación del Derecho de la Unión el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander formuló cuestión prejudicial.

los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma²³. Recuerda el TJUE sus declaraciones sobre el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 relativas al peligro que supondría para la consecución de los objetivos precisados en dicho precepto si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, ya que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio sobre los profesionales²⁴.

A continuación, el TJUE examina los preceptos de Derecho nacional a los que se refiere el juez remitente. A saber, disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, el artículo 4, apartado 1 del Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y el artículo 1108 del Código Civil, matizando el TJUE que el ámbito de aplicación de los dos primeros preceptos se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario mientras que el ámbito de aplicación del tercero (art. 1108 del Código Civil) se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario. Diferencia el TJUE esos ámbitos de aplicación con el de la Directiva 93/13 referida a las cláusulas abusivas en contratos entre profesional y consumidor.

En base a ese razonamiento sostiene el TJUE que la aplicación de esas disposiciones no prejuzga la apreciación por el juez del carácter abusivo de una cláusula que fija intereses moratorios, es decir, que esas normas nacionales no impiden que el juez pueda dejar sin efecto la cláusula, por lo que la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de esas normas nacionales²⁵.

El TJUE concluye declarando que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se

²³ En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. En particular, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula.

²⁴ Únicamente puede sustituir la cláusula abusiva por una norma supletoria del Derecho nacional en los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización. No es este el supuesto del asunto principal según el TJUE –sin perjuicio de las comprobaciones que debe realizar el juez nacional– ya que la anulación de la cláusula contractual relativa a los intereses moratorios no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, toda vez que los importes en relación con los cuales se inició el procedimiento de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos en dicha cláusula (Asunto C-602/13, auto del TJUE de 11 de junio de 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, apdos. 29 a 39).

²⁵ *Ibid.*, apdos. 42 y 45.

oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:

- no prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y
- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

En relación con la cuestión prejudicial sobre la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE se refiere al hecho de que el juez remitente considera la cláusula controvertida como abusiva. Partiendo de ese dato, el TJUE se remite, entre otros argumentos, a lo previsto en los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 para afirmar que se deduce, por un lado, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula²⁶. Por otro lado, señala el TJUE que el juez remitente tiene que comprobar si la cláusula sobre vencimiento anticipado produce efectivamente un desequilibrio tal y como se define en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13, de forma que la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto²⁷.

Por ello, concluye el TJUE que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión²⁸.

Comentarios. En relación con los intereses moratorios abusivos, como ya hemos observado en este trabajo, la postura del TJUE no nos parece lo suficientemente clarificadora y la prueba de ello es que la cuestión ha seguido suscitando numerosas dudas entre los jueces nacionales. A nuestro modo de ver, el

²⁶ *Ibid.*, apdo. 52.

²⁷ *Ibid.*, apdo. 53.

²⁸ *Ibid.*, apdo. 54.

TJUE tendría que haber buscado otra fórmula para exponer claramente a los jueces españoles que en las relaciones de consumidores es incompatible con la Directiva 93/13 la aplicación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la disp. transitoria segunda de la Ley 1/2013 cuando los intereses de demora pactados en la hipoteca fueron abusivos. Como también hemos señalado anteriormente, el TJUE se equivoca cuando dice que «el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013²⁹ y del artículo 4, apartado 1, del Real Decreto-ley 6/2012³⁰ se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario»³¹. Ello no es así puesto que tanto la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, como el artículo 4.1 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, se refieren exclusivamente a contratos de préstamo hipotecario «sobre la vivienda habitual», lo que significa que en la práctica los destinatarios de ambas disposiciones son consumidores. Por tanto, cuando la cláusula era abusiva el juez nacional tenía que eliminar la cláusula de intereses moratorios.

Con relación a la cláusula de vencimiento anticipado considerada abusiva, manifiesta el TJUE que la consecuencia procedente es la nulidad y eliminación de dicha cláusula de vencimiento anticipado, aunque no haya llegado a aplicarse. El problema, como es sabido, es la consecuencia de esa eliminación y será analizado más adelante.

²⁹ Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013: «Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual.

[...] Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos[...]. Subrayado es nuestro.

³⁰ Artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012: «Moderación de los intereses moratorios.

1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo».

Artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012. «Ámbito de aplicación.

Las medidas previstas en este Real Decreto-Ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor o que se suscriban posteriormente.

Las medidas previstas en este Real Decreto-Ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario».

Artículo 3 de Real Decreto-ley 6/2012. «Definición del umbral de exclusión.

1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:[...]. (Subrayado es nuestro).

³¹ Auto del TJUE *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, apdo. 42.

Caso 50. *Banco Grupo Cajatres*³²: La disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no se opone a la Directiva 93/13, siempre y cuando no impida que el juez pueda apreciar el carácter abusivo de una cláusula y pueda no aplicarla cuando aprecie que es abusiva.

Hechos. La petición se formula en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por Banco Grupo Cajatres contra la consumidora Sra. Manjón Pinilla y la comunidad hereditaria que se constituyó al fallecimiento del consumidor Sr. Viana Gordejuela³³.

En cuanto a la primera cuestión, el juez nacional pregunta si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional (la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013) con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija unos intereses de demora calculados a un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, mediante la aplicación de un tipo de interés de demora que no rebase ese límite máximo.

Doctrina. El TJUE estima que la respuesta a las cuestiones planteadas puede deducirse claramente de la jurisprudencia y, por ello, en virtud del artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, resuelve mediante auto motivado. En cuanto a las cuestiones segunda y tercera,

³² Asunto C-90/14 Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de julio de 2015. Banco Grupo Cajatres, S. A. contra María Mercedes Manjón Pinilla, Comunidad Hereditaria formada al fallecimiento de D. M. A. Viana Gordejuela. Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Miranda de Ebro. EU: C:2015:465. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

³³ El Sr. Viana Gordejuela y la Sra. Manjón Pinilla celebraron un contrato de préstamo hipotecario en junio de 2003 con la entidad bancaria predecesora del Banco Grupo Cajatres. La cláusula dispuesta en el contrato para fijar el interés de demora fijaba un tipo del 15 % anual. La cláusula de vencimiento anticipado preveía la declaración de vencimiento en caso de demora en el pago pudiendo exigir la devolución de capital, intereses y gastos. El TJUE no detalla en el auto claramente cuántas cuotas debían quedar impagadas según la cláusula, si bien especifica que la entidad bancaria inició la ejecución tras el impago de al menos tres mensualidades. En el marco de la oposición formulada por los consumidores-deudores-ejecutados frente a la ejecución hipotecaria promovida por la entidad bancaria, el juez de primera instancia de Miranda de Ebro eleva tres cuestiones al TJUE que reformula la segunda y la tercera considerando que el juez nacional pregunta si los respectivos apartados uno de los artículos 3, 4, 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a disposiciones nacionales con arreglo a las cuales la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario relativas, por una parte, al tipo de intereses de demora y, por otra parte, al vencimiento anticipado del contrato en cuestión, depende exclusivamente, respecto de la primera, de la cuantía de dicho tipo y, respecto de la segunda, del número de mensualidades en cuyo pago se haya retrasado el deudor.

manifiesta el TJUE que el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del artículo 693 LEC, que se limita a los contratos de préstamo garantizados con hipoteca, es distinto del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, en el cual están comprendidos todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor³⁴. El TJUE reproduce declaraciones efectuadas en *Unicaja Banco y Caixabank* y responde a las cuestiones segunda y tercera declarando que los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado 1 y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato al que esta Directiva resulta de aplicación deberá hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración³⁵.

En cuanto a la primera cuestión, el TJUE viene a explicar que el órgano remitente debe dilucidar si la cláusula relativa a los intereses de demora es abusiva o no teniendo en cuenta las circunstancias a las que se refiere la respuesta a las cuestiones segunda y tercera, es decir, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y todas las circunstancias que concurren en su celebración³⁶. Como ya hizo en *Unicaja Banco y Caixabank*, el TJUE deja claro que cuando el juez aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en el marco de un contrato entre profesional y consumidor no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula³⁷. El TJUE³⁸, reiterando declaraciones efectuadas en *Banco Español de Crédito*³⁹, *Kásler y Káslerné Rábai*⁴⁰ y *Unicaja Banco y Caixabank*⁴¹, viene a hacer hincapié en el hecho de que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional en presencia de una cláusula abusiva pueda excluir su aplicación por lo que la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de esa norma nacional⁴².

³⁴ Asunto C-90/14. Auto del TJUE de 8 de julio de 2015. *Banco Grupo Cajatres*, apartado 26.

³⁵ *Ibid.*, apdo. 30.

³⁶ *Ibid.*, apdo. 32.

³⁷ *Ibid.*, apdo. 34.

³⁸ Asunto C-90/14. Auto del TJUE de 8 de julio de 2015. *Banco Grupo Cajatres* apdos. 35 a 38.

³⁹ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

⁴⁰ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Kásler y Kaáslerné Rábai*.

⁴¹ As. acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. STJUE de 21 de enero de 2015. *Unicaja Banco, y Caixabank*.

⁴² Asunto C-90/14. Auto del TJUE de 8 de julio de 2015. *Banco Grupo Cajatres*, apdo. 41.

Así, el TJUE responde a la tercera cuestión en términos casi idénticos a los concluidos en la sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, declarando que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a disposiciones nacionales que prevén una reducción de los intereses de demora estipulados en un contrato de préstamo hipotecario, siempre que esas disposiciones nacionales no prejuzguen la apreciación por parte del juez nacional que conoce un procedimiento de ejecución hipotecaria referido a dicho contrato del carácter abusivo de la cláusula relativa a intereses de demora y no impidan que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

Comentarios. En el asunto *Banco Grupo Cajatres* el TJUE viene a reiterar lo dicho en la sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*; por ello nos remitimos a lo expuesto con respecto a dicha sentencia.

No obstante, hemos de hacer alusión a que en las cuestiones segunda y tercera del juez de Miranda de Ebro se preguntaba por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y por el artículo 693 LEC, concerniente este último al vencimiento anticipado, punto no tratado en *Unicaja Banco y Caixabank*. Es de señalar que a pesar de que el juez remitente pregunta por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, el TJUE le responde refiriéndose a la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 (apartado 24) sin mencionar en ninguna ocasión la norma nacional cuestionada por el juez remitente. También llama la atención que, a pesar de cuestionarse sobre la compatibilidad con la Directiva de las normas nacionales controvertidas, el TJUE en su respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera no afirma expresamente esa compatibilidad, sino que la manifiesta tácitamente al afirmar que en la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato deberá hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios concernidos y todas las circunstancias concurrentes en su celebración. La forma en la que ha contestado el TJUE la cuestión nos obliga a leer entre líneas, deduciendo que las normas nacionales son compatibles y que, según el TJUE, una cosa es que el legislador nacional puede establecer unas normas cuya aplicación judicial en el marco de un contrato de consumidores genera unas determinadas consecuencias (vencimiento anticipado por impago de tres plazos mensuales, limitación del tipo aplicable de los intereses de demora al triple del interés legal, etc.) y otra cosa distinta es que en el marco de ese mismo contrato de consumidores el juez tiene la obligación de evaluar la posible existencia de cláusulas abusivas, teniendo en cuenta todas las

circunstancias concurrentes –y no exclusivamente algunas–, de forma que si aprecia el carácter abusivo tiene que extraer todas las consecuencias pertinentes según el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 (exclusión de las cláusulas abusivas siempre que el contrato pueda subsistir).

Entendemos que el TJUE debería haber sido más explícito. No hay que olvidar que la disposición transitoria establece una limitación y un recálculo de intereses remitiéndose al artículo 3, apartado dos de la Ley 1/2013⁴³ y que en la inmensa mayoría de los contratos de préstamos hipotecarios suscritos durante la época a la que afecta la disposición transitoria el tipo de interés moratorio era abusivo por lo que en la mayor parte de los casos más que el recálculo procederá la eliminación del interés moratorio abusivo, procediendo el devengo del interés remuneratorio (según criterio del Tribunal Supremo cuya compatibilidad con el Derecho de la Unión ha sido declarada por el TJUE en la sentencia *Banco Santander y Escobedo Cortés*⁴⁴).

En definitiva, a nuestro juicio, el TJUE debería haber declarado que en aquellos casos en los que la cláusula controvertida sea considerada abusiva por el juez nacional la aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 es incompatible con el Derecho de la Unión, ya que el juez nacional debe eliminar la cláusula de intereses moratorios abusiva. Entiendo que una formulación de este tipo hubiera aclarado mejor la cuestión y ayudado de una forma más práctica a los jueces españoles en su difícil tarea de resolver los expedientes de ejecuciones hipotecarias acumulados en los juzgados españoles.

⁴³ Artículo 3, apartado 2 de la Ley 1/2013: «Se añade un tercer párrafo al artículo 114 que queda redactado del siguiente modo:

“Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”».

⁴⁴ STJUE de 7 de agosto de 2018 *Banco Santander y Escobedo Cortés* (asuntos C-96/16 y C-94/17, EU: C:2018:643).

Caso 51. *Ibercaja Banco (contra José Cortés González)*⁴⁵: Los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre consumidor y profesional.

Hechos. La cuestión prejudicial se formula en un procedimiento de ejecución hipotecaria interpuesto por la entidad Ibercaja contra los consumidores Sr. Cortés González y Sra. Barrio Ortega por impago de las cuotas hipotecarias⁴⁶.

El TJUE reformula las cuestiones planteadas por el Juzgado de Primera Instancia de Alcobendas considerando que éste pregunta si los artículos 3, apdo. 1, 4, apdo. 1, 6, apdo. 1 y 7, apdo. 1 de la Directiva 93/13 se oponen a disposiciones nacionales con arreglo a las cuales la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario relativas, por una parte, al tipo de intereses de demora y, por otra parte, al vencimiento anticipado del contrato en cuestión, depende exclusivamente, respecto de la primera, de la cuantía de dicho tipo y, respecto de la segunda, del número de mensualidades que se encuentren en mora.

Doctrina. El TJUE resuelve el asunto mediante auto al estimar de aplicación el artículo 99 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia por cuanto que la respuesta puede deducirse claramente de la jurisprudencia. Preliminarmente, en relación con el problema de la disposición transitoria cuarta de la ley 1/2013, el TJUE hace referencia a la sentencia

⁴⁵ Asunto C-613/15. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 17 de marzo de 2016. *Ibercaja Banco S. A. U. contra José Cortés González*. Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alcobendas (Madrid). EU: C:2016:195. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar, al que le fue asignado.

⁴⁶ En marzo de 2007 los consumidores Sr. Cortés González y Sra. Barrio Ortega suscribieron contrato de préstamo hipotecario con la entidad Ibercaja. Dicho contrato contenía la cláusula de intereses de demora conforme a la cual el retraso en el pago daba lugar al devengo de intereses moratorios al tipo del 19 % anual. También disponía el mencionado contrato dentro de la cláusula de vencimiento anticipado que el banco podía declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo en caso de falta de pago una cualquiera de las cuotas, es decir, en caso de falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y plazos de amortización del capital prestado. En abril de 2010, con base en las citadas cláusulas, Ibercaja formuló demanda de ejecución hipotecaria reclamando 190.743,30 euros en concepto de capital, 38.000 euros en relación con los intereses moratorios y 20.000 euros presupuestados para costas y gastos. Los consumidores-ejecutados se opusieron alegando el carácter abusivo de las cláusulas a las que hemos hecho referencia anteriormente y también argumentaron la incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la disposición transitoria cuarta de la ley 1/2013 que preveía el plazo preclusivo de un mes a contar desde la publicación en el *BOE* de dicha ley para poder oponer la existencia de cláusulas abusivas en los procedimientos en vigor en los que ya se había evacuado dicho trámite de oposición.

*BBVA*⁴⁷ en la que declaró que la Directiva 93/13 se opone a una norma nacional como la que es objeto de controversia, al haber dispuesto que el plazo del mes para la oposición de los consumidores se calcula desde la publicación de la Ley⁴⁸.

Declara el TJUE que los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de la cláusula que fija el interés moratorio o de la cláusula que dispone las condiciones del vencimiento anticipado del crédito quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 693 LEC⁴⁹. En este sentido hay que recordar que el primero de ambos preceptos establece que los intereses de demora de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, mientras que el segundo precepto citado prevé que el acreedor puede reclamar la totalidad del préstamo garantizado dándolo por vencido anticipadamente cuando el deudor deje de pagar 3 plazos mensuales si el vencimiento anticipado ha sido pactado en la constitución del préstamo. El TJUE se remite a la sentencia *Banco Español de Crédito*⁵⁰ para sostener que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no permite al juez nacional modificar el contenido de una cláusula abusiva, sino que tiene que anularla⁵¹. Añade el TJUE, remitiéndose a la sentencia *Unicaja Banco y Caixa-bank*⁵², que el juez nacional tiene la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que se ajuste al objetivo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre las partes y limitándose esta posibilidad a supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor a consecuencias que lo penalizaran.

El TJUE se refiere a que la anulación de las cláusulas contractuales no parece acarrear consecuencias negativas para el consumidor. Específicamente, el TJUE hace alusión al hecho de que, sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de

⁴⁷ Asunto C-8/14. STJUE de 29 de octubre de 2015. *BBVA*.

⁴⁸ Asunto C-613/15. Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016. *Ibercaja Banco*, apdo. 25.

⁴⁹ *Ibid.*, apdo. 33.

⁵⁰ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

⁵¹ Asunto C-613/15. Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016. *Ibercaja Banco*, apdo. 37.

⁵² As. acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. STJUE de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*.

demora y al hecho de que interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado⁵³. Concluye el TJUE declarando que los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre consumidor y profesional. También concluye que el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 exigen que el Derecho nacional no impida que el juez deje sin aplicación tal cláusula en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

Comentarios. Forma parte este auto de la saga de resoluciones sobre la cláusula de intereses moratorios y la cláusula de vencimiento anticipado. Como observación por nuestra parte, al hilo de las dos afirmaciones del TJUE contenidas en el apartado 39 (que al no incrementarse con los intereses de demora los importes serán necesariamente menores y que interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado), hemos de señalar que el órgano remitente podría perfectamente haber eliminado los intereses de demora –sin que tuvieran que sustituirse por intereses ordinarios o remuneratorios–, así como haber decretado el archivo del procedimiento de ejecución al considerar que no se ha declarado válidamente el vencimiento anticipado del préstamo. Sin perjuicio de ello, el propio TJUE condiciona ambas afirmaciones a las comprobaciones que efectúe el órgano jurisdiccional remitente.

A pesar de que la presente resolución se remite a la sentencia *Unicaja Banco y Caixabanc*, se puede considerar que este auto va más allá que dicha sentencia, propiciando interpretaciones en un sentido dispar con relación a las que llevaba a cabo nuestro Tribunal Supremo.

Dado que la situación no terminaba de aclararse, el Tribunal Supremo, inteligentemente, planteó sendas cuestiones prejudiciales para que el TJUE confirmara la conformidad con el Derecho de la Unión de su jurisprudencia, por un lado, sobre eliminación por abusiva de la cláusula de intereses moratorios con la consecuencia de la aplicación de intereses remuneratorios, dando lugar al asunto *Banco Santander y Escobedo Cortés*⁵⁴ –que ha aclarado definitivamente la situación–, y, por otro lado, sobre el sobreseimiento de la ejecución o no por apreciación de la abusividad de la cláusula de vencimiento

⁵³ Asunto C-613/15. Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016. *Ibercaja Banco*, apdo. 39.

⁵⁴ Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17. STJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander y Escobedo Cortés*.

anticipado, dando lugar al asunto *Abanca Corporación Bancaria*⁵⁵ cuya sentencia generó diversas interpretaciones.

No obstante, con relación a la aclarada cuestión de los intereses moratorios, no podemos resistirnos a afirmar que del examen del auto que es objeto de nuestro comentario, la consecuencia interpretativa más lógica es la eliminación de los intereses moratorios abusivos sin que quepa su sustitución por el devengo de intereses remuneratorios.

Caso 52. *Banco Santander y Escobedo Cortés*⁵⁶: Es compatible con la Directiva 93/13 la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que procede declarar abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos celebrados con consumidores (préstamos hipotecarios y préstamos personales) relativas a los intereses de demora cuando se fije un interés de demora superior a los dos puntos porcentuales de incremento sobre el interés remuneratorio y también lo es la que establece como consecuencia de esa declaración de abusividad la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

Hechos. El asunto C-96/16 versa sobre un procedimiento de ejecución de créditos por impago de las cuotas del préstamo instado por Banco de Santander contra los consumidores, Sr. Demba y Sra. Godoy Bonet, mientras que en el asunto C-94/17, tramitado a instancias de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, el litigio nacional tiene su origen en una demanda formulada por el consumidor Sr. Escobedo Cortés contra Caja de Ahorros del Mediterráneo (posteriormente integrada en Banco Sabadell) a fin de que se declararan nulas ciertas cláusulas del préstamo con garantía hipotecaria que había celebrado con la entidad bancaria, entre las que figuraba la que determinaba el tipo de interés de demora⁵⁷.

⁵⁵ Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019. *Abanca Corporación Bancaria*.

⁵⁶ Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de agosto de 2018. Asunto Banco Santander, s.a. contra Mahamadou Demba y Mercedes Godoy Bonet (C-96/16) y asunto Rafael Ramón Escobedo Cortés contra Banco de Sabadell (C-94/17). Peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona y por el Tribunal Supremo. El Abogado General Sr. Nils Wahl presentó sus conclusiones el 22 de marzo de 2018. EU: C:2018:643.

⁵⁷ El asunto C-96/16 se refiere a dos contratos de préstamo que suscribieron el Sr. Demba y la Sra. Godoy Bonet por sendos importes de 30.750 euros y 32.153,63 euros, siendo los tipos de interés ordinario del 8,50 % anual para el primero y del 11,20 % anual para el segundo, mientras que los tipos de interés de demora ascendían al 18,50 % anual y al 23,70 % anual, respectivamente. A resultas del impago de las cuotas mensuales de los préstamos por los consumidores-deudores, la entidad bancaria Banco Santander

El Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona (asunto C-96/16) a través de su primera cuestión –tal y como la refundió el TJUE– preguntó si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario.

Mediante la segunda pregunta en su letra a) del juzgado de primera instancia y la primera del Tribunal Supremo (asunto C-94/17) –tal y como las reformuló el TJUE– ambos órganos jurisdiccionales piden sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía supone un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato.

La última cuestión contestada por el TJUE da respuesta a la letra b) de la segunda pregunta del juzgado de primera instancia y a la segunda pregunta del Tribunal Supremo en orden a aclarar si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional como la del Tribunal Supremo, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de

declaró el vencimiento anticipado de los contratos y formuló demanda de ejecución de los créditos por importe total de 53.664,14€. En junio de 2015, durante la tramitación del procedimiento de ejecución, Banco Santander transmitió a un tercero los créditos objeto de ejecución en virtud de escritura pública por un importe de 3.215,72 euros, solicitando al Juzgado el cesionario que se produjera la sucesión procesal. En el asunto C-94/17, el consumidor sr. Escobedo Cortés celebró en 1999 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con Caja de Ahorros del Mediterráneo –integrada posteriormente en Banco Sabadell– por un importe de 17.633,70 euros. El tipo de interés ordinario era inicialmente el 5,5 % anual y en el momento de los hechos el 4,75 % anual, siendo el tipo de interés de demora del 25 % anual. Habiendo incurrido en mora el consumidor, este presentó una demanda contra la entidad bancaria solicitando la declaración de nulidad, entre otras, de la cláusula que fijaba el interés de demora por ser abusiva. La Audiencia Provincial de Alicante confirmó la sentencia del juzgado de primera instancia en virtud de la cual se declaraba abusiva dicha cláusula y se establecía que el tipo de interés de demora aplicable debía reducirse al triple del interés legal (límite máximo previsto en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria tras su modificación por la Ley 1/2013). El consumidor recurrió en casación ante el Tribunal Supremo invocando que con arreglo a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 no debían devengarse intereses ni de demora ni ordinarios.

los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios (ordinarios) pactados en el contrato.

Doctrina. En cuanto a la primera de las cuestiones, el TJUE viene a seguir la postura del Abogado General, considerando que la transmisión de créditos se llevó a cabo con fundamento en las disposiciones del Código Civil, no existiendo ninguna cláusula contractual relativa a ese punto por lo que la Directiva 93/13 no se aplica a esas prácticas de cesiones de créditos⁵⁸.

De manera adicional, el TJUE se refiere a su propia jurisprudencia en cuanto a que la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva prevista en el artículo 1.2 de la misma, se extiende a las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas, es decir, de normas que únicamente se aplican si las partes no ha dispuesto otra cosa, justificándose la exclusión en el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido preservar⁵⁹. Aludiendo al auto dictado en el asunto *Banco Popular Español y PL Salvador*⁶⁰, reitera el TJUE que el artículo 1535 del Código Civil⁶¹ es norma imperativa excluida de la Directiva y lo mismo parece suceder con los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶², lo que corresponde verificar

⁵⁸ Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17. STJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander y Escobedo Cortés*, apdo. 41.

⁵⁹ *Ibid.*, apdo. 43.

⁶⁰ Asunto C-7/16. Auto del TJUE de 3 de julio de 2016. *Banco Popular Español y PL Salvador*.

⁶¹ Artículo 1535 Código Civil: «Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago».

⁶² Ambos preceptos recogen los trámites procedimentales a seguir cuando se produce la sucesión o sustitución procesal de alguna de las partes, previendo el artículo 17 LEC esa situación en el proceso declarativo y el artículo 540 LEC en el proceso ejecutivo.

Artículo 17 LEC. «Sucesión por transmisión del objeto litigioso.

1. Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. El Letrado de la Administración de Justicia dictará diligencia de ordenación por la que acordará la suspensión de las actuaciones y otorgará un plazo de diez días a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga [...]».

Artículo 540 LEC. «Ejecutante y ejecutado en casos de sucesión.

1. La ejecución podrá despacharse o continuarse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado[...].».

al juzgado remitente⁶³. Por ello, concluye el TJUE que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a esa práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. La Directiva 93/13 tampoco resulta de aplicación al artículo 1535 del Código Civil ni a los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso⁶⁴.

Con relación a la letra a) de la segunda cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona y la primera cuestión planteada por el Tribunal Supremo, considera el TJUE que el Tribunal Supremo se atuvo a las exigencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE cuando llegó a la conclusión de que procedía declarar abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos celebrados con consumidores relativas a los intereses de demora cuando se fije un interés de demora superior a los dos puntos porcentuales de incremento sobre el interés ordinario⁶⁵.

Esta conclusión debe ser puesta en relación con lo que el TJUE aclara antes de proceder al examen de la cuestión en el sentido de que el hecho de que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se presuma abusiva toda cláusula que establece como interés de demora un incremento de más de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio no significa que esa jurisprudencia prive al juez nacional de examinar una cláusula que no responda a ese criterio y

⁶³ Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17. STJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander y Escobedo Cortés*, apdos. 45 y 46.

⁶⁴ *Ibid.*, apdo. 47.

⁶⁵ Siguiendo al Abogado General, sostiene el TJUE que no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro como el Tribunal Supremo, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, estén facultados para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

En base a ello, el TJUE responde a la cuestión declarando que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora el pago de una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato (apdo. 71).

de la posibilidad de declararla abusiva⁶⁶. Es decir, aunque no responda a ese criterio también puede ser declarada abusiva por el juez nacional.

Por lo que se refiere a la letra b) de la segunda cuestión formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona y a la segunda cuestión del Tribunal Supremo relativa a la jurisprudencia de este último órgano jurisdiccional sobre la supresión de los intereses de demora por ser abusivos sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato, el TJUE declara que la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales, es decir, ha de mantener, en principio la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión^{67 - 68}.

Al tenor de la respuesta dada por el TJUE a la pregunta anterior, este consideró que no procedía contestar a la tercera pregunta del Tribunal Supremo relativa a las restantes alternativas, es decir, supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio o bien devengo del interés legal.

⁶⁶ *Ibid.*, apdo. 61.

⁶⁷ *Ibid.*, apdo. 75.

⁶⁸ Según el TJUE, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas.

Para sustentar su posición el TJUE también alude a la finalidad del interés de demora (sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago) frente a la función del interés remuneratorio u ordinario (retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma) (apdo. 76). Siguiendo al Abogado General, el TJUE observa que esas consideraciones son aplicables tanto cuando el tipo de interés de demora se define independientemente del tipo de interés ordinario, en una cláusula distinta, como cuando el tipo de interés de demora se determina en forma de incremento de varios puntos porcentuales sobre el tipo de interés ordinario (apdo. 77). De esta manera, sin perjuicio de las comprobaciones que han de llevar a cabo los órganos jurisdiccionales remitentes, señala el TJUE que la solución proporcionada por el Tribunal Supremo cuando el juez ha constatado el carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora consiste en que se deje pura y simplemente sin aplicar esa cláusula o el incremento que los intereses de demora representan en relación con los intereses remuneratorios, sin poder sustituir la cláusula abusiva por disposiciones legales supletorias ni modificar la cláusula en cuestión, manteniendo al mismo tiempo la validez de las restantes cláusulas del contrato, en particular la validez de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios (apdo. 78). Una vez efectuado el planteamiento, el TJUE llega a la conclusión de que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional como la del Tribunal Supremo que se ha pronunciado por esa solución, es decir, que sostiene que la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato (apdo. 79).

Comentarios. La opinión del Abogado General Sr. Wahl⁶⁹⁻⁷⁰ ha resultado clave al haber seguido el TJUE en líneas generales las conclusiones propuestas en la misma⁷¹.

Centrándonos en la sentencia, es de reseñar la gran trascendencia que para nuestro ordenamiento jurídico tenía la resolución de las cuestiones planteadas en esta remisión prejudicial⁷², habida cuenta, por un lado, del elevado

⁶⁹ Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17. Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 22 de marzo de 2018.

⁷⁰ Cuando comentábamos la sentencia Unicaja Banco y Caixabank señalábamos que al referirse el TJUE al marco jurídico del asunto reproducía el artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su versión derogada a la fecha del dictado de la sentencia y no hacía ninguna mención a la nueva versión de dicho precepto dispuesta por el legislador para adaptarlo a lo declarado en Banco Español de Crédito. En las conclusiones del Abogado General presentadas en Banco Santander y Escobedo Cortés observamos el mismo problema. El Abogado General se limita a transcribir el artículo 83 LGDCU, sin mencionar que está derogado a la fecha de las conclusiones ni hacer referencia a la nueva versión de dicha disposición. Entendemos que esa aclaración hubiera sido necesaria, teniendo en cuenta, además, que al haber sido declarada dicha disposición incompatible con el Derecho de la Unión, en virtud del principio de primacía y del artículo 4 bis.1 LOPJ, el juez nacional en ningún caso podía aplicar dicho precepto. A nuestro juicio, no tiene sentido que el Abogado General transcribiese la versión derogada del artículo 83 LGDCU, puesto que dicha disposición ya no formaba parte del Derecho español. Afortunadamente, el TJUE no reproduce en la sentencia el artículo 83 LGDCU, citado por el Abogado General.

⁷¹ En cuanto a la primera cuestión relativa a la cesión de créditos planteada por el juzgado de primera instancia, el Abogado General manifiesta que la cesión de créditos es una práctica de un profesional y no guarda relación con una cláusula contractual en un contrato celebrado con un consumidor, quedando fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En relación con la compatibilidad del artículo 1535 del Código Civil y los artículos 17 y 540 LEC con la Directiva 93/13, afirma el Abogado General que a tenor del artículo 1.2 de la Directiva esta no se aplica a disposiciones legales imperativas como las citadas. Además, argumenta el Abogado General que la cesión del crédito tiene un efecto neutro para el deudor, es decir, no lo perjudica, no teniendo trascendencia que la cesión se haya efectuado en favor de un «fondo buitre» que actúa con fines especulativos por un precio muy inferior, o incluso irrisorio, razones por las que la práctica referida no es incompatible con la Directiva 93/13. En definitiva, el Abogado General sostiene que la Directiva 93/13 no se opone a la práctica de los profesionales consistente en la cesión o compra de créditos, siendo dicha consideración asumida por el TJUE.

En cuanto a la cuestión relativa a la compatibilidad de la Directiva 93/13 con un criterio jurisprudencial nacional según el cual es abusiva la cláusula de un contrato de préstamo que prevea un tipo de interés de demora que suponga un incremento superior a dos puntos porcentuales respecto del tipo de los intereses ordinarios fijado, considera el Abogado General que es compatible siempre que ese criterio jurisprudencial no prejuzgue la posibilidad de que el juez nacional aprecie, de forma autónoma y tomando en consideración todas las circunstancias del caso, el eventual carácter abusivo de las cláusulas de las que deba conocer que no se ajusten a ese criterio.

Finalmente, por lo que concierne a mantener la aplicación de la cláusula que fija el tipo de intereses ordinarios hasta el pago íntegro de la deuda cuando se ha apreciado el carácter abusivo de la cláusula que establece el interés de demora, el Abogado General considera que dicha postura jurisprudencial no se opone a la Directiva 93/13. Así, entiende que privar de efectos la cláusula que fija los intereses ordinarios a pesar de no haber sido declarada abusiva iría mucho más allá de las consecuencias relativas a la efectividad de la protección conferida por la Directiva 93/13.

⁷² Los dos órganos jurisdiccionales remitentes solicitaron que su respectivo asunto fuera tramitado mediante el procedimiento acelerado del artículo 23 bis del Estatuto del TJUE y del artículo 105.1 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia y en ambos casos el Presidente del TJUE denegó la correspondiente petición (autos del Presidente del TJUE de fechas 13 de julio de 2016 y 5 de abril de 2017). En el primero de los asuntos la solicitud fue basada por el Juzgado de Primera Instancia en la urgencia de resolver el problema de las cesiones de crédito, no encontrando el TJUE fundamento para la tramitación acelerada al alegar que: «[...] el

número de compras y cesiones de créditos por parte de los denominados «fondos buitres» que se estaban llevando a cabo en los procedimientos de ejecución tramitados por juzgados españoles y, por otro, del impacto económico que suponía en los procedimientos de ejecución que durante el periodo en el que el deudor estaba en mora se devengaran intereses remuneratorios o se eliminara el devengo de cualquier tipo de intereses cuando el juzgador apreciase el carácter abusivo de la cláusula que fijaba el tipo del interés de demora.

Con relación al primer problema era previsible la respuesta del TJUE a tenor de lo ya declarado en la sentencia *Banco Popular Español y PL Salvador*⁷³ y con respecto al segundo, la contestación del TJUE, siguiendo lo propuesto por el Abogado General, parece que trata de buscar un punto de equilibrio.

En cuanto a considerar compatible con la Directiva el criterio del Tribunal Supremo de calificar como abusiva aquella cláusula de intereses moratorios que fije un interés de demora superior en dos puntos al interés remuneratorio, la respuesta del TJUE es coherente con su postura relativa a la competencia del juez nacional para decidir la calificación como abusiva de una cláusula. Como hemos visto en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo, desde la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*⁷⁴, el criterio del TJUE es ese, por lo que el Tribunal Supremo está plenamente legitimado para establecer un baremo objetivo para la calificación como abusiva o no de la cláusula de intereses moratorios que proporcione seguridad jurídica a los operadores jurídicos, siendo además que ese baremo resulta perfectamente razonable en función de las circunstancias concurrentes.

Con respecto a los efectos jurídicos de eliminar la cláusula de interés moratorio cuando esta sea abusiva, a nuestro parecer, hubiera podido haber otra respuesta en la medida en que la cláusula que fija el interés de demora tiene un funcionamiento completamente independiente al de la cláusula que

órgano jurisdiccional remitente se limita a mencionar el riesgo de que los consumidores no puedan ser indemnizados si la resolución del Tribunal de Justicia es tardía, sin precisar, no obstante, qué repercusión podría tener al respecto la fecha en que se dicte tal resolución ni de qué manera la tramitación en breve plazo del presente asunto permitiría prevenir ese riesgo» (apdo. 19 del auto del TJUE de 13 de julio de 2016). En el segundo asunto, el Tribunal Supremo, en relación a la cuestión de los intereses de demora, indicó, entre otros argumentos, que afectaba a un número muy elevado de consumidores y que eran muy numerosos los litigios pendientes ante los tribunales nacionales en los que se planteaba el carácter abusivo de las cláusulas por las que se establecía el tipo de los intereses de demora, pudiendo quedar afectada gravemente la seguridad jurídica si era necesario esperar varios años a la resolución del TJUE sobre la compatibilidad o no de la postura del Tribunal Supremo al respecto —expresada en sentencias de 22 de abril, de 7 y 8 de septiembre de 2015, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero y 3 de junio de 2016— con la Directiva 93/13. El TJUE también denegó la petición no encontrando justificación ni en el elevado número de personas afectadas ni en el argumento asociado al riesgo de inseguridad jurídica (apdos. 18 y 19 del Auto del TJUE de 5 de abril de 2017).

⁷³ Asunto C-7/16. Auto del TJUE de 5 de julio de 2016, *Banco Popular Español y PL Salvador*.

⁷⁴ Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*.

determina el interés ordinario. Así, la cláusula que establece el interés de demora es una cláusula que despliega sus efectos a partir de una fecha concreta que es el día en el que el deudor se sitúa en mora, mientras que la cláusula que determina los intereses ordinarios resulta de aplicación desde la constitución de la obligación hasta la fecha del vencimiento de cada cuota. De esta forma, la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que determina los intereses de demora debería implicar que no existe pactado un interés para esa etapa y no que se extiende la vigencia del interés pactado para un periodo diferente. En otras palabras, la clásica postura del TJUE en cuanto a los efectos disuasorios de la declaración de abusividad de las cláusulas contractuales y las consecuencias de la nulidad de estas, podía haber amparado una solución consistente en sostener que el periodo al que se le aplica el interés de demora no devenga interés al haber resultado nula la cláusula fijadora del interés durante dicho periodo⁷⁵. Sin perjuicio de la otra alternativa consistente en la posibilidad de

⁷⁵ El examen de las cláusulas sobre interés ordinario e interés de demora en la escritura de préstamo hipotecario tipo de cualquier entidad bancaria puede ayudar a comprender nuestra postura. Así, véase como ejemplo las que estaban insertas en las minutas redactadas en el año 2006 por la entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla, también conocida como «el Monte», que después fue integrada en la Caixa.

«Tercera. Intereses ordinarios.

a) El presente préstamo devengará a favor de El Monte el tipo de interés nominal anual del 4,180 % durante los seis primeros meses a partir del cual variará según lo indicado en la cláusula Tercera bis.

b) La fecha de inicio del devengo de intereses será la de la disposición por la parte prestataria de cualesquiera cantidades del préstamo, que deberán abonarse en las mismas fechas señaladas para la amortización del principal. La disposición del préstamo se entenderá efectuada al producirse el abono correspondiente en la cuenta vinculada [...]

Tercera Bis. Tipo de interés variable.

a) Tipo de referencia. Llegada la fecha de variación del tipo establecido en la cláusula Tercera a) se aplicará para los sucesivos períodos el correspondiente al tipo medio de Cajas de Ahorro de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre [...]. El tipo anterior es publicado mensualmente por el Banco de España en el “Boletín Oficial del Estado”. A partir de la primera revisión de intereses, esta se volverá a efectuar semestralmente. B) Diferencial sobre el tipo de referencia. El diferencial sobre el tipo de referencia será de 0,25 puntos que se sumarán a este. c) Índice sustitutivo. En el supuesto de que dejara de publicarse el tipo de referencia del *Ibid.*, apdo. a) [...] Si dejara de publicarse este tipo sustitutivo, se aplicará a esta operación el 14 %. d) Tipo máximo y mínimo. Se establece que, desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al 4 % ni superior al 14 %.[...]

Cuarta Bis. Tipo de Interés Anual Equivalente. [...]

Quinta. Gastos a cargo del prestatario [...]

Sexta. Intereses de demora. El presente préstamo devengará en concepto de penalización para el caso de mora de la parte prestataria, un tipo de interés de demora del 22,480 % nominal anual que se devengará diariamente. Se entenderá constituida en mora la parte prestataria por el simple hecho de dejar desatendida una cualquiera de las cuotas de intereses durante el periodo de carencia (si lo hubiere) o de capital y/o intereses durante el periodo de amortización, en sus respectivos vencimientos, sin necesidad de aviso, ni requerimiento especial alguno. En ambos casos, se considerará capital, a los efectos del artículo 317 del Código de Comercio, la totalidad de lo adeudado, desde el momento en que se incurra en el impago [...].».

que en ese escenario entrase en juego la aplicación de la disposición nacional prevista en caso de inexistencia de convenio sobre el interés moratorio –por entenderse que la eliminación del convenio equivale a su inexistencia–, constituida por el artículo 1.108 del Código Civil ⁷⁶.

A nuestro juicio, la solución del TJUE aceptando la postura del Tribunal Supremo supone una atemperación de los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva –vedada tradicionalmente por el propio TJUE– en la medida en que el interés remuneratorio pactado se aplica al periodo durante el cual el préstamo está en mora y en el que debería aplicarse el interés moratorio pactado que ha resultado anulado por abusivo. La opción consistente en que durante la etapa en la que el préstamo esté en mora no se devengue interés alguno al haber resultado eliminada la cláusula fijadora del interés moratorio parece la más ajustada a la jurisprudencia del TJUE, en nuestra opinión. Con respecto a la otra opción relativa a que durante esa etapa se aplique el interés legal del artículo 1.108 del Código Civil por inexistencia de convenio sobre el interés moratorio, parece que no respondería a la jurisprudencia del TJUE concerniente a la posibilidad de sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional. Ello por cuanto que dicha jurisprudencia exige dos requisitos, en primer lugar, que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula abusiva y en segundo lugar que la anulación del contrato conlleve graves perjuicios para el consumidor. En este caso, a nuestro juicio, no concurriría la primera exigencia ya que la eliminación de la cláusula que fija los intereses de demora no parece que tenga como consecuencia la anulación del contrato, ya que un contrato de préstamo puede subsistir sin la cláusula de intereses de demora. Esta cláusula tendría naturaleza de accesorio y no define el objeto principal del contrato. Al faltar el primero de los requisitos no podría sustituirse la cláusula abusiva por la disposición nacional supletoria. En definitiva, la solución adoptada

Puede verse cómo se trata de pactos y obligaciones totalmente independientes. Al haberse constituido en mora el deudor la totalidad de lo adeudado no devenga intereses ordinarios, sino moratorios y si estos son declarados abusivos, ello implica su nulidad y eliminación, sin que –a nuestro modo de ver– debieran extenderse los intereses remuneratorios a un periodo en el que no se devengan. Dicho de otro modo, en el contrato de préstamo el interés moratorio no se configura como un interés adicional al ordinario o remuneratorio, de forma que eliminado el moratorio por abusivo, permanece el remuneratorio, sino que en la configuración del contrato de préstamo el interés moratorio es el que resulta aplicable durante la etapa en la que el prestatario está constituido en mora. En consecuencia, según nuestro entender, eliminado por abusivo el interés moratorio, en dicha etapa no sería de aplicación interés alguno.

⁷⁶ Artículo 1108 Código Civil: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

por el Tribunal Supremo y confirmada por el TJUE, desde nuestro punto de vista, parece que no ha sido respetuosa con la «doctrina de la no integración» de las cláusulas abusivas.

4.3 LA CLÁUSULA ABUSIVA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO Y SU SUSTITUCIÓN POR UNA DISPOSICIÓN SUPLETORIA DE DERECHO NACIONAL

El análisis de la jurisprudencia del TJUE sobre la cláusula abusiva de vencimiento anticipado tiene particular relevancia por lo que se refiere a la cuestión de su posible sustitución por el juez por una disposición supletoria de Derecho nacional. A pesar de las dudas que pueda generar la eventual concurrencia de los dos requisitos exigidos por el TJUE para que pueda operar la sustitución (imposibilidad de subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales), el Tribunal Supremo, como órgano supremo nacional al que incumbe decidir sobre el particular, se ha mostrado en todo momento convencido de que procede la sustitución. Lo paradójico de este asunto es que, a nuestro modo de ver, la discusión nunca debería haber nacido porque la cláusula de vencimiento anticipado, más que inspirarse en el artículo 693.2 LEC –en palabras del TJUE⁷⁷– constituye un reflejo de dicha disposición por lo que, en virtud del artículo 1.2 de la Directiva 93/13, la cláusula de vencimiento anticipado debería haber quedado fuera del ámbito de la Directiva 93/13. No obstante, la jurisprudencia del TJUE se desarrolló en una línea muy diferente que vamos a estudiar a continuación.

Caso 53. *Abanca Corporación Bancaria*⁷⁸: Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre

⁷⁷ As. acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, apdo. 59: «tras la supresión de una cláusula abusiva cuya redacción está **inspirada** en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato» (subrayado y negrita son nuestros).

⁷⁸ Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, S. A. contra Alberto García Salamanca Santos (C-70/17), y Bankia, S. A. contra Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez (C-179/17), peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona. EU: C:2019:250. El Abogado General Sr. Szpunar presentó sus conclusiones el 13 de septiembre de 2018.

las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Hechos. Los dos procedimientos nacionales que han originado la presente cuestión prejudicial se desarrollan en marcos diferentes. Así, el procedimiento en el que el Tribunal Supremo plantea la cuestión (asunto C-70/17) tiene su origen en una demanda de dos consumidores, Sr. García Salamanca Santos y Sra. Varela Pena, contra una entidad bancaria en relación con un préstamo con garantía hipotecaria en la que reclaman la declaración de nulidad de varias cláusulas, entre ellas, la de vencimiento anticipado. La demanda fue estimada en primera y segunda instancia, llegando el asunto en casación al Tribunal Supremo que planteó la cuestión prejudicial⁷⁹.

Al formular la cuestión prejudicial el Tribunal Supremo informa al TJUE que considera, en primer lugar, que la cláusula 6 bis es abusiva en la medida en que permite el vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario en caso de impago por el deudor de una única cuota del préstamo. Asimismo, expresa sus dudas acerca de la posibilidad, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de declarar una cláusula contractual parcialmente abusiva, permitiendo la subsistencia de la parte de esa cláusula que no se considera abusiva. A este respecto, estima fundamentalmente que la eliminación del elemento abusivo de una cláusula contractual y el mantenimiento del resto de su contenido que no tenga carácter abusivo no constituyen una integración o una sustitución del contenido contractual. En segundo lugar, el Tribunal Supremo plantea la duda de si es conforme con lo dispuesto en la Directiva 93/13 la aplicación de una disposición supletoria de Derecho nacional para permitir la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado tras ejercitarse una cláusula

⁷⁹ En la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo los hechos se refieren a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 100.000 euros y con un plazo de devolución de treinta años suscrito en mayo de 2008 entre la entidad bancaria Abanca Corporación Bancaria y los consumidores Sr. García Salamanca Santos y Sra. Varela Pena. La cláusula 6 bis de ese contrato preveía su resolución anticipada por la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de ese pacto en los libros del Registro de la propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la LEC. El vencimiento anticipado daba derecho a la entidad financiera a exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas. En primera instancia el juzgado estimó la demanda y declaró la nulidad, entre otras, de la cláusula 6 bis de ese contrato de préstamo hipotecario. En segunda instancia la sentencia fue confirmada y Abanca Corporación Bancaria recurrió en casación.

de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo, cuyo carácter abusivo ha sido declarado por un órgano jurisdiccional nacional, en la medida en que este procedimiento se considera más favorable para los consumidores que el procedimiento de ejecución ordinaria.

A diferencia de la cuestión planteada por el Tribunal Supremo, la formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona (asunto C-179/17) tiene su origen en un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por Bankia contra dos consumidores por impago de treinta y seis cuotas del préstamo celebrado por estos con la entidad bancaria⁸⁰.

El juzgado remitente señala que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando un órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria aprecie que este procedimiento se basa en una cláusula abusiva que, en particular, permite el vencimiento anticipado del contrato de préstamo en caso de impago de una mensualidad, debe continuar dicho procedimiento en lugar de acordar el sobreseimiento de la ejecución en virtud del artículo 695, apartados 1 y 3, de la LEC. Afirma que para ello es preciso reemplazar tal cláusula por la regla establecida en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión posterior a la firma del contrato de préstamo hipotecario, la cual permite el vencimiento anticipado del préstamo en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales. Según el juzgado remitente, resulta de esta jurisprudencia que el sobreseimiento de la ejecución implica que el banco podría, tras acordarse dicho sobreseimiento, invocar el artículo 1124 del Código Civil, que permite ejercitar una acción tendente a que el órgano jurisdiccional competente declare resuelto el contrato. La resolución judicial derivada de esta acción podrá fundamentar un procedimiento de ejecución ordinaria dirigido contra todos los bienes del deudor, incluida su vivienda. El juzgado remitente señala asimismo que, según el Tribunal Supremo, cuando el bien hipotecado es la vivienda del deudor, el procedimiento especial de ejecución hipotecaria presenta diferentes particularidades dirigidas a proteger a ese deudor que no se contemplan en el procedimiento de ejecución ordinaria. Entre estas particularidades, el juzgado remitente menciona, en particular, la posibilidad de que el deudor obtenga la liberación del

⁸⁰ En junio de 2005, los consumidores, la Sra. Rodríguez Ramírez y el Sr. Lau Mendoza, celebraron con la entidad Bankia un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 188.000 euros y con un plazo de devolución de treinta y siete años. La cláusula 6 bis de ese contrato relativa a la resolución anticipada a instancia de Bankia preveía que esta pudiera dar por vencido el préstamo, considerándolo resuelto y anticipadamente vencida la deuda en su totalidad, entre otros supuestos, por la falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula relativa a la amortización. Tras el impago de treinta y seis cuotas por parte de los consumidores, Bankia presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona una demanda de ejecución hipotecaria.

bien, la aplicación de un precio mínimo por debajo del cual no puede venderse la vivienda del deudor en pública subasta y la facultad de que el deudor quede liberado de su deuda cuando el importe obtenido en la subasta sea insuficiente para cubrir íntegramente el crédito. Habida cuenta de estas particularidades, según afirma el juzgado remitente, el Tribunal Supremo ha apreciado que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria es más favorable para los intereses de los consumidores que el procedimiento de ejecución ordinaria iniciado a raíz de una acción declarativa fundada en el artículo 1124 del Código Civil. No obstante, el juzgado remitente alberga dudas en cuanto a la compatibilidad del criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13⁸¹.

Debido a la conexidad de ambos asuntos, el TJUE los acumuló refundiendo en una las preguntas efectuadas por ambos órganos jurisdiccionales. Considera el TJUE que estos solicitan que se dilucide, fundamentalmente, si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, cuando una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, esta puede, no obstante,

⁸¹ Por una parte, cuestiona que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea más ventajoso que la resolución judicial del contrato de préstamo hipotecario basada en el artículo 1.124 del Código Civil y el inicio de un procedimiento de ejecución ordinaria. A este respecto, señala que en el procedimiento de ejecución ordinaria el consumidor podría, en la práctica, ganar tiempo y evitar momentáneamente que lo lancen de su vivienda. Además, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la redacción del artículo 1.124 del Código Civil pone de manifiesto, según el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda es relativamente probable que la acción declarativa basada en el artículo 1.124 del Código Civil sea desestimada porque este artículo no es aplicable a los contratos de préstamo. Incluso en caso de que se admitiera la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil a los contratos de préstamo, el juzgado remitente indica que no cabe descartar que no prospere la acción de resolución cuando el órgano jurisdiccional considere justificado conceder un plazo al deudor, tal como permite expresamente este artículo. Por otra parte, según el juzgado remitente, la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, en lugar de la cláusula contractual declarada abusiva, resulta problemática desde dos puntos de vista. En primer lugar, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular su sentencia de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional únicamente en «los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización». En segundo lugar, el juzgado remitente señala que, suponiendo que pueda recurrirse en abstracto a la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, la existencia de un convenio entre las partes es un requisito fundamental impuesto por esta disposición para su aplicación. Estima el juzgado remitente que, en el asunto del que conoce, ciertamente existía tal convenio al tiempo de la firma del contrato de préstamo hipotecario, pero precisamente dicho convenio ha sido declarado abusivo y nulo. Por todas estas razones, que se refieren a cuestiones jurídicas que, a su juicio, pueden ser importantes en el contexto de la respuesta que deba darse a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto C-70/17, el juzgado remitente estimó oportuno y necesario presentar ante el Tribunal de Justicia una nueva petición de decisión prejudicial para que pueda, en su caso, acumularse a la petición presentada anteriormente en el asunto C-70/17.

conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva y de que, por otra parte, de no ser así, el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula puede en cualquier caso seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de Derecho nacional, en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores.

Doctrina. En el asunto que ahora analizamos declara el TJUE que resulta de las apreciaciones de los órganos jurisdiccionales remitentes que las cláusulas controvertidas en los litigios principales, pese a estar inspiradas en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales en los que se incluyeron, deben considerarse abusivas en la medida en que establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad. Recuerda el TJUE que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en el contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, al contribuir 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. Continúa el TJUE señalando que la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por ello, contesta a una parte de la pregunta en el sentido de que no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado anteriormente⁸².

Sin embargo, el TJUE se remite a la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*⁸³ y declara que de la jurisprudencia que ha citado no se desprende que, en una situación en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponga a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue

⁸² Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, apdo. 55.

⁸³ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*.

al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización⁸⁴.

Añade el TJUE que tiene considerado que tal sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13 y que se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas^{85 - 86}.

Según el TJUE, los contratos a los que se refieren los litigios principales tienen por objeto, por un lado, la concesión de préstamos por parte de un banco y, por otro, la constitución de garantías hipotecarias relativas a tales préstamos. Las cláusulas controvertidas en los litigios principales, inspiradas en la redacción del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en el momento de la celebración de esos contratos, permiten fundamentalmente a los bancos en cuestión declarar el vencimiento del préstamo y exigir el pago del importe aún no satisfecho cuando deje de abonarse una cuota mensual. Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir, remitiéndose el TJUE a la sentencia *Pereničová y Perenič*^{87 - 88}.

⁸⁴ Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019. *Abanca Corporación Bancaria*, apdo. 56.

⁸⁵ *Ibid.*, apdo. 57.

⁸⁶ En los párrafos posteriores el TJUE sigue remitiéndose a la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, afirmando que si, en una situación como la descrita anteriormente, no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. Así, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca (*Ibid.*, apdo. 58).

⁸⁷ C-453/10. STJUE de 15 de marzo de 2012, *Pereničová y Perenič*.

⁸⁸ Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019. *Abanca Corporación Bancaria*, apdo. 61. Manifiesta el TJUE que corresponderá a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales. A este respecto, resulta de los autos de remisión que tal anulación podría incidir, en particular, en los cauces procesales de Derecho nacional con arreglo a los cuales los bancos pueden reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución por los consumidores. Así, en caso de anulación de los

Remitiéndose nuevamente a *Kásler y Káslerné Rábai*, citada en el apartado 56, el TJUE afirma que si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria.

En la segunda parte del apartado 63, afirma el TJUE que ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (en este caso, se remite a *Banco Primus*⁸⁹).

La conclusión del pleno del TJUE es que ha de responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos C-70/17 y C-179/17 que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que:

- por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y,
- por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio

contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales, el cobro de los créditos de los bancos deberá tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que seguirá siendo aplicable el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en caso de que esos contratos se mantengan sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del artículo 693, apartado 2, de la LEC, que permite declarar el vencimiento anticipado de tales contratos en caso de impago por parte del deudor de, al menos, tres mensualidades.

Observa el TJUE que esos dos procedimientos se distinguen, en particular, por la circunstancia de que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se caracteriza por la posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida, por la posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda y por la garantía de que el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75 % de su valor de tasación. Según el TJUE, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la sentencia, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales.

⁸⁹ Asunto C-421/14. STJUE 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.

entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales⁹⁰.

Comentarios. Es conveniente tener en cuenta –como ha sido aclarado en el apartado sobre los hechos– que, mientras que el litigio principal en el asunto C-70/17 –cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo– se desarrollaba en el marco del procedimiento de declaración de nulidad de cláusulas contractuales por su naturaleza abusiva ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra y posterior apelación y casación, el litigio principal en el asunto C-179/17 y los litigios principales que dieron lugar a los tres autos del TJUE de 3 de julio de 2019 se desarrollaron en el contexto de la ejecución hipotecaria instada por la entidad bancaria acreedora contra el consumidor-deudor por impago de las cuotas del préstamo.

La sentencia ahora comentada ha suscitado múltiples y diversas interpretaciones⁹¹.

Además de prohibir la conservación parcial de una cláusula de vencimiento anticipado abusiva, lo que viene a declarar el TJUE en *Abanca Corporación Bancaria* –dicho escuetamente– es que el juez nacional podrá sustituir la cláusula de vencimiento anticipado abusiva por una disposición nacional (art. 693.2 LEC), siempre que el contrato no pueda subsistir sin ella y su eliminación exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, correspondiendo al juez remitente decidir al respecto. En el caso de que el juez nacional considere que el contrato puede subsistir sin esa cláusula, debe preguntar al consumidor si prefiere que no se elimine la cláusula abusiva a fin de permitir la continuación de la ejecución hipotecaria por entender que ello le pueda beneficiar en relación con otros cauces procesales del acreedor.

⁹⁰ Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019. *Abanca Corporación Bancaria*., apdo. 64.

⁹¹ Entre otros, MUÑOZ GARCÍA, C., «Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, mar-abril 2020, pp. 1386-1404; MARTÍN FABA, J. M., «STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario», *Centro de Estudios de Consumo*, abril, 2019, pp. 1-23; T. A. Jiménez París: «El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, ene-feb 2020, pp. 589-621; RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «La cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, ene-feb 2020, pp. 530-543; ZUMAQUERO GIL, L., «Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 2, abril-junio, 2021, pp. 221-270.

Dado que el TJUE dice en la sentencia ahora comentada que «incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir», cabría cuestionarse si es ese el argumento desarrollado por el Tribunal Supremo para sostener la procedencia de la continuación del procedimiento y no el sobreseimiento. Ante esa pregunta, parece que la respuesta es negativa ya que, en esencia, la motivación sostenida por el Tribunal Supremo en las sentencias pronunciadas con anterioridad a que el TJUE dictase *Abanca Corporación Bancaria* es que la continuación de la ejecución hipotecaria le beneficia al consumidor.

En los apartados 56 a 61, el Tribunal de Justicia se centra en la posible anulación del contrato de préstamo hipotecario por la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva. A nuestro juicio, la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado no produce la anulación del contrato de préstamo en su conjunto. Es de señalar que la mayoría de la doctrina judicial española se ha posicionado a favor de la tesis consistente en defender la validez del contrato, a pesar de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado⁹².

En nuestra opinión, esa eliminación traerá consigo que no se pueda utilizar el procedimiento de ejecución hipotecaria y que la entidad bancaria tendrá que utilizar el procedimiento declarativo ordinario con base en el artículo 1124 del Código Civil, seguido por un ejecutivo ordinario o bien incluso, directamente, un ejecutivo ordinario por las cuotas adeudadas más las que se vayan devengando durante el procedimiento cuando así se solicite por el acreedor al iniciar la demanda ejecutiva⁹³.

⁹² ADÁN DOMENECH, F., «La aplicación práctica de la cláusula de vencimiento anticipado. STS de 11 de septiembre de 2019. Final del recorrido», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, enero-febrero, 2020, p. 671.

⁹³ En esta segunda vía, salvo que el deudor-consumidor reúna las cantidades adeudadas y las consigne —lo cual sería una magnífica noticia tanto para el deudor como para la entidad bancaria—, el ejecutivo ordinario terminará con la venta en pública subasta de la vivienda gravada con la hipoteca, por lo que el acreedor tiene la posibilidad de recuperar su dinero y el deudor va a disponer de bastante tiempo para reunir el dinero adeudado (que no será todo el importe de la hipoteca, sino solo las cuotas devengadas e impagadas), tarea que aunque difícil no es tan sumamente complicada como reunir la totalidad del préstamo. Además, hay que tener en cuenta que a partir de los años 2014-2015 la situación económica mejoró en España lo que conllevaba una serie de circunstancias favorables en este tipo de situaciones. Así, deudores-consumidores en paro accedieron a un empleo lo que a su vez les situaba en una mejor posición para conseguir un préstamo con otra entidad o renegociar con la entidad acreedora y, además, daba lugar a un panorama de las ventas inmobiliarias mucho más activo con precios más razonables, de forma que los deudores-consumidores podían encontrar un comprador que les adquiriese la vivienda por un precio que cubriese al menos el importe del préstamo, con lo cual los consumidores-deudores simultáneamente podían vender la vivienda y pagar al banco la deuda, empezando una nueva vida económica de alquiler sin la carga que supone tener una deuda con una entidad bancaria.

En la propia sentencia, al referirse a los argumentos expuestos por el juez de instancia, el TJUE utiliza la expresión «ganar tiempo» (apdo. 35). Como hemos visto, ese «ganar tiempo» tiene mucho sentido y puede ser determinante para proporcionar una solución positiva al problema.

No terminamos de entender la postura del TJUE en cuanto a la posibilidad de que el contrato de préstamo no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y en qué sentido la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado puede acarrear la anulación del contrato, cuando el propio TJUE en *Unicaja Banco y Caixabank*⁹⁴ parece haber dicho lo contrario. A mayor abundamiento, en la posterior sentencia *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centro Ouest*⁹⁵, relativa a una cláusula de vencimiento anticipado, señala el TJUE que «no parece que la cláusula controvertida en el litigio principal esté comprendida en el concepto de “objeto principal del contrato” en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente» (apdo. 48). Si la cláusula de vencimiento anticipado parece ser, en opinión del TJUE, accesorio, su eliminación no debería conducir a la anulación del contrato.

El TJUE también se apoya en la sentencia *Pereničová y Perenič*⁹⁶, conforme a la cual, al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin estas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes –en ese caso, el consumidor– de la anulación de dicho contrato en su conjunto.

Frente a los argumentos que hemos expuesto en favor de que el contrato de préstamo puede subsistir sin la cláusula abusiva, es de señalar que el Tribunal Supremo, con posterioridad a *Abanca Corporación Bancaria*, ha analizado la cuestión en su sentencia de pleno número 463/2019, de 11 de septiembre (ES: TS:2019:2761), para llegar a la conclusión contraria⁹⁷.

⁹⁴ STJUE de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank* (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU: C:2015:21).

⁹⁵ As. C-600/21. STJUE de 8 de diciembre de 2022, *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centro Ouest*.

⁹⁶ As. C-453/10. STJUE de 15 de marzo de 2012, *Pereničová y Perenič*.

⁹⁷ En dicha sentencia de 11 de septiembre de 2019 el TS interpreta *Abanca Corporación Bancaria* y los tres autos del TJUE dictados posteriormente sobre el mismo problema –asuntos *Bankia* y *Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez* (C-92/16), *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* y *Fernando Quintano Ujeta* (C-167/16) y *Bankia* y *Alfredo Sánchez Martínez* (C-486/16)– a fin de proporcionar un tratamiento definitivo a la cuestión en nuestro país y cuyo fundamento de Derecho octavo se intitula «asunción de la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y los AATJUE de 3 de julio de 2019».

Según el Alto Tribunal español, en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria (FJ 8, apartado 5). A ello añade, entre otras aseveraciones, que la causa del

A nuestro juicio, el TS «rentabiliza» al máximo lo dicho por la Abogado General y por el TJUE en otro contexto, pues no hay que olvidar que el asunto *Perenicová* se refiere a la determinación por la entidad financiera de una TAE inferior a la real en un contrato de préstamo al consumo y sus consecuencias (la posible declaración de nulidad del contrato en su conjunto cuando ello garantice una mejor protección del consumidor y los efectos de la comprobación de que se trata de una práctica comercial desleal). También es de tener en cuenta que lo que el juez remitente planteaba en ese asunto era que una declaración de nulidad de dicho contrato de crédito a corto plazo en su conjunto, pronunciada por razón del carácter abusivo de determinadas cláusulas de este, sería más favorable para los demandantes que mantener la validez de las cláusulas no abusivas de dicho contrato, porque en caso de nulidad los consumidores afectados solo estarían obligados a pagar los intereses de demora, al tipo del 9%, y no la totalidad de los gastos inherentes al crédito concedido, que eran mucho más elevados que dichos intereses.

Como puede comprobarse, la relación entre lo debatido en uno y otro asunto es prácticamente inexistente y, si bien en *Abanca Corporación Bancaria* el TJUE alude a *Perenicová*, lo hace en una sola ocasión y para afirmar que incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo, si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir (apdo. 60 de *Abanca Corporación Bancaria*). A ello añade el TJUE que corresponde a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario expondría a los consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales. A nuestro entender, lo determinante es que en el marco de las ejecuciones hipotecarias españolas los consumidores-deudores solicitan sistemáticamente el archivo del procedimiento por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, luego es de considerar que dicho archivo, con la consecuencia de que el profesional

préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago (FJ 8, apartado 7). El Tribunal Supremo afirma que no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago (FJ 8, apartado 8). El TS se apoya en las conclusiones de la Abogado General del asunto *Perenicová*, señalando que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas (FJ 8, apartado 9).

tenga que acudir a otro procedimiento, no debe ser especialmente perjudicial cuando lo solicita el propio consumidor.

No obstante, es de observar que el TJUE deja constancia en el apartado 61 de las ventajas de la ejecución hipotecaria sobre el «procedimiento de ejecución ordinaria»⁹⁸.

En el apartado 62, el TJUE habla de deterioro en la posición procesal de los consumidores afectados, justificando la sustitución de la cláusula por la versión del artículo 693.2 LEC posterior a la celebración de los contratos. A partir de ese momento, el TJUE atribuye la responsabilidad de decidir a los juzgados remitentes, de forma que si estos entienden que los contratos de préstamo pueden subsistir sin las cláusulas abusivas, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, es decir, que el consumidor expresamente manifieste que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de la cláusula [resultante de la sustitución] le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. Por tanto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (apartado 63)⁹⁹.

Finalmente, en el apartado 64, el TJUE, además de rechazar la conservación parcial de la cláusula abusiva, indica que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la

⁹⁸ El TJUE habla de la «reclamación de la totalidad del importe de préstamo pendiente de devolución», a través del ejecutivo ordinario que constituiría continuación de la resolución instada a través del 1.124 del Código Civil, sin mencionar en ningún caso la utilización de un ejecutivo ordinario directamente para reclamar las cuotas pendientes, que, como hemos dicho anteriormente, también representaría un mecanismo para defender los intereses de la entidad bancaria a la vez que posibilitaría al deudor-ejecutado reunir el importe adeudado, lo que parece más viable que reunir la totalidad del préstamo. Ni el Tribunal Supremo en su auto de remisión ni las entidades bancarias en sus intervenciones hicieron referencia a esa posibilidad por lo que el TJUE tampoco la mencionó. Quizá si los consumidores afectados hubieran tenido representación letrada ante el TJUE estos argumentos y algunos otros podrían haber sido desarrollados.

⁹⁹ Es decir, el TJUE, en ese apartado 63, viene a manifestar que procede la supresión y no la sustitución siempre que el contrato pueda subsistir sin la cláusula abusiva y salvo que el consumidor se muestre en contra y expresamente pida ser ejecutado conforme al procedimiento de ejecución hipotecaria (situación que dudamos se produzca en la práctica).

citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales¹⁰⁰.

Desde nuestro punto de vista, debería ser necesario el consentimiento del deudor-ejecutado para sustituir la cláusula abusiva de vencimiento anticipado (previendo la resolución por una cuota impagada) por lo previsto en el artículo 693.2 LEC en su redacción posterior a la suscripción del contrato de préstamo hipotecario.

El sentido de *Abanca Corporación Bancaria* fue completado con los tres autos dictados por el TJUE el 3 de julio de 2019 que hemos citado anteriormente. Lo paradójico del asunto de la cláusula de vencimiento anticipado es que, aunque el TJUE se refiera a que dicha cláusula «está inspirada»¹⁰¹ en el artículo 693.2 de la LEC¹⁰² en su redacción vigente en el momento de la celebración del contrato de préstamo, en mi opinión, lo que parece hacer la cláusula

¹⁰⁰ La doble premisa consiste en que el órgano jurisdiccional nacional tiene que considerar que el contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir en caso de supresión de la cláusula de vencimiento anticipada y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

En caso de que el contrato pudiera subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, según el TJUE, es necesario preguntar al consumidor si prefiere que no se elimine la cláusula a fin de que continúe la ejecución.

Como hemos dicho, nuestro TS, en su sentencia de 11 de septiembre de 2019, considera que se cumple con la doble premisa a que se refiere el TJUE, y, por tanto, opera la sustitución, sin que quepa la posibilidad de audiencia al consumidor-deudor.

Ni siquiera las entidades bancarias Abanca y Bankia en la vista oral sostuvieron la imposibilidad de subsistencia del contrato por el mero hecho de la eliminación de la cláusula abusiva. El gobierno español sí sostuvo esa imposibilidad presentando el argumento en el que vincula el contrato de préstamo con el derecho real de hipoteca.

En cuanto a la postura del Abogado General, hemos de decir que llega a la conclusión de que el Tribunal Supremo no cuestiona la subsistencia del contrato de préstamo después de la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado.

En opinión del Abogado General, en la cláusula de vencimiento anticipado el juez nacional no está obligado a declarar la nulidad del contrato en su conjunto y no es necesario aplicar una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio para evitar que el consumidor quede expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

El Abogado General sostiene que el artículo 693.2 LEC no tiene carácter supletorio, sino que exige pacto expreso entre las partes y en consecuencia no puede aplicarse si no hay pacto expreso. A ello añade que el TS alude a la posibilidad de aplicar la disposición supletoriamente sin pronunciarse sobre su carácter supletorio. En cualquier caso, apostilla el Sr. Szpunar que incumbe al juez nacional apreciar si el artículo 693.2 LEC tiene o no carácter supletorio (apdo. 121 de las conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar). El Abogado General opina que el juez nacional que ha declarado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado no puede iniciar o, en su caso, proseguir, pese a esa declaración, una ejecución hipotecaria contra el consumidor deudor, aunque estime que ese procedimiento le resulte más favorable (*Ibid.*, apdo. 133).

¹⁰¹ Así se contempla, entre otros, en los apartados 59 y 64.

¹⁰² Artículo 693.2 LEC: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

controvertida es reflejar¹⁰³ el artículo 693.2 LEC, por lo que, en consecuencia, dicha cláusula debería haber quedado fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.2 de esta¹⁰⁴.

Caso 54. *Bankia (contra Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez)*¹⁰⁵: Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio de las partes del contrato, sustituyéndola por la nueva redacción de esta disposición legal introducida posteriormente a la celebración del contrato, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Hechos. En diciembre de 2003 el Sr. Rengifo Jiménez y la Sra. Felix Caiza celebraron con Caja Madrid –integrada posteriormente en Bankia– un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 179.600 euros, reembolsable en 300 mensualidades. La cláusula 6 bis relativa al vencimiento anticipado

¹⁰³ Puede compararse la dicción literal del artículo 693.2 LEC en su redacción vigente en el momento de la celebración del contrato de préstamo reproducida en nuestra nota anterior con la cláusula del contrato de préstamo del litigio principal en el que el TS formuló la cuestión prejudicial. Dicha cláusula es recogida por el Alto Tribunal en el Fundamento de Derecho primero del auto de remisión de 8 de febrero de 2017: «6.ª bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito. La Caja [el banco], sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos: a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley 1/2000».

¹⁰⁴ En el coloquio posterior a la ponencia desarrollada por María José García-Valdecasas Dorrego en el marco de la II Jornada sobre Derecho procesal europeo de consumo, UAM, 04.02.2022, planteé a la ponente mi opinión sobre la cuestión y mi extrañeza por el hecho de que el TJUE no hubiera considerado esa posibilidad, contestando la ponente en el sentido de que ella también opinaba que más que «inspirar», la cláusula «refleja» el artículo 693.2 de la LEC y debería haber quedado fuera del ámbito de la Directiva 93/13. García-Valdecasas comentó que el TJUE ya daba por hecho que era cláusula abusiva y que se tendría que haber planteado esa cuestión anteriormente en *Aziz* o en *Banco Primus*. Al no haberse hecho, el TJUE no entraba a valorar su naturaleza, sino que analizaba sus efectos. La interesante conclusión de García-Valdecasas fue que no llegó al TJUE en el momento adecuado una remisión prejudicial sobre esa cuestión. A mi modo de ver, parece que los bancos afectados no fueron lo suficientemente «eficientes» en los litigios ante los tribunales españoles, lo que a la postre les produjo pérdidas millonarias.

¹⁰⁵ Asunto C-92/16. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 2019. Bankia contra Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al Artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Madrid). Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, oídas las conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar que fueron presentadas el 13 de septiembre de 2018.

preveía que en caso de impago de una sola cuota de amortización o de intereses, el acreedor hipotecario estaba facultado para considerar vencido el préstamo y exigir judicialmente el pago de la totalidad del capital, más intereses de demora, gastos y costas. Bankia declaró resuelto el contrato en octubre de 2015 al haber dejado de pagar los deudores las correspondientes cuotas desde el mes de mayo del mismo año.

El juzgado remitente formuló cinco preguntas siendo inadmitida la quinta y siendo unificadas las otras cuatro preguntas por parte del TJUE en una sola en cuya virtud consideraba el TJUE que el juzgado remitente quería saber si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, en caso de que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, esta puede no obstante mantenerse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva y, por otra parte, en caso de que ello no sea posible, el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula puede en cualquier caso seguir tramitándose mediante la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional.

Doctrina. Con arreglo a la reformulación realizada por el TJUE de las cuatro preguntas admitidas, el TJUE procede a contestar manifestando en primer lugar que resulta de las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente que la cláusula controvertida en el litigio principal, pese a estar inspirada en el artículo 693.2 LEC en su versión vigente en la fecha en que se firmó el contrato de préstamo hipotecario del que formaba parte, debe considerarse abusiva en la medida en que establece que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una cuota mensual. El TJUE recuerda lo declarado en *Kasler y Káslerné Rábai*¹⁰⁶ y reiterado posteriormente en *Abanca Corporación Bancaria*^{107 - 108}.

¹⁰⁶ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Kasler y Káslerné Rábai*.

¹⁰⁷ Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019. *Abanca Corporación Bancaria*.

¹⁰⁸ Lo anterior, en el sentido de que en una situación en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios de los derechos de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización [Asunto C-92/16. Auto del TJUE de 3 de julio de 2019. Bankia (contra Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez), apdo. 46].

El TJUE sigue aludiendo a sus anteriores declaraciones en el sentido de que si en una situación como la descrita anteriormente no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, refiriéndose particularmente el TJUE al supuesto en que la anulación tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor y por esa razón penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca ^{109 - 110}.

Descendiendo al asunto objeto de cuestión prejudicial, el TJUE observa que la cláusula controvertida en el litigio principal, inspirada en la redacción del artículo 693.2 LEC en su versión vigente en el momento de la celebración de ese contrato, permite fundamentalmente al banco en cuestión declarar el vencimiento del préstamo y exigir el pago del importe aún no satisfecho cuando deje de abonarse una cuota mensual, incumbiendo al juez nacional comprobar con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo si la supresión de esa cláusula tendría como consecuencia que el contrato de préstamo no pueda subsistir ¹¹¹.

Declara el TJUE que en tal supuesto corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la anulación del contrato de préstamo hipotecario expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales. El TJUE se refiere a que esa anulación podría incidir, en particular, en los cauces procesales de Derecho nacional con arreglo a las cuales los bancos pueden reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución por los consumidores ¹¹².

¹⁰⁹ *Ibid.*, apdo. 48.

¹¹⁰ Remitiéndose únicamente a Abanca Corporación Bancaria, trae a colación el TJUE que en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación exponga al consumidor a consecuencias perjudiciales (*Ibid.*, apdo. 49).

¹¹¹ *Ibid.*, apdo. 50.

¹¹² De esta forma, en caso de anulación del contrato de préstamo hipotecario, el cobro de los créditos de los bancos deberá tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que seguirá siendo aplicable el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en caso de que el contrato se mantenga sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del artículo 693, apartado 2, LEC, que permite declarar el vencimiento anticipado de tales contratos en caso de impago por parte del deudor de, al menos, tres

Ahora bien, afirma el TJUE que corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional remitente llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional ¹¹³.

El TJUE afirma que si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. Por tanto, el contrato debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible ¹¹⁴.

En base a todo lo anterior, el TJUE concluye que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión, por el juez nacional, de los elementos que la hacen abusiva. Sin embargo, esos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio de las partes del contrato, sustituyéndola por la nueva redacción de esta disposición legal introducida posteriormente a la celebración del contrato, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales ¹¹⁵.

mensualidades. Dice el TJUE que estos dos procedimientos se distinguen en particular por la circunstancia de que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se caracteriza por la posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida, por la posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda y por la garantía de que el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75 % de su valor de tasación (*Ibid.*, apdo. 51). Según el TJUE, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 49 del auto, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que el órgano jurisdiccional remitente sustituyera las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC, posterior a la celebración del contrato controvertido en el litigio principal.

¹¹³ *Ibid.*, apdo. 52.

¹¹⁴ *Ibid.*, apdo. 53.

¹¹⁵ *Ibid.*, apdo. 54.

Comentarios. El TJUE sigue la línea de *Abanca Corporación Bancaria*, de forma que para contestar la cuestión aplica la doctrina *Kasler* a la situación ocasionada por la eventual eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado. Con relación a la postura del TJUE, en primer lugar, consideramos muy discutible que pueda trasladarse el supuesto de *Kasler* a la situación ocasionada por la eventual eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado.

A nuestro modo de ver, una cosa es que en *Kasler* -o en *Dziubak*¹¹⁶, posterior al asunto ahora comentado- se plantee la situación de que al faltarle la cláusula que prevé la forma en que se devengan los intereses, el contrato de préstamo no puede subsistir porque es esencial para el mismo, con lo cual, para evitar que el consumidor tenga que abonar todo el principal a resultas de la anulación del contrato, se permita que el juez sustituya la cláusula nula por una disposición legal, y otra cosa muy distinta es considerar que un contrato de préstamo cuya resolución ha sido ya instada por el profesional, es decir, ya se le ha requerido al consumidor para que pague la totalidad de lo adeudado sin que haya podido hacerlo, vaya a ser considerado que no puede subsistir porque le falte la cláusula del vencimiento anticipado.

De la misma forma que en *Dziubak* el TJUE declarará que las cláusulas relativas al riesgo del tipo de cambio definen el objeto principal de un contrato como el controvertido en el litigio principal de ese asunto, de modo que la posibilidad objetiva del mantenimiento del contrato de préstamo sin la cláusula es incierta, el TJUE, sin necesidad de entrar a interpretar Derecho nacional, podía haber analizado si una cláusula de vencimiento anticipado define el objeto principal de un contrato o no lo define y si puede subsistir o no sin dicha cláusula. En ese sentido, el TJUE podía haberse «arriesgado» y manifestar desde un punto de vista objetivo que un contrato de préstamo puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, añadiendo la coletilla utilizada frecuentemente por el TJUE: «sin perjuicio del examen que a tal efecto realice el órgano jurisdiccional remitente».

Para apoyar nuestra argumentación podemos referirnos al hecho de que en el grupo de asuntos de la misma materia resueltos por el TJUE los órganos jurisdiccionales remitentes españoles –salvo el Tribunal Supremo– en sus explicaciones al TJUE comparten el criterio –expresado con mayor o menor contundencia– de que el contrato de préstamo puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado. En ese mismo sentido se ha pronunciado el Abogado

¹¹⁶ Asunto C-260/18. STJUE de 3 de octubre de 2019. *Dziubak*.

General Sr. Szpunar¹¹⁷, cuya propuesta no ha sido seguida por el TJUE. También cabe recordar aquí lo dicho recientemente por el TJUE en *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centro Ouest*¹¹⁸ en el sentido de que la cláusula de vencimiento anticipado no parece definir el objeto principal del contrato, ya referido en nuestros comentarios a la sentencia *Abanca Corporación Bancaria*.

A todo ello hay que añadir –como hemos dicho al comentar *Abanca Corporación Bancaria*– que la razón que sostenía la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesta en entredicho por los juzgados inferiores, no era que el contrato de préstamo no pudiese subsistir sin la cláusula abusiva, sino que la sustitución de esta por el artículo 693.2 LEC y, en consecuencia, la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria situaba al consumidor en una mejor posición que si la entidad bancaria acudiese a otro procedimiento. Argumentación muy discutible, entre otras razones, porque es el propio consumidor a través de su representación procesal quien solicita el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria y la entidad bancaria la que solicita la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que no parece ajustarse a la realidad la consideración del Tribunal Supremo sobre la base del interés del consumidor ejecutado.

Con respecto a la pregunta inadmitida hay que decir que el juez remitente cuestionaba al TJUE sobre si era conforme con el principio de efectividad de la Directiva 93/13 y la Carta una ley procesal que supedita derechos o ventajas sustantivos del consumidor a que este se someta a un procedimiento de ejecución especialmente expeditivo y no reconocen tales derechos o ventajas en otros procedimientos.

La simple lectura de la pregunta proporciona la idea del escaso recorrido de la misma¹¹⁹.

¹¹⁷ Asuntos C-92/16 y C-167/16. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 13 de septiembre de 2018.

¹¹⁸ As. C-600/21. STJUE de 8 de diciembre de 2022, *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centro Ouest*.

¹¹⁹ Podemos observar defectos en la técnica de redacción de esta al no referirse en concreto a la interpretación de una determinada disposición del Derecho de la Unión ni tampoco a la conformidad o disconformidad con la misma de determinados preceptos de Derecho procesal nacional.

El Abogado General Sr. Szpunar sí llegó a contestar la pregunta en el sentido de que habida cuenta de la diferente naturaleza de los procedimientos nacionales el mero hecho de que el legislador nacional reconozca al consumidor algunos derechos y ventajas en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria y no en el marco de otros procedimientos no implica, por sí solo, que tal procedimiento sea contrario a las exigencias del principio de efectividad.

Creemos más acertada la postura del TJUE que inadmite la pregunta, al considerar que se refiere a «otros procedimientos» y, en particular, al procedimiento declarativo previsto por el Derecho español cuando es lo cierto que el litigio principal es un procedimiento de ejecución hipotecaria. Dado que el

Caso 55. *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (contra Fernando Quintano Ujeta)*¹²⁰ Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio de las partes del contrato, sustituyéndola por la nueva redacción de esta disposición legal introducida posteriormente a la celebración del contrato, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Hechos. La remisión prejudicial se ha planteado en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria instado por BBVA contra los consumidores a resultas del impago de varias cuotas hipotecarias¹²¹.

En mayo de 2013, BBVA presentó la demanda de ejecución hipotecaria invocando que los demandados habían dejado de pagar cuatro cuotas mensuales del préstamo hipotecario. Según argumentó BBVA, a la fecha de presentación de la demanda (8/mayo/2013), los consumidores no habían pagado ninguna cuota mensual desde julio de 2012, si bien el juzgado remitente no hizo constar este extremo. En junio de 2013 el juzgado de instancia declaró nula la cláusula que fijaba el tipo de interés de demora en el 20 % anual y dicho tipo

órgano jurisdiccional nacional no ha explicado la razón por la cual es necesaria la respuesta del TJUE sobre esa cuestión para resolver el litigio principal, el TJUE inadmite dicha pregunta.

No le falta razón al TJUE para la declaración de inadmisión. La ausencia de rigor técnico a la hora de formular la pregunta es palpable. No se puede preguntar en relación con los efectos sobre otros procedimientos cuando el procedimiento principal es un procedimiento de ejecución hipotecaria al que, en principio, no afectaría la respuesta que se diese, ni se puede preguntar con una absoluta falta de determinación. Tampoco parece que tenga sentido preguntar si se vulnera el principio de efectividad porque en el procedimiento de ejecución hipotecaria se prevén ciertos privilegios que no se dan en otros procedimientos. En principio, sería en el marco de cualquiera de esos otros procedimientos donde habría que plantear si sus disposiciones cumplen con el principio de efectividad o no, o bien explicar claramente al TJUE las razones que justifican que el litigio principal se vea afectado por esas circunstancias.

¹²⁰ Asunto C-167/16. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 2019. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. contra Fernando Quintano Ujeta y María Isabel Sánchez García. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, oídas las conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar presentadas el 13 de septiembre de 2018.

¹²¹ En junio de 2008, BBVA celebró con el Sr. Quintano Ujeta y la Sra. Sánchez García un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 79.234,96 euros reembolsable en 204 cuotas mensuales. La cláusula 6 bis del contrato de préstamo hipotecario preveía la posibilidad de que el banco declarase el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir anticipadamente la devolución del capital con los intereses y gastos por la falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses. Los consumidores no pudieron pagar las cuotas correspondientes a los meses de julio a octubre de 2012 y el BBVA declaró el vencimiento anticipado, reclamando la totalidad del crédito.

quedó establecido en el 0 %, siendo dicha decisión recurrida por el BBVA. En septiembre de 2013, los ejecutados formularon oposición a la ejecución solicitando que se declarara abusiva la cláusula sobre el vencimiento anticipado, invocando, en particular, la nueva redacción del artículo 693.2 LEC resultante de la Ley 1/2013 que exigía el impago de, al menos, tres cuotas mensuales para poder declarar el vencimiento anticipado, solicitando la declaración del carácter abusivo de la cláusula y el archivo del procedimiento. Mediante auto de 19 de noviembre de 2013 el juzgado de la instancia planteó una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. Ello dio lugar al asunto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-602/13, resuelto por el TJUE mediante auto de 11 de junio de 2015 ¹²². Tras la notificación del auto del TJUE, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander confirmó en octubre de 2015 su declaración de nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora y tramitó independientemente la cuestión relativa a la cláusula de vencimiento anticipado dando audiencia a las partes –celebrada el 18 de diciembre de 2015–, pidiendo los consumidores el sobreseimiento del proceso y BBVA su continuación. Durante esa tramitación, el Tribunal Supremo dictó la sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre (ES: TS:2015:5618), relativa a la cláusula de vencimiento anticipado. A resultas de lo declarado por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, el juzgado de la instancia plantea una segunda cuestión prejudicial que es la resuelta mediante el auto del TJUE de 3 de julio de 2019. El juzgado de Santander señalaba en el auto de remisión que en caso de seguir el criterio del TS debería continuar la ejecución hipotecaria como si la cláusula de vencimiento anticipado fuera válida.

Es de reseñar que tras dictar la sentencia *Banco Primus* ¹²³, el TJUE preguntó al juzgado de Santander si mantenía las cuestiones planteadas, respondiendo este que deseaba mantenerlas teniendo además en cuenta que el Tribunal Supremo había elevado cuestión prejudicial con un contenido similar –refiriéndose al asunto *Abanca Corporación Bancaria* ¹²⁴– que estaba pendiente de resolución por parte del TJUE.

¹²² En relación a la pregunta sobre la cláusula de vencimiento anticipado en el auto de 11 de junio de 2015 el TJUE concluyó que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13– de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

¹²³ Asunto C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017. *Banco Primus*.

¹²⁴ Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019. *Abanca Corporación Bancaria*.

Como sucedió en el asunto *Bankia y Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez* (C-92/16), el juzgado remitente formuló cinco preguntas siendo inadmitida la quinta y siendo reformuladas y unificadas las otras cuatro preguntas por parte del TJUE en una sola en cuya virtud consideraba el TJUE que el juzgado remitente quería saber si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula puede en cualquier caso seguir tramitándose mediante la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional ¹²⁵.

Doctrina. El TJUE pone de manifiesto idénticas declaraciones a las formuladas en el asunto *Bankia y Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez* (C-92/16), coincidiendo incluso el número de los correspondientes apartados, por lo que nos remitimos a las declaraciones enunciadas al analizar el auto recaído en ese procedimiento. Probablemente habrá alguna otra diferencia pero la única que hemos percibido ha sido en el apartado 53 de ambos autos, ya que en el asunto que ahora comentamos no se mencionan las sentencias *Pannon GSM* ¹²⁶ y *Jörös* ¹²⁷, mientras que en el asunto *Bankia y Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez* sí se hace referencia a estas resoluciones del TJUE, mención totalmente justificada ya que el TJUE se refiere al supuesto de que el consumidor se oponga a la supresión de la cláusula abusiva, situación expresada por vez primera por el TJUE en el asunto *Pannon GSM*.

También es idéntico el fallo recaído en este asunto al dictado en el asunto *Bankia y Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez*.

Comentarios. Nos remitimos a lo expuesto en nuestro análisis del citado auto dictado por el TJUE el mismo día. Nos llama la atención que el juzgado de Santander hubiera planteado una segunda cuestión prejudicial a resultados del litigio principal, como también sucediera con la Audiencia Provincial de Castellón en el asunto *Sánchez Morcillo* ¹²⁸. Es de agradecer a los órganos

¹²⁵ En términos muy similares a lo comentado en el asunto *Bankia y Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez* (C-92/16), consideramos que la quinta pregunta difícilmente podía ser admitida por el TJUE al referirse en abstracto al principio de efectividad de la Directiva 93/13 y la Carta en relación con «una ley procesal nacional que otorga derechos al consumidor que puede hacer valer en un proceso de ejecución especialmente expeditivo que el profesional puede escoger entre otros alternativos en los que tales derechos son desconocidos». Puede constatarse fácilmente la indeterminación de la pregunta y falta de utilidad para resolver el litigio principal.

¹²⁶ Asunto C-243/08. STJUE de 4 de junio de 2009. *Pannon GSM*.

¹²⁷ Asunto C-397/11. STJUE de 30 de mayo de 2013. *Jörös*.

¹²⁸ Asunto C-169/14. STJUE de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo*.

jurisdiccionales españoles su compromiso y activismo a fin de conocer la interpretación del Derecho de la Unión por parte del TJUE.

Podemos añadir con respecto a este asunto que la cuarta pregunta formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander adolece de una deficiente formulación en la medida en que el juez nacional pregunta si «es el artículo 693.3 LEC un remedio adecuado y eficaz que permite al consumidor poner remedio a los efectos de un pacto de vencimiento anticipado abusivo teniendo en cuenta que debe pagar los intereses y costas». Es decir, se le pregunta al TJUE pura y exclusivamente por una disposición de Derecho español cuando es notorio que el TJUE interpreta Derecho de la Unión y no Derecho nacional.

Caso 56. *Bankia (contra Alfredo Sánchez Martínez)*¹²⁹: Sobre la vinculación de un órgano jurisdiccional de primera instancia a una resolución dictada en apelación que ordena el inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria al no fundamentarse la demanda en la cláusula abusiva sino en el artículo 693.2 LEC.

Hechos. La cuestión prejudicial es planteada por el juzgado de instancia en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria tras haber denegado este el despacho de la ejecución y haber resuelto la Audiencia Provincial de Alicante en apelación que dicha denegación no se ajustaba a Derecho y que procedía el despacho de la ejecución solicitada por Bankia¹³⁰.

¹²⁹ Asunto C-486/16. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 2019. Bankia contra Alfredo Sánchez Martínez y Sandra Sánchez Triviño. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante. EU: C:2019:572. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, oídas las conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar presentadas el 13 de septiembre de 2018.

¹³⁰ El 20 de enero de 2006, los esposos Sr. Sánchez Martínez y Sra. Sánchez Triviño celebraron con la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante –integrada posteriormente en Bankia– un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 140.000 euros, reembolsable en 35 años destinado a financiar la compra de un inmueble que constituiría la vivienda del matrimonio. En octubre de 2006 el contrato fue novado para dividir el préstamo en dos tramos.

Por lo que se refiere a la devolución del tramo A del préstamo, a raíz del impago de las cuotas de los meses de febrero y marzo de 2012 (por importes de 131,56 euros y 131,92 euros, respectivamente) y de parte de la cuota de abril de 2012 (quedando pendiente de pago un importe de 31,21 euros), Bankia declaró el vencimiento anticipado de dicho tramo del préstamo. Por lo que respecta a la devolución del tramo B del préstamo, el pago de las cuotas quedó interrumpido el 18 de abril de 2012.

En abril de 2013, Bankia presentó una primera demanda de ejecución hipotecaria de la que conoció el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante, que en octubre de 2013 y con fundamento en el título ejecutivo, despachó la ejecución del bien sobre el que recaía la garantía. En marzo de 2014, los consumidores-deudores presentaron oposición a la ejecución alegando la existencia de varias cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, entre las cuales se encuentra la cláusula 6.ª bis, relativa al vencimiento anticipado. Con arreglo a esta cláusula, «[el banco] podrá declarar vencida anticipadamente la obligación y exigir el inmediato pago de cuanto se le adeude por capital e intereses, incluso de

Albergando dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, el juzgado remitente planteó cuestión prejudicial con tres preguntas de las cuales retiró una tras la sentencia *Banco Primus*¹³¹ y el planteamiento por el Tribunal Supremo de la cuestión en el asunto *Abanca Corporación Bancaria*¹³², manteniendo las otras dos preguntas que son refundidas en una por el TJUE.

Según el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente quería saber si el artículo 7 de la Directiva 93/13 y el principio de efectividad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución, en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario, y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución previa que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada.

Doctrina. El TJUE recuerda que, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo, competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo, corresponden al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores

demora [...] cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) si la parte [prestataria] no abona a su vencimiento, en todo o en parte, alguna de las amortizaciones de capital o intereses de conformidad con lo pactado en esta escritura». En mayo de 2014, el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante dictó auto por el que declaró abusiva esta cláusula y decidió que no debía procederse a la ejecución, siendo recurrida dicha resolución por Bankia ante la Audiencia Provincial de Alicante que desestimó el recurso de apelación.

En mayo de 2015, Bankia presentó una nueva demanda de ejecución que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante contra los deudores con fundamento en el mismo título ejecutivo y dado que los deudores no habían abonado ninguna cuota de amortización desde marzo de 2012, en el caso del tramo A, y desde abril de 2012, en el caso del tramo B.

El órgano jurisdiccional remitente dictó auto en octubre de 2015 desestimando la demanda. En febrero de 2016, la Audiencia Provincial de Alicante anuló dicho auto basándose en la circunstancia de que los deudores habían dejado de pagar 38 cuotas mensuales. Dado que el auto dictado en apelación no ordenó el despacho de ejecución, el órgano jurisdiccional remitente debía decidir de nuevo sobre esta cuestión.

¹³¹ Asunto C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017. *Banco Primus*.

¹³² Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019. *Abanca Corporación Bancaria*.

el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). Dado que no cuenta con elementos que susciten dudas acerca del incumplimiento del principio de equivalencia, el TJUE se centra en el principio de efectividad.

El TJUE dice que resulta del auto de remisión que la cláusula abusiva que permite el vencimiento anticipado en caso de impago de una sola cuota mensual no ha sido aplicada, ya que la primera demanda de ejecución hipotecaria, presentada por Bankia el 17 de abril de 2013 con fundamento en esta cláusula, fue desestimada. Continúa observando el TJUE que la demanda de ejecución hipotecaria pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, tal como ha alegado el Gobierno español, no se fundamenta en la cláusula abusiva incluida en el contrato de préstamo controvertido en el litigio principal, sino en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, tal como quedó redactado en una versión posterior a la firma de ese contrato y tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo¹³³.

Afirma el TJUE que incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, basándose en la sentencia *Abanca Corporación Bancaria*, si el contrato de préstamo controvertido en el litigio principal puede subsistir sin la cláusula abusiva en cuestión y si ese no fuera el caso, el órgano de la instancia podría considerar que, habida cuenta de las consideraciones del TJUE expuestas en el apartado 40 de este mismo auto –en el que se remite a lo dicho en *Abanca Corporación Bancaria*–, procede sustituir esa cláusula abusiva por la versión del artículo 693.2 LEC posterior a la firma de ese contrato¹³⁴.

Añade el TJUE que en tal hipótesis y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 693.2 LEC, en su versión posterior a la firma del contrato objeto del litigio principal –extremo que debe comprobar el juzgado remitente–, la demanda de ejecución hipotecaria presentada por Bankia no implicaría que la cláusula abusiva controvertida en el litigio principal siguiera teniendo efectos vinculantes para los esposos Sánchez Martínez y Sánchez Triviño, ya que la acción se fundamentaría en esta disposición y no en la mencionada cláusula abusiva¹³⁵.

En base a todo ello, declara el TJUE que no existe ningún elemento que permita dudar de la conformidad de la normativa nacional con el principio de efectividad.

Señala el TJUE que la normativa nacional impidió completamente que la cláusula controvertida en el litigio principal surtiera efectos respecto de los

¹³³ Asunto C-486/16. Auto del TJUE de 3 de julio de 2019, *Bankia y Alfredo Sánchez Martínez*, apdos. 42 y 43.

¹³⁴ *Ibid.*, apdo. 44.

¹³⁵ *Ibid.*, apdo. 45.

esposos Sánchez Martínez y Sánchez Triviño, tal y como demuestra el hecho de que la primera demanda de ejecución hipotecaria, basada en esa cláusula, fuera desestimada.

También observa el TJUE que la normativa española no vulnera el principio de efectividad por el mero hecho de que permite que un establecimiento de crédito presente una demanda de ejecución hipotecaria con arreglo al artículo 693.2 LEC en su versión posterior a la firma del contrato al que se refiere el litigio principal, ya que, en tal circunstancia, las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado ¹³⁶.

Finaliza el TJUE manifestando que en ese contexto el hecho de que el ordenamiento jurídico español no reconozca fuerza de cosa juzgada a la resolución de primera instancia por la que se desestimó la primera demanda de ejecución hipotecaria no menoscaba el principio de efectividad del Derecho de la Unión, en la medida en que la demanda de ejecución hipotecaria pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente no tiene su fundamento en la cláusula abusiva en cuestión, sino en la nueva redacción de la disposición legal que había inspirado esa cláusula y tal sustitución llevada a cabo por el juez nacional es conforme con el Derecho de la Unión, siempre que concurren las circunstancias mencionadas en el apartado 40 del auto que a su vez se remite a lo dicho por el TJUE en la sentencia *Abanca Corporación Bancaria* ¹³⁷.

La conclusión del TJUE es que el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 y el principio de efectividad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario, y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución previa que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada ¹³⁸.

Comentarios. Cabe señalar, en primer lugar, la particularidad de la pregunta planteada según la reformulación efectuada por el TJUE. Se pregunta por la interpretación del artículo 7.1 de la Directiva 93/13 y el principio

¹³⁶ *Ibid.*, apdo. 48.

¹³⁷ *Ibid.*, apdo. 49.

¹³⁸ *Ibid.*, apdo. 50.

de efectividad en cuanto a que si se oponen, no ya a una disposición de Derecho nacional o a una postura de la jurisprudencia nacional, sino a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución.

Es indudable el esfuerzo del TJUE por sacar adelante esta cuestión a pesar de su carácter enrevesado, excesivamente vinculado a la interpretación de Derecho interno más que al Derecho de la Unión.

Para tener una amplia visión de este asunto, resulta de interés el examen de las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar¹³⁹. Así, en ellas, configura las dos etapas del proceso de control de las cláusulas abusivas por parte del juez nacional, la primera constituida por la calificación de la cláusula contractual como abusiva y la segunda etapa referida a las consecuencias que debe extraer el juez nacional de la apreciación del carácter abusivo de la cláusula¹⁴⁰. Así mismo, el Abogado General explica cómo la entidad bancaria solicitó en dos ocasiones el despacho de la ejecución y es en el marco del segundo procedimiento de ejecución donde se suscita la cuestión, ya que según el órgano jurisdiccional remitente el auto de la Audiencia Provincial parece tener acomodo en la sentencia del Tribunal Supremo número 705/2015, de 23 de diciembre (ES: TS:2015:5618), confirmada por la número 79/2016, de 18 de febrero (ES: TS:2016:626). El Abogado General viene a indicar que el juzgado de instancia de Alicante alberga dudas acerca de la conformidad de la interpretación del Tribunal Supremo en sus sentencias citadas y del auto de la Audiencia Provincial de Alicante que sigue a aquellas.

Expone el Abogado General su disconformidad con el planteamiento del Gobierno español según el cual la primera ejecución hipotecaria fue iniciada con fundamento en la cláusula de vencimiento anticipado abusiva mientras que el segundo procedimiento se inició sobre la base del artículo 693, apartado 2, de la LEC, con arreglo a la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Tribunal Supremo¹⁴¹.

Este punto se convierte, a la postre, en clave para la decisión del TJUE, puesto que en el apartado 43 del auto que resuelve el asunto, el TJUE da la razón expresamente a la alegación del Gobierno español¹⁴². Por tanto, el

¹³⁹ Asunto C-486/16. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 13 de septiembre de 2018.

¹⁴⁰ *Ibid.*, apdo. 37.

¹⁴¹ Asunto C-486/16. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 13 de septiembre de 2018, apdo. 52.

¹⁴² Auto del TJUE. Asunto *Bankia (contra Alfredo Sánchez Martínez)*, C-486/16. Apartado 43: «Por lo que se refiere a la demanda de ejecución hipotecaria pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente,

Abogado General era consciente a la hora de redactar sus conclusiones de la necesidad de contrarrestar los argumentos alegados sobre ese punto por el Gobierno español. No obstante haber desplegado una serie de razonamientos para tratar de convencer al TJUE, el Abogado General no consiguió su propósito. Es de reconocer el mérito de la Abogacía del Estado de nuestro Gobierno al imponer su tesis argumental, ello sin perjuicio de que nuestra postura sea más cercana a la del Abogado General que a la del Gobierno español.

Así, el Abogado General sostiene con varios argumentos que el hecho de que la entidad bancaria haya esperado al impago de 38 mensualidades para interponer la ejecución hipotecaria no debe tenerse en cuenta a la hora de calificar la cláusula como abusiva. También evidencia que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado tendría como consecuencia que la ejecución hipotecaria no podría iniciarse o que en caso de haberse iniciado no podría continuar, considerando también que la aplicación de un mínimo de tres plazos mensuales fijado en el artículo 693 LEC equivaldría de facto a permitir que los jueces nacionales modificaran dicha cláusula¹⁴³.

El Abogado General presenta dos argumentos más en favor de su tesis de sostener la disconformidad con el Derecho de la Unión de la postura de la Audiencia Provincial de Alicante que a su vez sigue las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016. En cuanto al primero de ellos, señala el Abogado General que infringiría el principio de efectividad una interpretación del Derecho procesal nacional aplicable que no permitiese al juzgado de instancia dejar sin aplicación la cláusula de vencimiento anticipado por el hecho de que este órgano jurisdiccional quedase vinculado por la segunda resolución, contraria al Derecho de la Unión, del tribunal de apelación. Entiende el Abogado General que en esa situación el consumidor seguiría vinculado por una cláusula abusiva por lo que le resultaría imposible o excesivamente difícil hacer valer sus derechos¹⁴⁴.

Un último argumento formulado por el Sr. Szpunar alude al hecho de que la cuestión prejudicial no se refiere al principio de fuerza de cosa juzgada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sujeto al ordenamiento jurídico español, sino más bien a la obligación que recaería sobre un órgano jurisdiccional inferior de seguir las instrucciones de un órgano jurisdiccional superior en

parece que, tal como ha alegado el Gobierno español, no se fundamenta en la cláusula abusiva incluida en el contrato de préstamo controvertido en el litigio principal, sino en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, tal como quedó redactado en una versión posterior a la firma de ese contrato y tal como lo ha interpretado el Tribunal Supremo».

¹⁴³ Asunto C-486/16, conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar, apdo. 55.

¹⁴⁴ *Ibid.*, apdo. 61.

el marco de la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión necesarias para resolver un litigio. Ante esa situación defiende el Abogado General que lo que procede es someter la cuestión al TJUE si considera el juzgado de la instancia que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho de la Unión. A pesar de la extensa argumentación expuesta por el Abogado General, el TJUE resuelve en contra de su tesis y establece que el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 y el principio de efectividad no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada.

Es de tener en cuenta que las conclusiones del Abogado General en los cuatro asuntos conectados fueron presentadas el 13 de septiembre de 2018 mientras que la sentencia del TJUE en el asunto *Abanca Corporación Bancaria* fue dictada el 26 de marzo de 2019 y los tres autos fueron pronunciados el 3 de julio de 2019, es decir, la resolución de estos estaba bastante condicionada por lo dicho anteriormente en *Abanca Corporación Bancaria*.

El auto que ahora comentamos aporta novedades en relación con lo ya dicho en *Abanca Corporación Bancaria* y supone un nuevo beneplácito del TJUE a la postura del Tribunal Supremo español.

Por ello, el Tribunal Supremo, en su importante sentencia número 463/2019, de 11 de septiembre (ES: TS:2019:2761), al resolver el recurso de casación en el que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar al asunto *Abanca Corporación Bancaria*, no se apoya únicamente en la sentencia del TJUE dictada en ese asunto, sino que también se apoya en varias ocasiones en el auto que ahora comentamos¹⁴⁵, confiriéndole gran relevancia.

¹⁴⁵ *Ibid.*, Fundamento de Derecho octavo, apartado 1, v: «[...] el ATTJUE de 3 de julio recaído en el asunto C-486/16, introduce algunas consideraciones adicionales, fundamentalmente las dos siguientes: a. Es posible que, si se cumplen los requisitos del artículo 693.2 LEC (tras su reforma por la Ley 1/2013), se pueda despachar ejecución hipotecaria, aunque en el contrato hubiera una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por resolución judicial firme, ya que “las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado”. b. No existe ningún elemento que permita dudar de la conformidad de la normativa nacional con el principio de efectividad».

A pesar de todos los argumentos presentados por el TJUE en este asunto que avalan la postura del Tribunal Supremo a la hora de permitir la ejecución hipotecaria, aunque sea abusiva la cláusula de vencimiento anticipado suscrita por las partes en el contrato de hipoteca –con los condicionantes impuestos por TJUE y TS–, nos vemos obligados a mostrar nuestra disconformidad con ese planteamiento.

En ese sentido, una parte de nuestra judicatura también ha expresado su discrepancia con la postura del Tribunal Supremo y un notable ejemplo de dicha discordancia ha sido constituido por el voto particular formulado por el magistrado del Tribunal Supremo Francisco Javier Orduña Moreno a la sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre, ya citada anteriormente. El mismo magistrado formuló voto particular en similares términos a la sentencia del Tribunal Supremo número 79/2016, de 18 de febrero (ES: TS:2016:626).

Son muchos los argumentos en los que se puede apoyar esa discrepancia. Como dice en su voto particular Francisco Javier Orduña, «el artículo 693.2 LEC parte de supuestos de ejecución hipotecaria de títulos no judiciales con relación a específicas cláusulas de vencimientos anticipados expresamente contempladas en los títulos constitutivos de las garantías hipotecarias, según la propia previsión literal del precepto. Lo contrario, también sería hurtarle al deudor de un necesario pronunciamiento judicial al respecto, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva»¹⁴⁶. Configurar la ejecución no en base a la cláusula pactada por las partes –que es considerada abusiva y, por tanto, nula–, sino en base a un precepto legal que además presupone la existencia de convenio entre las partes¹⁴⁷ –que no existe como tal– es muy discutible y, además, podría atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor-deudor-ejecutado, teniendo asimismo en cuenta que la versión aplicable del precepto en cuestión no estaba en vigor a la fecha de suscripción del préstamo hipotecario, lo que pone en evidencia, entre otros aspectos, el derecho de defensa del ejecutado.

Ese aspecto de la tesis que sostiene el TJUE es bastante censurable de la misma forma que lo son otros puntos de esta. El propio TJUE desde la sentencia *Abanca Corporación Bancaria* literalmente declara:«[...]no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha

¹⁴⁶ Apartado segundo, número 4 del voto particular del magistrado Sr. Orduña a la STS de 23 de diciembre de 2015.

¹⁴⁷ El artículo 693.2 LEC recoge tanto en la versión vigente cuando se firmó el contrato de préstamo como en la versión posterior: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiera convenido el vencimiento total [...]» (Negrita y subrayado son nuestros).

cláusula, *aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato* [...]. Por tanto, si no hay convenio entre las partes, puesto que, por un lado, la cláusula que articulaba dicho convenio ya no existe como tal al haber sido declarada nula y, por otro, no existe un nuevo convenio entre las partes, en situación irreconciliable en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, ¿dónde está el convenio al que alude el TJUE? Y, si no existe tal convenio, ¿puede mantenerse la premisa del TJUE? Creemos que no.

También nos preguntamos cómo puede fundamentarse una demanda de ejecución en el artículo 693.2 LEC según una versión posterior a la vigente cuando fue suscrito el préstamo hipotecario tal y como sostiene el TJUE. Pero, además, procesalmente, nos cuesta entender que una demanda de ejecución hipotecaria no se fundamente en el título suscrito entre deudor y acreedor, sino que se fundamente en el artículo 693.2 LEC.

Caso 57. CDT¹⁴⁸: La cláusula de vencimiento anticipado en el marco de un contrato de préstamo personal: el principio de seguridad jurídica frente a la doctrina de la no integración de la sentencia *Banco Español de Crédito*.

Hechos. La petición de cuestión prejudicial es formulada en el marco de un recurso de apelación instado por una entidad financiera contra la resolución de un juzgado de instancia que desestimó la demanda de ejecución de un préstamo personal al considerar abusiva la cláusula en virtud de la cual se podía declarar el vencimiento anticipado del préstamo y reclamar la totalidad de la deuda en caso de falta de pago de una única cuota mensual¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Asunto C-321/20. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de febrero de 2021. CDT, S. A. contra MIMR, HRMM. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de Barcelona. EU: C:2021:98. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar, al que le fue asignado.

¹⁴⁹ Mediante contrato celebrado el 1 de agosto de 2013, CDT (Credit de Terrassa, S. A.) concedió a MIMR un préstamo personal por un importe de 5.133 euros, que debía ser devuelto en 6 años y que fue afianzado por HRMM. En virtud de la condición general tercera a) de ese contrato, se podía declarar el vencimiento anticipado del préstamo y reclamar la totalidad de la deuda en caso de falta de pago de una única cuota mensual. Tras constatar que se habían dejado de pagar seis cuotas mensuales, CDT liquidó el préstamo y presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell (Barcelona) para reclamar el pago de las cuotas mensuales no satisfechas y el resto del capital. La demanda fue desestimada porque el órgano jurisdiccional de primera instancia declaró nula, por abusiva, la condición general tercera a) del contrato al que se refería el litigio principal. CDT interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, alegando, en particular, que no hizo un uso abusivo de esta cláusula, ya que no declaró el vencimiento anticipado del contrato de préstamo hasta que se dejaron de pagar seis cuotas mensuales. En el auto de remisión, la sección 16 de la A. P. de Barcelona –constituida por un solo magistrado– explica que según el criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Supremo en el año 2020, es abusiva una cláusula que permite el vencimiento anticipado de un contrato de préstamo por falta de pago de una sola cuota mensual, sin que exista ningún criterio legal o jurisprudencial que sirva para determinar, en relación con los contratos de préstamo personales, el número de cuotas mensuales impagadas a partir del cual el prestamista puede válidamente declarar el vencimiento anticipado del préstamo. La A. P. de Barcelona

La Audiencia Provincial de Barcelona formuló tres preguntas. El TJUE contestó conjuntamente las cuestiones prejudiciales primera y tercera, entendiendo que lo que quiere saber el órgano jurisdiccional es si el Derecho de la Unión, en particular el principio de seguridad jurídica, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional se abstenga de aplicar una disposición de Derecho nacional que le permite integrar una cláusula abusiva de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor en una situación en la que esta disposición, declarada contraria al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 por la sentencia *Banco Español de Crédito*, no había sido modificada legislativamente con arreglo a esa sentencia en el momento en que se celebró el contrato.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente preguntó, fundamentalmente, si el principio de seguridad jurídica debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional que ha declarado el carácter abusivo de una cláusula contractual, conforme al artículo 3 de la Directiva 93/13, integrar el contenido de esta cláusula y no suprimirla.

Doctrina. En relación a las cuestiones primera y tercera, el TJUE comienza exponiendo varias premisas. Por un lado, que la norma del Derecho de la Unión interpretada a través del mecanismo del artículo 267 TFUE puede y debe ser aplicada por el juez incluso a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos

recuerda, asimismo, que CDT no hizo un uso abusivo de la cláusula tercera a) del contrato al que se refiere el litigio principal, de modo que cabría considerar que esta cláusula puede integrarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción vigente en el momento de la celebración de este contrato. No obstante, la A. P. de Barcelona señala que, en su sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponía al reconocimiento a favor del juez nacional de tales facultades moderadoras. Si bien, posteriormente, el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios fue modificado por la Ley 3/2014 para ajustar esta disposición a lo declarado en la sentencia citada, esta modificación únicamente afectaba a los contratos celebrados a partir del 13 de junio de 2014. Según indica el órgano jurisdiccional remitente, los tribunales nacionales interpretan este artículo 83 de modo conforme a la citada sentencia respecto de los contratos celebrados antes de esa fecha, como es el caso del contrato al que se refiere el litigio principal, pero la A. P. de Barcelona se plantea si tal interpretación es posible. Por último, la A. P. de Barcelona indica que podría interpretarse que el principio de seguridad jurídica se opone a la supresión por completo de una cláusula de vencimiento anticipado que ha sido declarada abusiva cuando, en el momento de la celebración del contrato en cuestión, no había un criterio legal o jurisprudencial que determinara el número mínimo de cuotas mensuales no pagadas a partir del cual el prestamista podía declarar vencido anticipadamente el préstamo. Según ese órgano jurisdiccional, tal supresión, por una parte, sería contraria a la certeza que deben tener las empresas en la contratación y, por otra parte, tendría importantes efectos económicos perjudiciales para estas últimas. El órgano jurisdiccional remitente también se pregunta si el principio de seguridad jurídica se opone a la aplicación retroactiva de la interpretación de una disposición de Derecho nacional que fue aprobada para hacer conforme ese Derecho con el Derecho de la Unión.

jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma y que una sentencia prejudicial no tiene un valor constitutivo, sino puramente declarativo, con la consecuencia de que sus efectos se remontan, en principio, a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada.

Por ello, la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, tal como la efectuó el Tribunal de Justicia en la sentencia *Banco Español de Crédito*, se aplica, en principio, a partir de la entrada en vigor de esta Directiva y, en particular, a las cláusulas de los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994, en virtud del artículo 10, apartado 1, de esta Directiva. También recuerda el TJUE que una sentencia dictada en un procedimiento prejudicial por el Tribunal de Justicia vincula al juez nacional, por lo que se refiere a la interpretación o a la validez de los actos de las instituciones de la Unión Europea de que se trate, para la resolución del litigio principal, de lo que se desprende que el órgano jurisdiccional remitente está vinculado, para resolver el litigio principal, por la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 llevada a cabo por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Banco Español de Crédito*.

A ello se añade que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que esta prevé en el plazo fijado para ello por el legislador de la Unión, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las autoridades judiciales. El TJUE hace una referencia a la doctrina de la interpretación conforme y a la prohibición de la interpretación *contra legem* del Derecho nacional. También precisa que los órganos jurisdiccionales nacionales deben modificar su jurisprudencia reiterada si se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. Afirma el TJUE que la aplicación del principio de seguridad jurídica, tal como la contempla el órgano jurisdiccional remitente, no puede permitir que se aplique un criterio jurisprudencial nacional que no es conforme con la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 realizada por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Banco Español de Crédito*. El TJUE se refiere al hecho de que el legislador español modificó el artículo 83 LGDCU con el fin de adecuar esta disposición a la sentencia *Banco Español de Crédito*, con posterioridad a la celebración del contrato al que se refiere el litigio principal y que, tras dictarse esa sentencia, muchos órganos jurisdiccionales españoles interpretaron el artículo 83 LGDCU con arreglo a *Banco Español de Crédito*, pese a que dicho artículo aún no había sido objeto de la citada modificación legislativa. En ese punto, indica el TJUE que corresponde al tribunal remitente

examinar si puede hacerse efectivamente una interpretación de ese mismo artículo conforme a la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, extraer las correspondientes consecuencias jurídicas. En conclusión, declara el TJUE que el Derecho de la Unión, en particular el principio de seguridad jurídica, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el juez nacional se abstenga de aplicar una disposición de Derecho nacional que le permite integrar una cláusula abusiva de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor en una situación en la que esta disposición, declarada contraria al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 por la sentencia *Banco Español de Crédito*, aún no había sido modificada legislativamente con arreglo a esa sentencia en el momento en que se celebró el contrato¹⁵⁰.

Con relación a la segunda cuestión prejudicial, recuerda el TJUE que con arreglo al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello, aludiendo también a las premisas ya establecidas en *Banco Español de Crédito* sobre la no integración. Deja claro el TJUE que la aplicación del principio de seguridad jurídica, tal como la contempla el órgano jurisdiccional remitente, sería contraria a la protección que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 confieren a los consumidores¹⁵¹.

Centrándose en la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE reitera que no cabe la conservación parcial de una cláusula abusiva¹⁵².

Finalmente, responde a la segunda cuestión prejudicial declarando que el principio de seguridad jurídica debe interpretarse en el sentido de que no

¹⁵⁰ Asunto C-321. Auto del TJUE de 4 de febrero de 2021, *CDT*, apdos. 24 a 33.

¹⁵¹ *Ibid.*, apdos. 35 a 41.

¹⁵² También recuerda las premisas ya establecidas en *Abanca Corporación Bancaria* y en los autos de 3 de julio de 2019, si bien solo hace referencia a uno de estos asuntos, concretamente al auto dictado en el asunto *Bankia* –C-92/16–. En ese sentido, afirma que en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no pueda subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, no se desprende que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se oponga a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que representen para este una penalización.

Como declaró en las resoluciones mencionadas, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo, si la supresión de la cláusula controvertida en el litigio principal tendría como consecuencia que el contrato de préstamo no pudiera subsistir. En tal supuesto, corresponderá a ese órgano jurisdiccional examinar si la anulación del contrato de préstamo expondría a los consumidores de que se trata a consecuencias especialmente perjudiciales. De igual manera, señala que, si el órgano remitente llega a la conclusión de que el contrato de préstamo en cuestión puede subsistir sin la cláusula abusiva controvertida en el litigio principal, deberá, abstenerse de aplicar dicha cláusula, salvo que el consumidor se oponga a ello.

permite al juez nacional que ha declarado el carácter abusivo de una cláusula contractual, conforme al artículo 3 de la Directiva 93/13, integrar el contenido de esta cláusula, de modo que ese órgano jurisdiccional está obligado a abstenerse de aplicar dicha cláusula. No obstante, los artículos 6 y 7 de esta Directiva no se oponen a que el juez nacional sustituya tal cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que el contrato de préstamo en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de esta cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente ¹⁵³.

Comentarios. Tratándose de un préstamo personal no garantizado con hipoteca el título objeto de ejecución en el pleito principal, el TJUE reitera lo dicho en *Abanca Corporación Bancaria* y en los tres autos de 3 de julio de 2019. Por tanto, el TJUE establece las dos premisas «clásicas» para la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional: imposibilidad de subsistencia del contrato de préstamo sin la cláusula de vencimiento anticipado abusiva y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, correspondiendo al juez nacional la comprobación de la concurrencia de ambas premisas.

Así mismo, el TJUE señala que el principio de seguridad jurídica no se opone a que el juez deje sin aplicar el artículo 83 LGDCU en su antigua redacción aun cuando la nueva redacción de este no haya entrado en vigor a la fecha de celebración del contrato. Sin embargo, observamos que el TJUE no prohíbe la aplicación del artículo 83 en su antigua redacción —la que permitía la integración y era contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13—, sino que señala que corresponde al tribunal remitente examinar si puede hacerse una interpretación de esa disposición conforme a la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, extraer las correspondientes consecuencias jurídicas. Aunque no lo haya dicho el TJUE, parece que en el supuesto de que no quepa la posibilidad de realizar una interpretación del artículo 83 LGDCU —en su antigua redacción— conforme a la Directiva 93/13, lo procedente sería dejar inaplicada dicha disposición (art. 83 LGDCU en su redacción anterior) a fin de que sea aplicado el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión.

Nos llama la atención el planteamiento del órgano jurisdiccional remitente, en este caso la sección decimosexta de la A. P. de Barcelona, constituida por

¹⁵³ *Ibid.*, apdos. 42 a 46.

un solo magistrado, que denota una particular visión del Derecho de la Unión en el marco de las relaciones de consumidores ¹⁵⁴.

El magistrado que plantea la remisión prejudicial cuestiona si una sentencia del TJUE que interpreta y aplica una directiva de la Unión y considera que una ley interna es opuesta a la directiva debe dejar sin efecto inmediatamente la ley interna o bien debe continuarse aplicando la ley interna en las relaciones entre particulares hasta que sea modificada por el legislador nacional. Solicita que el TJUE responda esa cuestión de forma genérica o bien en relación con los efectos de *Banco Español de Crédito* sobre el artículo 83 LGDCU. Del contenido del auto de remisión se deduce que dicho órgano judicial tiene la convicción de que la aplicación inmediata de la interpretación dada por la sentencia vulnera el principio de seguridad jurídica. La cuestión de fondo tiene una notable complejidad jurídica, puesto que se trata de valorar cuándo estamos ante una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, cuándo pueden interpretarse las disposiciones de Derecho nacional de manera que puedan aplicarse de conformidad con la Directiva 93/13 o cuándo, si la interpretación conforme es imposible, debe dejar inaplicados los preceptos del Derecho nacional que sean contrarios a la Directiva 93/13 y al principio de protección de los consumidores ¹⁵⁵. El TJUE resuelve el problema basándose en la sentencia *DI* ¹⁵⁶ que fue dictada en Gran Sala relativa a un ámbito completamente diferente, la Directiva 2000/78/CE

¹⁵⁴ Como ejemplo de dicha visión reproducimos el último párrafo del apartado 23 del auto de remisión de 30 de junio de 2020 (ES: APB:2020:8835A) al referirse la sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona a los efectos de la sentencia *Banco Español de Crédito* en relación con el contenido del artículo 83 LGDCU declarado incompatible con el Derecho de la Unión por dicha sentencia del TJUE:

«Una interpretación según la cual una sentencia que interpreta y aplica una directiva produce una modificación directa en la legislación de los estados es, a mi juicio, algo de una gran importancia. Supone que una sentencia tiene más eficacia y más valor jurídico que la propia directiva que interpreta y aplica, porque una directiva no produce la modificación del ordenamiento jurídico interno de los estados, como resulta de lo dispuesto en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esa interpretación, que es la que se está haciendo en España, transmite un mensaje extraordinariamente nocivo a mi modo de ver: aunque una empresa contrate hoy conforme a una ley vigente, si en el futuro esa ley se considera contraria a una directiva de la Unión, la empresa podrá verse perjudicada de una forma económicamente sustancial».

¹⁵⁵ El órgano remitente no llega a profundizar en dicha cuestión quedándose en el principio de seguridad jurídica y en el problema –según dicho órgano judicial– de que: «aunque una empresa contrate hoy conforme a una ley vigente, si en el futuro esa ley se considera contraria a una directiva de la Unión, la empresa podrá verse perjudicada de una forma económicamente sustancial» (último párrafo del apartado 23 del auto de remisión). Quizá un enfoque más profundo por parte del órgano remitente hubiera sido que en un litigio entre particulares existe un conflicto entre una disposición de Derecho interno y una directiva que no permite la aplicación del principio de interpretación conforme dados los límites de este y la imposibilidad de una interpretación *contra legem*, teniendo además en cuenta la posibilidad del particular de reclamar responsabilidad al Estado por el incumplimiento del Derecho de la Unión cuando la directiva se ha adaptado incorrectamente.

¹⁵⁶ Asunto C 441/14, STJUE (Gran Sala) de 19 de abril de 2016, *DI*. Dansk Industri (DI) contra Sucesion Karsten Eigil Rasmussen. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Dinamarca. EU: C:2016:278.

relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y el principio de no discriminación por razón de la edad. Con apoyo en dicha sentencia el TJUE declara que la exigencia de la interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. También afirma el TJUE que la aplicación del principio de seguridad jurídica no puede permitir que se aplique un criterio jurisprudencial que no es conforme con la interpretación del artículo 6.1 Directiva 93/13 realizada en *Banco Español de Crédito*. Partiendo de esas premisas, llega a la conclusión de que el principio de seguridad jurídica debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el juez nacional se abstenga de aplicar una disposición de Derecho nacional que le permite integrar una cláusula abusiva, aun cuando la disposición declarada contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 por *Banco Español de Crédito* no había sido modificada en el momento de celebración del contrato (apdo. 33). A pesar de esta declaración final, en su recorrido el TJUE deja margen para la duda cuando afirma en el apartado anterior que «corresponde al tribunal remitente examinar si puede hacerse efectivamente una interpretación del artículo 83 LGDCU conforme a la Directiva 93/13 y en caso afirmativo extraer las correspondientes consecuencias judiciales» (apdo. 32).

Parece que en ese escenario en el que confluyen el principio del Derecho de la Unión de protección de consumidores, la «doctrina de no integración» de las cláusulas abusivas, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, la interpretación dada a esta disposición por la sentencia *Banco Español de Crédito* e incluso –y aunque no se mencione– el artículo 4 bis de la LOPJ¹⁵⁷ frente al artículo 83 LGDCU en su redacción antigua, esta última disposición debe resultar inaplicable por el juez nacional.

A nuestro juicio, en la resolución comentada hubiera cabido una explicación didáctica por parte del TJUE de la aplicación de sus resoluciones por los jueces nacionales en supuestos en los que el legislador nacional no ha adaptado sus disposiciones a lo declarado por el TJUE, con un desarrollo del método de la interpretación conforme como una de las consecuencias del principio de primacía, tratándose además en este asunto de la aplicación de la «doctrina de la no integración» que pasa por ser uno de los puntales esenciales para el funcionamiento de la Directiva 93/13¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Artículo 4 bis de la LOPJ: «1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

¹⁵⁸ Al margen del contenido del auto comentado, hemos de hacer una observación crítica en cuanto a la información proporcionada por el TJUE sobre las cuestiones prejudiciales resueltas y cuya problemática

Caso 58. *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest* ¹⁵⁹: Interpretación de *Banco Primus* a petición del Tribunal de casación francés en relación con una cláusula de vencimiento anticipado de contrato de préstamo, sin requerimiento previo, por retraso superior a treinta días en el pago de una cuota de principal, de los intereses o de las cantidades accesorias.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de un procedimiento judicial entre un consumidor y una entidad bancaria en relación con el embargo de la vivienda habitual del consumidor tras la declaración del vencimiento anticipado del contrato de préstamo por parte del profesional ¹⁶⁰.

Mediante la cuarta cuestión prejudicial, que fue examinada en primer lugar por el TJUE, el tribunal remitente quería saber si la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus* (C-421/14, EU: C:2017:60), debe interpretarse

se constata al estudiar la presente resolución. Dentro de las informaciones facilitadas por el TJUE sobre este asunto se limita a señalar que es una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona mediante auto de 30 de junio de 2020, sin especificar la sección de la A. P. que la ha elevado. Si queremos analizar el auto de remisión de forma detallada y acudimos a CENDOJ (la base de datos del CGPJ) figuran 52 autos de la AP de Barcelona con esa fecha, lo que nos obliga a realizar ulteriores búsquedas dentro de esas 52 resoluciones para poder encontrar el auto de remisión y poder examinar su contenido originario. Es evidente que el TJUE debería facilitar, al menos, la sección de la A. P. que ha elevado la cuestión para facilitar la labor de investigación.

¹⁵⁹ Asunto C-600/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de diciembre de 2022. QE contra Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Casación de Francia. EU: C: 2022:980 El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Medina a la que le fue asignado.

¹⁶⁰ Mediante escritura notarial de 17 de mayo de 2006, la entidad bancaria concedió al consumidor un préstamo para la compra de un inmueble por un importe de 209.109 euros reembolsable en 20 años. Las condiciones generales del contrato de préstamo establecían que la entidad bancaria podría declarar el vencimiento anticipado del contrato de préstamo, lo que haría inmediatamente exigibles las cantidades adeudadas, sin formalidad ni requerimiento, en caso de retraso superior a 30 días en el pago de una cuota del principal, de los intereses o de las cantidades accesorias. Por otra parte, el contrato de préstamo también establecía la posibilidad de que el consumidor solicitara una modificación de las fechas de vencimiento que le permitiera, en su caso, prevenir un riesgo de impago. Al no haberse abonado el plazo exigible el 10 de diciembre de 2012, por importe de 904,50 euros, ni el del mes de enero de 2013, la entidad bancaria declaró el vencimiento anticipado del contrato de préstamo el 29 de enero de 2013 sin requerimiento previo, de conformidad con el contrato controvertido en el litigio principal, y procedió al embargo de la vivienda habitual del consumidor el 17 de septiembre de 2015. Alegando que la diligencia de embargo contenía irregularidades, el 13 de octubre de 2015 el consumidor solicitó al juez de ejecución la anulación del procedimiento de embargo. El consumidor interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente contra la sentencia dictada el 3 de octubre de 2019 por el Tribunal de Apelación de Versalles en la que esta no reconocía el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado del contrato controvertida en el litigio principal. El consumidor sostenía, en particular, que la cláusula de dicho contrato que establecía la dispensa de efectuar un requerimiento constituía una cláusula abusiva habida cuenta de los criterios señalados en la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*. El Tribunal de Casación francés tiene dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión y plantea la correspondiente cuestión prejudicial.

en el sentido de que los criterios que señala para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, a efectos del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, en particular el criterio del desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato que dicha cláusula causa en detrimento del consumidor, son acumulativos o alternativos.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 3.1 y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que un retraso superior a 30 días en el pago de una cuota de un préstamo puede, habida cuenta de la duración y la cuantía del préstamo, constituir por sí solo un incumplimiento suficientemente grave del contrato de préstamo con arreglo a la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.

Mediante las cuestiones prejudiciales primera y tercera, que son examinadas conjuntamente por el TJUE, este entiende que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 3.1 y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que las partes de un contrato de préstamo incluyan en él una cláusula contractual que establezca, de forma expresa e inequívoca, que puede declararse de pleno derecho el vencimiento anticipado de ese contrato en caso de retraso superior a un plazo determinado en el pago de una cuota.

Doctrina. En relación con la respuesta a la cuarta pregunta, parte el TJUE explicando que en el apartado 66 de la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus* (C-421/14, EU: C:2017:60), constató, en esencia, que, para determinar si una cláusula contractual causa un desequilibrio importante en detrimento del consumidor, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, el órgano jurisdiccional nacional deberá examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tenga un carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. Aclara el TJUE que no se desprende de dicho apartado 66 que los criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual

relativa al vencimiento anticipado por incumplimiento de las obligaciones del deudor durante un período limitado sean acumulativos o alternativos y que dichos criterios no son exhaustivos al haber incluido la expresión «en particular». Con respecto a *Banco Primus*, también se refiere el TJUE a que la valoración sobre la existencia del importante desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato debe realizarse teniendo en cuenta, en particular, todas las circunstancias que concurren en su celebración. Considera el TJUE que calificar esos criterios como acumulativos o alternativos equivaldría a restringir ese examen del órgano jurisdiccional nacional. Se remite el TJUE a la expresión contenida en el artículo 4.1 «todas las circunstancias» para señalar que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que el profesional podía conocer en la fecha de celebración del contrato de que se trate y que podían influir en la ulterior ejecución de este, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que solo se manifieste mientras se ejecuta el contrato.

Resuelve esta pregunta el TJUE afirmando que la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, debe interpretarse en el sentido de que no puede entenderse que los criterios que señala para la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, en particular el criterio del desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato que esa cláusula cause en detrimento del consumidor, sean acumulativos ni alternativos, sino que debe entenderse que forman parte del conjunto de circunstancias que concurren en la celebración del contrato de que se trate, que el juez nacional deberá examinar para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ¹⁶¹.

En relación con la segunda cuestión prejudicial, observa el TJUE que su labor ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula de que se trate. Remitiéndose a *Banco Primus*, declara el TJUE que incumbe al órgano jurisdiccional nacional examinar, en particular, si habida cuenta de la duración y del importe del préstamo el incumplimiento reprochado al deudor es de tal gravedad que justifica la facultad del prestamista de declarar el vencimiento del préstamo, haciendo inmediatamente exigibles las cantidades adeudadas. Por tanto, no cabe excluir que un órgano jurisdiccional

¹⁶¹ Asunto C-600/21. STJUE de 8 de diciembre de 2022, *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest*, apdos. 29 a 35.

nacional pueda llegar a la conclusión de que un retraso de más de 30 días en el pago de una única cuota del principal, de los intereses o de las cantidades accesorias constituye un incumplimiento suficientemente grave del contrato.

De esta forma, el TJUE responde a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 3.1 y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que un retraso superior a 30 días en el pago de una cuota de un préstamo puede, en principio, habida cuenta de la duración y la cuantía del préstamo, constituir por sí solo un incumplimiento suficientemente grave del contrato de préstamo con arreglo a la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus* ¹⁶².

Con respecto a las preguntas primera y tercera, analizadas conjuntamente por el TJUE, en primer lugar, recordando el contenido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia señala que la circunstancia de que la cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no se haya negociado individualmente permite al órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda en este sentido examinar el carácter abusivo de tal cláusula con arreglo a las funciones que le corresponden en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 y que la mera circunstancia de que una cláusula contenga una obligación expresa e inequívoca no podrá sustraerla al control de su carácter abusivo con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, sin perjuicio de la aplicabilidad del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva. Parte el TJUE del contenido literal del artículo 4.2, recordando que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato mientras que no están incluidas en dicho concepto las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual. Señala el TJUE que no parece que la cláusula controvertida en el litigio principal esté comprendida en el concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente. Por otra parte, para determinar si una cláusula que confiere al profesional la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el órgano jurisdiccional nacional deberá examinar el conjunto de circunstancias que concurran en la celebración del contrato de que se trate, incluyendo si esa facultad constituye una excepción a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional

¹⁶² *Ibid.*, apdos. 38 a 41.

podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Argumenta el TJUE que, en este contexto, el órgano jurisdiccional nacional deberá comprobar también si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Concluye el TJUE que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que los artículos 3.1 y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la aplicabilidad del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva, se oponen a que las partes de un contrato de préstamo incluyan en él una cláusula que establezca, de forma expresa e inequívoca, que puede declararse de pleno derecho el vencimiento anticipado de ese contrato en caso de retraso superior a un plazo determinado en el pago de una cuota, en la medida en que dicha cláusula no se haya negociado individualmente y cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato¹⁶³.

Comentarios. El Tribunal de Justicia llega a diversas conclusiones en este asunto, algunas de las cuales constituyen interpretaciones de otra sentencia emitida por el propio tribunal, la sentencia *Banco Primus* de 26 de enero de 2017. En primer lugar, declara el TJUE que dicha sentencia debe interpretarse en el sentido de que los criterios que señala para la apreciación del carácter abusivo de una cláusula, en particular, el criterio del desequilibrio importante, no se entienden como que sean acumulativos ni alternativos, sino que deben entenderse que forman parte del conjunto de circunstancias que concurren en la celebración del contrato de que se trate, que el juez nacional deberá examinar para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual. Por tanto, no puede hablarse de criterios acumulativos ni alternativos, sino de un examen en conjunto. En el apartado 3) del fallo de *Banco Primus* lo que decía el TJUE al respecto era que el examen para determinar si la cláusula causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión y todas las circunstancias que concurren en su celebración. Parece evidente que en *Banco Primus* el TJUE facilita unas orientaciones para llevar a cabo el juicio

¹⁶³ *Ibid.*, apdos. 43 a 51.

de abusividad que enriquecen la propia dicción literal del artículo 4.1 de la Directiva 93/13 (naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, circunstancias concurrentes en la celebración y restantes cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa). Esos factores adicionales al artículo 4.1 se refieren a tener en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes (ya expuesto en *Constructora Principado*¹⁶⁴) y a los medios de que dispone el consumidor en la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas. Es evidente que no estamos ante una lista cerrada de criterios y que la perspectiva que adopta el Tribunal de Casación francés al realizar la pregunta («¿Son acumulativos o alternativos los cuatro criterios señalados por el Tribunal de Justicia [...] en su sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus[...]?» no parece adecuada a la mecánica del Tribunal de Justicia que se decanta por una ponderación de las circunstancias en juego y que se refiere a un examen del juez nacional, «en particular», teniendo en cuenta los criterios que enumera. En segundo lugar, el TJUE interpreta *Banco Primus* en el sentido de que un retraso superior a 30 días en el pago de una cuota de un préstamo puede, en principio, habida cuenta de la duración y la cuantía del préstamo, constituir por sí solo un incumplimiento suficientemente grave del contrato. No obstante, al responder, en tercer lugar, a las cuestiones primera y tercera, matiza lo dicho con anterioridad al declarar que los artículos 3.1 y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que las partes de un contrato de préstamo incluyan en él una cláusula que establezca, de forma expresa e inequívoca que puede declararse de pleno derecho el vencimiento anticipado de ese contrato en caso de retraso superior a un plazo determinado en el pago de una cuota, en la medida en que se trate de cláusula no negociada individualmente y cause desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, todo ello sin perjuicio de la aplicabilidad del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (es decir, que la cláusula se excluiría del juicio de abusividad si define el objeto principal del contrato—lo que no parece que suceda según el TJUE—, salvo si no es transparente). No parece haber sido excesivamente claro el Tribunal de Justicia al responder a ambas cuestiones. Parece que el juez nacional habrá de ponderar si la facultad de declarar el vencimiento por el impago de una cuota constituye o no una excepción a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas, a fin de comprobar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el Derecho nacional vigente. Echamos en falta un examen, siquiera

¹⁶⁴ As. C-226/12. STJUE de 16 de enero de 2014, *Constructora Principado*.

somero, del propio TJUE sobre la legislación nacional en la materia, como hace habitualmente. Así, al comprobar el marco jurídico establecido por el TJUE en la sentencia (apdos. 3 a 5) sorprende que únicamente haya especificado una disposición del Derecho francés –el artículo 132-1 del Código de consumo– que se refiere al concepto de cláusula abusiva.

Finalmente, nos gustaría realizar una breve mención al hecho de que el TJUE haya entrado a valorar –aunque lo haya hecho con suma prudencia– la cuestión de si la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota con retraso de un mes está comprendida o no en el concepto de objeto principal del contrato. El Tribunal de Justicia considera que «no parece» que esté comprendida en dicho concepto, «extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente» (apdo. 48). Nos parece reseñable esa valoración a fin de su relación con el asunto *Abanca Corporación Bancaria*¹⁶⁵. Como se recordará, en dicho asunto se dilucidaba sobre la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado por norma supletoria, requiriéndose a tal fin como una de las exigencias que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir sin la cláusula abusiva. Habida cuenta de que, a criterio del TJUE, la cláusula de vencimiento anticipado no parece que forme parte del objeto principal del contrato, podría deducirse que su exclusión no debería conllevar la anulación del contrato en su conjunto, sino que este puede subsistir sin dicha cláusula. Esta conclusión chocaría frontalmente con el criterio mantenido por el Tribunal Supremo al elevar la cuestión prejudicial y que, en definitiva, fue decisiva para la solución dada finalmente en nuestro país por parte del Alto Tribunal a tan delicado problema. Es evidente que corresponde al tribunal nacional la valoración de la subsistencia o no del contrato sin la cláusula de vencimiento anticipado, pero llama la atención que en *Abanca Corporación Bancaria* el TJUE no entró en ningún tipo de disquisición sobre si formaba parte del objeto principal del contrato, probablemente para evitar que la situación generase problemas al Tribunal Supremo.

Finalmente, hemos de señalar que nuestro Tribunal Supremo ha interpretado *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest* en su reciente sentencia número 331/2023, de 28 de febrero (ES: TS:2023:768). En dicha resolución se hace eco de la afirmación del TJUE en el sentido de que los criterios de Banco Primus no deben interpretarse como cumulativos ni alternativos, sino que deben entenderse que forman parte del conjunto de circunstancias que concurren en la celebración del contrato y que el juez nacional deberá examinar, por lo que afirma el TS que «para que

¹⁶⁵ As. C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria*.

una cláusula de vencimiento anticipado supere los mencionados estándares debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación» (F. D. tercero, apartado 6, párrafo primero). Ello le sirve para apoyar la reiterada postura del TS en el sentido de que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución por el incumplimiento de un solo plazo debe ser reputada abusiva, al no vincularse a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. A esa conclusión alcanzada por el TS no obsta, como el propio TS indica, el hecho de que el TJUE señalara que un retraso superior de 30 días en el pago de una cuota de un préstamo, pueda, en principio, habida cuenta de la duración y la cuantía del préstamo, constituir por sí solo un incumplimiento suficientemente grave del contrato de préstamo, puesto que, como el TS observa, «esa declaración va precedida de otra que permite interpretar esa conclusión como una posibilidad, dentro del margen de apreciación del órgano judicial nacional, que no impide ni excluye una valoración distinta» (F. D. tercero, apartado 6, párrafo cuarto de la STS número 331/2023). Por tanto, sin mencionarlo expresamente, el TS deja entrever la posible contradicción en la que incurre el TJUE al efectuar ambas declaraciones, pero como órgano nacional encargado de la aplicación de las indicaciones del TJUE al caso concreto, las interpreta de la forma que considera más adecuada.

4.4 PUNTOS CONTROVERTIDOS ENTRE LOS PLANOS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL CON RESPECTO A LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS Y LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

La cláusula de interés moratorio ha generado un importante debate doctrinal en nuestro país. A este respecto, una parte de la doctrina ha criticado el contenido de *Banco Santander y Escobedo Cortés*. Ya antes, buena parte de la doctrina española había criticado la sentencia número 265/2015, de 22 de abril (ES: TS:2015:1723), dictada por la sala primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, a través de la cual formuló su consideración en el sentido de que la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora debía ser la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada. En palabras de Carballo

Fidalgo¹⁶⁶, el TS blinda su interpretación y su compatibilidad con la doctrina *Banco Español de Crédito* identificando el objeto de control de abusividad con los puntos porcentuales que el interés de demora añade al remuneratorio. Según Carballo Fidalgo, ello constituye, en sus efectos prácticos, una «reducción conservadora de la validez» o moderación judicial de la cláusula y el TS muta la naturaleza de los intereses, que pasarán a ser remuneratorios, lo que le fuerza a afirmar que no es obstáculo a su devengo el hecho de que la entidad prestamista haya ejercido su facultad de vencer anticipadamente el préstamo.

La misma autora afirma que la sentencia *Banco Santander y Escobedo Cortés* es uno de los pronunciamientos más desconcertantes en la materia y un auténtico revés respecto a la doctrina *Banco Español de Crédito*, y nos conduce a la paradoja de que, para respetar la aplicación de la doctrina de no integración y evitar la activación del artículo 1108 del Código Civil, acabemos admitiendo el pago en concepto de mora de unos intereses predispuestos por el prestamista que, sobre todo en el ámbito del crédito personal, podrán ser superiores al legal del dinero¹⁶⁷. Tiene razón Carballo Fidalgo al observar que el resultado obtenido en los supuestos de créditos personales será perjudicial para el consumidor, dado que en ese ámbito el interés remuneratorio es habitualmente superior al interés legal del dinero, que resultaría de aplicación en virtud del artículo 1108 del Código Civil. No obstante, la autora no difiere del TJUE en cuanto a su fallo, sino en cuanto a los motivos que lo sostienen, ya que cuando la autora se pregunta si la supresión total de los intereses moratorios abusivos ha de determinar que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato señala que la respuesta solo puede ser negativa¹⁶⁸. También subraya la significación del pronunciamiento sosteniendo que supone la consagración definitiva de la moderación en materia de intereses de demora abusivos hasta el límite en que las partes fijaron el precio del dinero¹⁶⁹.

En un sentido no excesivamente distante se expresa Pantaleón Prieto¹⁷⁰ que valora la sentencia *Banco Santander y Escobedo Cortés*, centrándose

¹⁶⁶ CARBALLO FIDALGO, M., «Intereses de demora y vencimiento anticipado del crédito hipotecario en el marco de la legislación sobre cláusulas abusivas y en la Ley de contratos de crédito inmobiliario», *Boletín del Ministerio de Justicia*, octubre 2020, núm. 2.234, p. 16.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 21.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁷⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., «De nuevo sobre los intereses moratorios abusivos en contratos de préstamo», *Almacén de Derecho* [blog], 26 septiembre 2018.

Disponible en <https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-los-intereses-moratorios-abusivos-en-contratos-de-prestamo> (última consulta: 8 de septiembre de 2023).

fundamentalmente en elogiar la doctrina del Tribunal Supremo y mostrándose crítico con la «doctrina de la no integración» del TJUE, es decir, la imposibilidad de integrar una cláusula abusiva. Así, afirma: «Quiero creer que llegará un día en el que el TJUE acabará por abandonar totalmente su “doctrina de la no integración”, aceptando que la función disuasoria de la predisposición de condiciones generales abusivas (más allá de mantener la prohibición de la “reducción conservadora de la validez” para no incentivarlas) puede y deber ser dejada al Derecho público sancionador [...]». Pantaleón Prieto alaba que, frente a la falta de intervención del legislador, el Tribunal Supremo a través de su doctrina sobre la cláusula de interés de demora aportara seguridad jurídica «para no dejar una cuestión tan esencial al criterio propio de cada juez o tribunal español, y con la posibilidad de acudir directamente al TJUE para mantenerlo», señalando que la jurisprudencia del TS debe entenderse no en el sentido de que un préstamo anticipadamente vencido puede seguir devengando intereses remuneratorios¹⁷¹, sino que «la consecuencia jurídica del carácter abusivo de una condición general sobre intereses de demora es que estos se devengarán, como tales moratorios, a un tipo igual al pactado (válidamente) para los intereses remuneratorios (que, claro está, no se devengarán, como tales remuneratorios, si el préstamo queda anticipadamente vencido o resuelto por incumplimiento, porque el prestatario ya no tiene derecho contractual a no restituir o seguir disponiendo del capital que le fue prestado, aunque, de hecho, siga teniendo en su poder todo o parte de él)¹⁷². Incluso, piensa Pantaleón Prieto que el Tribunal Supremo en su cuestión prejudicial debería haberle planteado al TJUE que abandonase su doctrina de la no integración porque la aplicación de la misma llevaría a la desastrosa solución de interés de demora = 0. En definitiva, Pantaleón Prieto viene a decir que el TJUE ha cerrado los ojos ante la contradicción que implica la solución propuesta por el TS, ya que la aplicación de la doctrina del TJUE debería haber llevado al escenario de interés de demora = 0, lo que desincentivaría el cumplimiento de los préstamos. También alude Pantaleón Prieto a que el TJUE podía haberse inclinado por manifestar expresamente la excepción a la aplicación de su doctrina por razones de interés general.

¹⁷¹ Dice PANTALEÓN PRIETO: «Es sencillamente insultante entender que dicha Sala [la Sala Primera del TS] ha sostenido que un préstamo anticipadamente vencido puede seguir devengando intereses remuneratorios».

¹⁷² A nuestro modo de ver, la postura de Pantaleón Prieto es difícilmente conciliable con la propia literalidad de la STS de 22 de abril de 2015 que en su FJ. sexto, apartado 6, penúltimo párrafo dice: «Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada», STS 265/2015, de 22 de abril, (subrayado es nuestro).

En relación con la cláusula de vencimiento anticipado, *Abanca Corporación Bancaria* no despejó las dudas de los órganos judiciales que habían suspendido la tramitación de miles de ejecuciones hipotecarias, por lo que estos jueces y tribunales esperaron a que el Tribunal Supremo interpretara la sentencia del TJUE lo que realizó mediante la trascendental sentencia número 463/2019, de 11 de septiembre (ES: TS:2019:2761).

En dicha resolución, además de tener en cuenta sus anteriores sentencias de 23 de diciembre de 2015¹⁷³ y de 18 de febrero de 2016¹⁷⁴, el Tribunal Supremo recoge lo declarado por el TJUE en la sentencia *Abanca Corporación Bancaria* y en los tres autos de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16, C-167/16 y C-486/16). Es por ello por lo que su interpretación del Derecho de la Unión ha sido muy comentada por la doctrina.

Según Adán Domenech¹⁷⁵, la STS de 11 de septiembre de 2019 quiebra el principio instaurado por la doctrina del TJUE de imposibilidad de integración de la cláusula abusiva porque la posibilidad de sobreseer el proceso ejecutivo que trae causa de una cláusula nula, permitiendo la incoación de una nueva ejecución en base a los parámetros del artículo 24 de la Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios es simple y llanamente una reintegración de la cláusula abusiva, incumpléndose de esa forma la obligación de los Estados de aplicar toda medida tendente a erradicar las cláusulas nulas; se elimina el efecto disuasorio de la nulidad como es su no aplicación y se vulnera la prohibición de reintegrar la cláusula abusiva.

Adán Domenech amplía sus críticas a otros aspectos como la vulneración del derecho sustantivo, de normas procesales y del principio de legalidad. Jiménez París¹⁷⁶ considera que frente a la postura del Abogado General Sr. Szpunar en el sentido de que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no entraña la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, el Tribunal de Justicia acoge esa posibilidad como base de su resolución (*ratio decidendi* del fallo) en *Abanca Corporación Bancaria*.

La citada autora constata la diferencia de la postura mantenida por el TJUE en *Banco Primus* –en la misma línea que el Abogado General– en relación con la adoptada en *Abanca Corporación Bancaria* –en abierta

¹⁷³ STS número 705/2015, de 23 de diciembre (ES: TS:2015:5618).

¹⁷⁴ STS número 79/2016, de 18 de febrero (ES: TS:2016:626).

¹⁷⁵ ADÁN DOMENECH, F., «STS 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. ¿Doctrina judicial contra legem?», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, VLEX, octubre, 2019, p. 29.

¹⁷⁶ JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 d marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, enero-febrero, 2020, p. 607.

contradicción con la del Abogado General–, si bien utiliza la expresión «matiza su posición anterior».

Así, el TJUE, en el primero de ambos asuntos, consideraba procedente deducir todas las consecuencias del control abstracto de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y determinar el cierre del procedimiento de ejecución hipotecaria al ser un acto procesal basado en la cláusula ineficaz, mientras que en *Abanca Corporación Bancaria* y en los tres autos del 3 de julio de 2019 el Tribunal de Luxemburgo «matiza su posición anterior» considerando que si la eliminación de la cláusula abusiva tuviera como consecuencia (según el Derecho interno) la nulidad total del contrato de préstamo hipotecario y ello perjudicase procesalmente al consumidor, podría integrarse dicho contrato con la redacción posterior que tuviera la ley en que se basó la cláusula de vencimiento anticipado abusiva. Ello constituiría una excepción a la regla de la no integración análoga a la asumida en la STJUE de 30 de abril de 2014¹⁷⁷ (asunto *Kasler*).

Muñoz García¹⁷⁸ da por sentada la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, considerando que su supresión afecta a la naturaleza misma del contrato, suscribiendo las palabras del Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de septiembre de 2019 («la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia» F. J. octavo, apdo. 8), y añadiendo que, declarada la nulidad, y sin cláusula que la sustituya, faltaría un elemento esencial del contrato de préstamo, y este no podría subsistir. En ese contexto, entiende la autora que el consumidor «probablemente prefiera que subsista el contrato, y en este caso hay que suplir la laguna que deja la cláusula abusiva con la fórmula legal supletoria, de lo contrario, no hay contrato». Concluye Muñoz García que la denostada fórmula de integrar el contrato y suplir la cláusula nula, quizás sea la mejor de las soluciones.

No estamos de acuerdo con dicho planteamiento. Según nuestro criterio, salvo que estemos en un procedimiento ordinario de declaración de nulidad de cláusulas contractuales por su naturaleza abusiva –supuesto minoritario–, en el marco de un proceso de ejecución en el que el acreedor ya ha dado por resuelto el contrato y en el que el consumidor se ha opuesto a la ejecución alegando la naturaleza abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado,

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 614-615.

¹⁷⁸ MUÑOZ GARCÍA, C., «Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, marzo-abril, 2020, pp. 1388-1390.

al consumidor le resulta indiferente la subsistencia o no de un contrato que ya ha sido resuelto por impago, lo que le interesa es que pueda archiversse la ejecución –para lograr eso se ha opuesto– y si la integración de la cláusula abusiva implica la continuación de la ejecución, a buen seguro que no será la opción preferida por el consumidor.

Muñoz García, acertadamente, se refiere a los supuestos («excepcionalmente») en los que sea posible expulsar la cláusula sobre elementos esenciales y que el contrato siga vigente, mencionando como ejemplo la cláusula suelo. Por tanto, no puede identificarse cláusula relativa a elementos esenciales del contrato y cláusula cuya eliminación conlleva la imposibilidad de subsistencia del contrato.

Según buena parte de la doctrina –Jiménez París y Muñoz García como ejemplos–, *Abanca Corporación Bancaria* constituye una «matización» del TJUE en relación con su doctrina de no integración instaurada en *Banco Español de Crédito* y supone una nueva excepción a añadir a la sentencia *Kasler*. En nuestra opinión, el TJUE debería haber profundizado en las diferencias de planteamientos existentes entre *Kasler* y *Abanca Corporación Bancaria* e incluso dentro de las dos situaciones desiguales de los pleitos principales de este último asunto (no es igual la situación del consumidor en el marco de un proceso de ejecución en el que la entidad bancaria ha resuelto el contrato de préstamo y le ha reclamado la totalidad del préstamo que la del consumidor en un procedimiento declarativo de nulidad de cláusulas abusivas, entre las que se encuentra la de vencimiento anticipado).

En cualquier caso, es de señalar la inteligente actitud del TS que para evitar la situación vivida en relación al problema de la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios vinculados a la declaración de abusividad de las cláusulas suelo, lleva a cabo la remisión prejudicial con un planteamiento acorde a su postura y consigue que el TJUE considere conforme a la Directiva 93/13 la integración por sustitución de la cláusula abusiva por el artículo 693.2 LEC, condicionando dicha conformidad a dos premisas (imposibilidad de subsistencia del contrato en caso de supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales) cuyo cumplimiento está en manos del propio Tribunal Supremo y sin que el TJUE haya establecido criterios orientadores al respecto.

4.5 LA CLÁUSULA SUELO Y LOS ACUERDOS NOVATORIOS SOBRE ELLA

Es por todos conocida la denominada como cláusula suelo introducida en España por las entidades bancarias en cuya virtud se establecía un tipo mínimo y un tipo máximo –cabría hablar, por tanto, con más precisión, de la cláusula suelo-techo– en los préstamos de interés variable. Dado el comportamiento de los tipos de interés, el efecto de dicha cláusula fue convertir el préstamo a interés variable en uno fijo con respecto a la posibilidad de bajar, de forma que los consumidores no pudieron beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés. Por el contrario, en cuanto al tipo máximo, la limitación se situaba en torno a un 14 % lo que representaba una entelequia, ya que no existía ninguna previsión de que los tipos pudieran subir de esa forma y realmente respondía a presentar una apariencia de situación equitativa cuando en realidad no lo era. Como es sabido, el Tribunal Supremo, en la importante sentencia de 9 de mayo de 2013 ¹⁷⁹, declaró la nulidad de la cláusula suelo en razón a su falta de transparencia ¹⁸⁰, pero limitó la eficacia temporal de los efectos restitutorios a la fecha de la publicación de dicha sentencia, lo que propició que varios tribunales españoles preguntaran al Tribunal de Justicia por la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la referida limitación, dando lugar a la sentencia *Gutiérrez Naranjo* que analizaremos a continuación. Además, el pronunciamiento de esta resolución declarando la incompatibilidad tuvo como consecuencia que muchos consumidores que habían suscrito acuerdos novatorios con sus respectivos bancos instaran la nulidad de los mismos lo que también provocó que los tribunales españoles plantearan cuestiones prejudiciales sobre una eventual disconformidad con el Derecho de la Unión de dichas novaciones, que implicaban la renuncia al ejercicio de acciones restitutorias derivadas de una eventual declaración de nulidad de la cláusula suelo e, incluso, renuncia al ejercicio de acciones relativas a controversias futuras. Por ello, también examinaremos la sentencia *Ibercaja Banco* (contra XZ) de 9 de julio de 2000 y los autos dictados en los asuntos *Ibercaja Banco (contra TJ)* y *Banco Santander (contra UP)*, de 3 de marzo de 2021 y de 1 de junio de 2021, respectivamente.

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013 de 9 de mayo, ES: TS:2013:1916.

¹⁸⁰ Según el TS las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 256).

*Caso 59. Gutiérrez Naranjo y otros*¹⁸¹: El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos reparatorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de la cláusula suelo.

Hechos. Las peticiones se presentaron en procedimientos judiciales instados por los consumidores para la devolución de cantidades abonadas por estos al haber sido aplicada la cláusula suelo de sus contratos de préstamos hipotecarios, cuyo carácter abusivo fue declarado por los tribunales. En esos procedimientos los respectivos juzgados y tribunales debían decidir si la devolución de cantidades procedía desde la suscripción de los contratos de hipoteca o desde la fecha de 9 de mayo de 2013, tal y como había declarado el Tribunal Supremo. En la sentencia de 9 de mayo de 2013 el Tribunal Supremo procedió a analizar el carácter eventualmente abusivo de las mencionadas cláusulas, a la luz de los criterios generales de buena fe, equilibrio y transparencia enunciados en el artículo 3, apartado 1, en el artículo 4, apartados 1 y 2, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, y declaró la nulidad de esas cláusulas suelo en razón a su falta de transparencia derivada de la insuficiente información facilitada a los prestatarios en cuanto a las consecuencias concretas de la aplicación de las mismas en la práctica, es decir, por falta de transparencia material. El Tribunal Supremo declaró que los contratos de préstamo hipotecario podían subsistir y, además, limitó la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo a la fecha de la publicación de la sentencia. El Ministerio Fiscal había interesado en su recurso que se precisara el elemento temporal de la sentencia. El Tribunal Supremo declaró que, a pesar de la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, esta eficacia no podía ser impermeable a los principios generales del Derecho y, entre ellos, de forma destacada, al principio de seguridad jurídica. Bajo el fundamento de dicho principio, el TS limitó la eficacia temporal de su sentencia y dispuso que esta únicamente surtiría efectos a partir de la fecha de su publicación, declarando que la nulidad de las cláusulas suelo controvertidas no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de

¹⁸¹ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 (Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco, S. A. U. (asunto C-154/15), Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (BBVA) (asunto C-307/15), Banco Popular Español, S. A., contra Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu (asunto C-308/15). Peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada (C-154/15) así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15). EU: C:2016:980. El Abogado General Sr. Mengozzi presentó sus conclusiones el 13 de julio de 2016.

cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes del 9 de mayo de 2013, de manera que únicamente deberían restituirse las cantidades indebidamente pagadas, sobre la base de tales cláusulas, con posterioridad a aquella fecha. El Tribunal Supremo señaló una serie de circunstancias que le habían llevado a esa decisión, entre otras, que la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión generaría el riesgo de trastornos económicos graves. En la sentencia posterior de 25 de marzo de 2015¹⁸² el Tribunal Supremo confirmó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo en el marco de la demanda individual de un consumidor que reclamaba la restitución de las cantidades indebidamente pagadas sobre la base de una cláusula de este tipo. De esta forma, el Tribunal Supremo hizo extensiva a las acciones individuales de declaración de nulidad y de reparación la solución adoptada anteriormente por la sentencia de 9 de mayo de 2013 en el marco de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación.

El TJUE reformuló las peticiones de los diferentes órganos jurisdiccionales remitentes considerando que lo que pedían saber era si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo, con arreglo al artículo 3.1 de dicha Directiva, de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el mencionado carácter abusivo.

Doctrina. En primer lugar, el TJUE analiza la inconsistente argumentación presentada por el Gobierno español y dos entidades bancarias en el sentido de que la cuestión de los efectos de la calificación como abusiva de la cláusula suelo no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 porque al efectuar ese pronunciamiento el Tribunal Supremo garantizó a los consumidores un nivel de protección más elevado que el garantizado por la Directiva. El TJUE aclaró que el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del control impuesto por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 de forma que la exigencia de transparencia de dicho precepto no se circunscribe a la transparencia formal de las cláusulas contractuales, que implica el carácter claro y comprensible de la

¹⁸² Sentencia del Tribunal Supremo número 139/2015, de 25 de marzo de 2015 (ES: TS:2015:1280).

redacción de estas, sino que se hacía extensiva a la observancia de la transparencia material, que implica que sea suficiente la información facilitada al consumidor en lo que atañe al alcance tanto jurídico como económico de su compromiso contractual.

Como no podía ser de otra manera, el TJUE rechaza la argumentación del Gobierno español afirmando que el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de esta en particular¹⁸³.

Por tanto, la cuestión queda centrada en el hecho de que la sentencia de 9 de mayo de 2013 limitó el efecto restitutorio de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo, por lo que el TJUE tiene que examinar si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que autoriza a que un tribunal nacional establezca una limitación de este tipo.

El TJUE recuerda las premisas «clásicas» sobre el artículo 6.1 de la Directiva. Entre otras, que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público, que se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas y que los consumidores se hallan en situación de inferioridad, añadiendo que los Estados miembros, conforme al artículo 7.1 de la Directiva, tienen la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas e incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma¹⁸⁴.

El TJUE advierte que la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación y no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el

¹⁸³ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, apdos. 48 a 51.

¹⁸⁴ *Ibid.*, apdos. 53 a 57.

hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. Ello lleva a afirmar al TJUE que la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, con la correspondiente obligación de restitución de las cantidades por el profesional ¹⁸⁵.

Dada la dicción literal del artículo 6.1 de la Directiva («en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales»), el TJUE analiza la relación entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión, considerando que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, pero que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva ¹⁸⁶.

En relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, el TJUE diferencia el tratamiento de la irretroactividad en dos situaciones ¹⁸⁷: aquellas sobre las que ya ha recaído sentencia firme con fuerza de cosa juzgada y aquellas relativas a pagos efectuados por los consumidores antes de la sentencia del TS. Habida cuenta de que la protección del consumidor no es absoluta y el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, el TJUE llega a la conclusión de que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada ¹⁸⁸.

Resuelta la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la solución dada por el TS al primer grupo de situaciones, el TJUE analiza las situaciones de los consumidores que han abonado indebidamente cantidades con anterioridad al dictado de la sentencia y que no han reclamado judicialmente esas cantidades o que habiéndolo hecho no ha recaído sentencia firme al respecto.

¹⁸⁵ *Ibid.*, apdos. 60 a 62.

¹⁸⁶ *Ibid.*, apdos. 64 a 66.

¹⁸⁷ STS de 9 de mayo de 2013, apartado 294: «Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

¹⁸⁸ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. STJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, apdo. 68.

Señala el TJUE que la limitación temporal de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión corresponde al propio TJUE dada la exigencia fundamental de la aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión¹⁸⁹. Afirmar el TJUE que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013. Ello constituye una protección incompleta e insuficiente, no siendo un medio eficaz para el cese del uso de la cláusula abusiva¹⁹⁰.

Por ello concluye el TJUE que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión¹⁹¹, razón por la cual los órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, al no resultar compatible dicha limitación con el Derecho de la Unión¹⁹².

Comentarios. La conocida como sentencia de las cláusulas suelo dictada por el TJUE reunido en «Gran Sala» ha tenido una enorme trascendencia económica en España al haber proporcionado a muchos consumidores la posibilidad de reclamar a las entidades bancarias las cantidades abonadas de más por la aplicación de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013, fecha del dictado de la sentencia del Tribunal Supremo que declaró el carácter abusivo de dicha cláusula por falta

¹⁸⁹ *Ibid.*, apdo. 70.

¹⁹⁰ *Ibid.*, apdo. 73.

¹⁹¹ *Ibid.*, apdo. 75.

¹⁹² *Ibid.*, apdo. 74.

de transparencia, pero que limitó los efectos temporales de dicha declaración, estableciéndolos a partir de la fecha de la sentencia.

El TJUE analiza dicha limitación temporal considerándola incompatible con el Derecho de la Unión. El problema planteado presenta un gran interés desde el punto de vista procedimental porque el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor se ve afectado cuando un tribunal nacional declara el carácter abusivo de una cláusula, limitando los efectos temporales de la declaración.

Es evidente la complejidad que entrañaba el asunto para nuestro Tribunal Supremo, tanto desde el punto de vista jurídico como desde la perspectiva económica, ya que eventualmente podría crear trastornos financieros graves. Es de tener en cuenta que en 2013 España comenzaba a salir de una profundísima crisis que había afectado como pocas a amplios sectores de la población. Desde nuestro punto de vista, es perfectamente comprensible que ante la posibilidad de que un pronunciamiento diferente hubiera desencadenado una crisis bancaria que, a su vez, hubiera generado una nueva crisis financiera para el conjunto de la sociedad, el Tribunal Supremo optó por una solución difícilmente encajable en nuestro ordenamiento jurídico donde la nulidad tiene unos efectos claramente establecidos, no siendo tampoco una solución compatible con el Derecho de la Unión, sin perjuicio de que el Abogado General sr. Mengozzi consideró en sus conclusiones que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, entendido a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, «no se opone a la decisión de un órgano jurisdiccional supremo mediante la que este declara el carácter abusivo de las cláusulas “suelo”, ordena que cese su utilización y que se eliminen de los contratos existentes y declara su nulidad limitando, al mismo tiempo, en atención a circunstancias excepcionales, los efectos, restitutorios en particular, de esa nulidad a la fecha en que dictó su primera sentencia en ese sentido»¹⁹³.

Ese diferente criterio entre el Abogado General y el TJUE da una idea de la complejidad y dificultad de las cuestiones en juego.

Vista la decisión de nuestro Tribunal Supremo desde la distancia proporcionada por el tiempo transcurrido no parece que fue lo peor que pudo suceder. Durante estos años los bancos han seguido ganando dinero, lo que les ha permitido responder a las reclamaciones de los consumidores que se han ido produciendo gradualmente, pero con el correspondiente colapso de los juzgados; la economía ha ido respondiendo correctamente a las diferentes situaciones; y el Tribunal Supremo ha «asimilado» que, ante una duda en la interpretación

¹⁹³ Conclusiones del Abogado General Sr. Mengozzi presentadas el 13 de julio de 2016 (apdo. 82).

del Derecho de la Unión, plantear la cuestión prejudicial no solo representa una obligación por su carácter de órgano de última instancia conforme al artículo 267 del TFUE, sino que también es la salida más práctica para evitar ser «rectificado» posteriormente.

Los que sí han resultado perjudicados por esta situación han sido aquellos consumidores que tenían sentencia firme denegando su derecho a recuperar las cantidades satisfechas antes del 9 de mayo de 2013 y que a resultados del principio de fuerza de cosa juzgada no han podido obtener la devolución de esas cantidades abonadas indebidamente y para las que nuestro ordenamiento jurídico no prevé –como debiera hacerlo– una solución clara y no arriesgada para el justiciable.

En ese sentido, Bech Serrat se pregunta por qué en *Gutiérrez Naranjo* no se extendió el efecto útil de la Directiva 93/13 en lo que atañe a la *res judicata*, planteando que el *effet utile* de esa normativa requiere una reconsideración de los procedimientos nacionales en su totalidad, incluidas las normas reguladoras de la cosa juzgada. El citado autor realiza un interesante planteamiento sobre las razones que deberían haber llevado al TJUE a establecer una excepción a la *res judicata* sobre la base de la necesidad de preservar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los consumidores¹⁹⁴.

Entre las conclusiones de la sentencia *Gutiérrez Naranjo* se encuentran: que el TS no elevó el nivel de protección mínima de la Directiva, que la remisión que efectúa el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 a la autonomía de los ordenamientos nacionales para establecer las condiciones de la no vinculación de las cláusulas abusivas no alcanza a la posibilidad de establecer un régimen de ineficacia *ex nunc* o con efectos restitutorios limitados en el tiempo, que la protección de los consumidores por el Derecho de la Unión tiene como límite el respeto a las normas nacionales sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias firmes y que la buena fe del círculo de interesados y los graves trastornos al orden público económico no pueden servir como fundamento a los órganos judiciales nacionales para limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula¹⁹⁵.

¹⁹⁴ BECH SERRAT, J. M., «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero, 2018, pp. 55 y 57. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/03/1372-1.pdf>

¹⁹⁵ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., «La incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual. Comentario de la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo* y otros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, mayo/agosto, 2017, pp. 675-676.

En otro orden de cosas, llama la atención que el mecanismo seguido por el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 sea diferente al que con más o menos variaciones lleva a cabo el TJUE.

El TS somete la cláusula suelo al control de incorporación o inclusión o transparencia formal (que lo cumple) y al control de transparencia material (se remite a *RWE Vertrieb*) o control de comprensibilidad real de las consecuencias económicas.

Tras ello, el TS concluye que las cláusulas analizadas no superan el segundo control, es decir el de la claridad exigible, por lo que las cláusulas no eran transparentes. A partir de ahí, el TS considera que las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. En la medida en que no son transparentes se convierten en abusivas, lo que lleva al TS a condenar a las entidades bancarias a eliminar de sus contratos las cláusulas y a abstenerse de utilizarlas en el futuro.

Decimos que es un mecanismo diferente al seguido por el TJUE porque en sus orientaciones los pasos a seguir serían: habiéndose verificado que se trata de cláusulas referidas al objeto principal del contrato, someterlas al doble control de transparencia (formal y material), si no superan este segundo control, como sucede con la cláusula suelo, entonces comprobar si son abusivas o no, evaluando si pese a las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante entre las partes.

Ello difiere del planteamiento del TS, con arreglo al cual el hecho de que no cumplan con la transparencia material las convierte en abusivas, aun no siendo intrínsecamente abusivas.

A nuestro modo de ver, el mecanismo que prevé el TJUE a la hora de proporcionar los criterios orientativos a los jueces nacionales es más acorde con la Directiva 93/13 que el mecanismo utilizado por el TS.

Creemos que la licitud o ilicitud de la cláusula suelo¹⁹⁶ no es el concepto a tener en cuenta desde la perspectiva de la Directiva 93/13. El concepto clave es si produce desequilibrio importante o no lo produce, lo que conlleva la naturaleza abusiva. Desde un punto de vista objetivo, la cláusula suelo sí produce desequilibrio porque sitúa al profesional en una posición mucho más favorable que al consumidor (convierte un préstamo a interés variable en uno fijo con respecto a la posibilidad de bajar –que no existe– manteniéndose la posibilidad de subir, etc.).

¹⁹⁶ El TS intitula el epígrafe 2.2 del FJ decimoquinto: «La licitud de las cláusulas suelo».

La construcción del TS podía haber sido más sencilla o, al menos, distinta, si hubiera establecido que al referirse la cláusula al objeto principal del contrato ha de someterse al doble control de transparencia para que, en caso de no superarlo, comprobar si produce desequilibrio o no.

La cláusula no supera en principio el control de transparencia material por lo que será susceptible de ser evaluada si produce desequilibrio importante o no, todo ello sin perjuicio de que en función de las circunstancias concurrentes en un caso concreto, pueda considerarse que el consumidor sí recibió la información suficiente con lo que la cláusula superó el doble control de transparencia y, por tanto, escapa al control de abusividad, es decir, no es susceptible de ser evaluada si produce desequilibrio importante o no lo produce.

A nuestro parecer, este planteamiento hubiera respondido a la Directiva. Sin embargo, lo que hizo el TS fue declarar la abusividad directa por falta de transparencia¹⁹⁷.

Por otro lado, la configuración que hace el Tribunal Supremo sobre la naturaleza abusiva de la cláusula suelo (es lícita siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos¹⁹⁸) tiene, a nuestro entender, una consecuencia fundamental en cuanto al momento en el que se inicia el plazo de prescripción de la acción restitutoria. Dado que la naturaleza abusiva de la cláusula suelo de un contrato dependerá de la concreta información que recibió el consumidor litigante –lo que será debatido en el procedimiento sobre la declaración de nulidad de esa cláusula– parece indudable que el inicio del plazo de prescripción de la acción restitutoria para recuperar las cantidades abonadas de más a resultas de la cláusula suelo –determinado por el momento en el que el consumidor tiene conocimiento de la naturaleza abusiva de la cláusula–únicamente puede fijarse en la fecha de la declaración judicial firme de la naturaleza abusiva de la cláusula suelo contenida en el contrato controvertido.

Finalmente, también cabe mencionar otra consecuencia del planteamiento efectuado por el Tribunal Supremo sobre la cláusula suelo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 en la que interpreta la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE relativa a la misma. De ese planteamiento puede deducirse que la nulidad de una cláusula que define el objeto principal del contrato no tiene por qué conllevar la nulidad del contrato en su conjunto, ya que «no cabe identificar

¹⁹⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., «Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 1, marzo, 2017, p. 391.

¹⁹⁸ Apdo. 256 de la STS de 9 de mayo de 2013.

“objeto principal” del contrato con “elemento esencial”» (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 274) del contrato, en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Así, nuestro Tribunal Supremo tiene declarado que la cláusula suelo de un contrato de préstamo hipotecario define el objeto principal del contrato (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 189) y al ser declarada nula por abusiva no supone la imposibilidad de subsistencia del contrato (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 75), sino que conlleva la eliminación de la cláusula abusiva.

Caso 60. *Ibercaja Banco (contra XZ)*¹⁹⁹: La renuncia a reclamar los efectos de una eventual declaración de abusividad de la cláusula suelo pactada originariamente puede ser compatible con el Derecho de la Unión si la renuncia procede de un consentimiento libre e informado mientras que la renuncia al ejercicio de acciones con relación a controversias futuras es siempre una cláusula abusiva que no vincula al consumidor.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el consumidor XZ e Ibercaja Banco, S. A., en relación con un contrato de novación de las cláusulas estipuladas en un contrato de préstamo hipotecario²⁰⁰.

¹⁹⁹ Asunto C-452/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2020. XZ contra Ibercaja Banco, S. A. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel. EU: C:2020:536. El Abogado General Sr. Henrik Saugmandaard Oe presentó sus conclusiones el 30 de enero de 2020.

²⁰⁰ Mediante escritura pública de 23 de diciembre de 2011, XZ adquirió de un promotor una finca por un precio de 148.813,04 euros y, al mismo tiempo, se subrogó en la posición deudora que aquel promotor tenía en el préstamo hipotecario relativo a esa finca concedido por la entidad actualmente denominada Ibercaja Banco. El contrato de préstamo hipotecario en el que se había subrogado XZ contenía una cláusula relativa al tipo de interés máximo y mínimo aplicable a dicho préstamo, quedando estipulado un tipo máximo –o «techo»– del 9,75 % anual y un tipo mínimo –o «suelo»– del 3,25 % anual. El contrato de préstamo hipotecario fue modificado mediante un contrato de novación fechado el 4 de marzo de 2014 que afectó, en particular, al tipo pactado en la cláusula «suelo», quedando este reducido al tipo nominal anual del 2,35 %. Asimismo, el contrato de novación contenía una cláusula redactada del siguiente modo: «Las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Además, XZ indicó escribiendo de su puño y letra que era consciente y entendía que «el tipo de interés [del] préstamo nunca bajar[ía] del 2,35 % nominal anual». XZ presentó una demanda ante el órgano jurisdiccional remitente solicitando que se declarase abusiva la cláusula «suelo» incluida en el contrato de préstamo hipotecario y se condenara a la entidad de crédito a eliminar esa cláusula y a devolverle las cantidades indebidamente abonadas en virtud de esta desde la suscripción de ese préstamo. Dado que Ibercaja Banco esgrimió contra las pretensiones de XZ las cláusulas del contrato de novación, la demandante en el litigio principal solicitó igualmente al juzgado remitente que precisara en qué medida los actos jurídicos que modifican un contrato, en particular una de las cláusulas de este y cuyo carácter abusivo se invoca, están también «contaminados» por esa cláusula y, en consecuencia, no tienen carácter vinculante con arreglo al artículo 83 del texto refundido de la LGDCU. El juzgado remitente observa que fue a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 cuando Ibercaja Banco inició un proceso de renegociación de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario que esa entidad había celebrado.

Así, el juzgado remitente tiene dudas sobre el hecho de que la renegociación de una cláusula abusiva sea compatible con el principio establecido en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, según el cual las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. El juzgado remitente señala que el propio contrato de novación podría no adecuarse a las exigencias del «criterio de transparencia» establecido por el Tribunal Supremo. En el asunto objeto del litigio principal, el juzgado remitente pone en particular de relieve el desequilibrio importante en detrimento del consumidor que existe entre los derechos y las obligaciones estipuladas, la falta de información en cuanto a las pérdidas que este podía sufrir como consecuencia de la aplicación de la nueva cláusula «suelo» y la imposibilidad del prestatario de recuperar las pérdidas sufridas de este modo debido a la renuncia a ejercitar cualquier acción judicial contra la entidad de crédito acreedora.

Según reformulación del TJUE, el juzgado remitente pregunta, en primer lugar, si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda válidamente ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula.

Como segunda cuestión, se pregunta si el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos, o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva.

Como cuarta cuestión, que es resuelta en tercer lugar, el TJUE considera que el juzgado remitente pregunta si el artículo 3.1, el artículo 4.2 y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula «suelo», el profesional debe facilitar al consumidor la información necesaria para comprender las consecuencias económicas que para este último se derivan, en el momento de la celebración del contrato, del mecanismo establecido por la referida cláusula «suelo».

Como cuestiones tercera y quinta, según reformulación del TJUE, el juez remitente pregunta si el artículo 3.1 considerado en relación con el

punto 1, letra q), del anexo, y el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que ha de calificarse como abusiva una cláusula de un contrato de novación que modifica una cláusula de un contrato anterior y mediante la cual un profesional y un consumidor renuncian mutuamente a ejercitar acciones judiciales para hacer valer pretensiones relativas, en particular, tanto a la cláusula inicial modificada por ese contrato de novación como a la cláusula novatoria.

Doctrina. Recuerda el TJUE que el derecho a una protección efectiva del 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. Así, la Directiva 93/13 no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores. Por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará. También recuerda el TJUE que incumbe al juez nacional tener en cuenta, en su caso, la voluntad expresada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula²⁰¹. Adentrándose ya en el asunto enjuiciado, el TJUE afirma que debe admitirse que un consumidor pueda renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado. Ahora bien, matiza el TJUE que la renuncia de un consumidor a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva únicamente puede ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado, dentro del respeto de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 93/13, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional. En consecuencia, el TJUE responde a la primera cuestión declarando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido

²⁰¹ Asunto C-452/18. STJUE de 9 de julio de 2020, *Ibercaja Banco*, apdos. 25 a 27.

de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional²⁰².

En relación a la segunda cuestión, el TJUE aclara que los requisitos del artículo 3.2 de la Directiva 93/13 (que haya sido redactada previamente y que el consumidor no haya podido influir sobre su contenido) pueden también concurrir respecto de una cláusula que tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre las mismas partes o determinar las consecuencias del carácter abusivo de esa otra cláusula, no eximiendo estas circunstancias al juez nacional de su obligación de comprobar si el consumidor ha podido efectivamente influir, en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13, sobre el contenido de esta nueva cláusula. Es el juzgado remitente el que tiene que tomar en consideración el conjunto de las circunstancias en las que tal cláusula fue presentada al consumidor para determinar si este pudo influir en su contenido. Centrándose en el litigio principal, el TJUE señala que la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula «suelo», iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que XZ no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula «suelo». A ello añade el hecho de que, según el juzgado remitente, la entidad bancaria no facilitara a XZ una copia del contrato y tampoco le permitió que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento de este. También matiza el TJUE que la circunstancia de que XZ introdujera antes de su firma en el contrato de novación la mención, escrita de su puño y letra, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula «suelo» no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente y que el consumidor pudo efectivamente influir en el contenido de esta. En base a todo ello, el TJUE concluye que el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato

²⁰² *Ibid.*, apdos. 28 al 30.

anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva²⁰³.

Con respecto a la cuarta cuestión, el TJUE trae a colación declaraciones efectuadas en *Gómez del Moral Guasch*, *Andriuc* y en *Gutiérrez Naranjo*, para llegar a la conclusión de que no cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que al limitar la fluctuación a la baja de un tipo de interés variable calculado a partir de un índice, resulta evidente que el valor exacto de ese tipo variable no puede fijarse en un contrato de préstamo para toda su duración. Las variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional. En particular, la aplicación de un tipo de interés variable conlleva, a lo largo del tiempo, por su propia naturaleza, una fluctuación de los importes de las cuotas futuras, de forma que el profesional no está en condiciones de precisar el importe exacto de la aplicación de una cláusula suelo sobre tales cuotas.

A ello añade el TJUE que en los préstamos hipotecarios de tipo de interés variable el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable constituye un elemento especialmente pertinente, de forma que mediante tal información puede situarse al consumidor en condiciones de tomar conciencia, a la luz de las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo suelo que se le propone.

Ello lo complementa el TJUE afirmando que en relación a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo, debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios al respecto, haya puesto a su disposición todos los datos necesarios.

De esta forma, el TJUE responde a la pregunta cuarta declarando que los artículos 3.1, 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de

²⁰³ *Ibid.*, apdos. 34 a 39.

préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula suelo, deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula suelo, en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés ²⁰⁴.

Con relación a las cuestiones tercera y quinta, el TJUE comienza por aclarar que Ibercaja Banco y XZ acordaron una reducción del tipo de la cláusula suelo y una renuncia mutua a ejercitar acciones judiciales relativas a la antigua y a la nueva cláusula suelo.

En cuanto a la renuncia de XZ a hacer valer ante el juez nacional sus pretensiones relativas a la cláusula suelo inicial, señala el TJUE que la Directiva 93/13 no se opone en sí misma a que el consumidor renuncie mediante contrato a la ventaja que podría obtener de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de un contrato, siempre que esta renuncia proceda de un consentimiento libre e informado. El TJUE diferencia la renuncia a ejercitar acciones judiciales pactada en el marco de un acuerdo, como una transacción, cuyo objeto es la solución de una controversia entre consumidor y profesional, frente a la renuncia previa al ejercicio de cualquier acción judicial incluida en un contrato celebrado entre ambos.

La renuncia mutua puede constituir el objeto principal del acuerdo en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y quedaría sustraída de la apreciación de su posible carácter abusivo, siempre que esté redactada de manera clara y comprensible, correspondiendo al juez nacional su examen al respecto. Observa el TJUE que el juzgado remitente considera que XZ no obtuvo información suficiente acerca del carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y de las cantidades a cuyo reembolso hubiera tenido derecho por tratarse de sumas indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula. A ello añade el TJUE que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula debe realizarse en relación con el momento de celebración del contrato, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podía influir en la ulterior ejecución del contrato. El TJUE deja constancia de que el contrato de novación se celebró el 4 de marzo de 2014, después de la STS de 9 de mayo de 2013 y antes de la sentencia *Gutiérrez Naranjo*. Por ello, considera el TJUE que si bien es cierto que en el momento de la celebración del contrato de novación cabía suponer que la cláusula suelo inicial que vinculaba a XZ e Ibercaja Banco era abusiva, no es menos verdad que no se trata de un

²⁰⁴ *Ibid.*, apdos. 52 a 56.

hecho que constara con certeza, ya que tal carácter abusivo no había sido reconocido en el marco de un procedimiento judicial. A ello se añade que la situación jurídica en el momento de la celebración del contrato de novación no parecía permitir que Ibercaja Banco supiera que la existencia de una cláusula suelo abusiva justificaba la devolución íntegra de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula.

A partir de esas consideraciones, el TJUE construye la respuesta. Así, afirma que corresponde al juzgado remitente apreciar, en primer término, el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial para así determinar el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar a XZ en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales y, en segundo término, si XZ estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para ella de tal cláusula²⁰⁵.

Una vez resuelto el problema en cuanto a la reducción del tipo de la cláusula suelo y la renuncia de acciones relativa a la antigua cláusula suelo, el TJUE aborda la resolución del segundo problema. En ese sentido afirma que un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. Considera el TJUE que, por definición, el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro. A ello añade el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 tiene carácter imperativo y admitir la posibilidad de que el consumidor renuncie previamente a los derechos que le confiere el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 sería contrario al carácter imperativo de su artículo 6.1 y pondría en peligro la eficacia de este sistema²⁰⁶.

De esta forma, contesta las preguntas tercera y quinta declarando que el artículo 3.1 considerado en relación con el punto 1, letra q), del anexo, y el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que:

– la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como abusiva cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de

²⁰⁵ *Ibid.*, apdos. 65 a 74.

²⁰⁶ Asunto C-452/18. STJUE de 9 de julio de 2020, *Ibercaja Banco*, apdos. 75 y 76.

la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula;

– la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor²⁰⁷.

Comentarios. La trascendencia de este asunto fue señalada por el Abogado General en sus conclusiones²⁰⁸ cuando afirmaba que de la respuesta a esta cuestión prejudicial depende el alcance de la autonomía de que disponen consumidores y profesionales para confirmar o novar una cláusula contractual potencialmente abusiva o para celebrar acuerdos amistosos, en particular, transacciones, con objeto de resolver extrajudicialmente sus conflictos en esta materia. La importancia del asunto vislumbrada por el Abogado General se ha visto materializada en la sentencia en la que el TJUE dispone un doble tratamiento. Por un lado, el contrato de novación celebrado por un profesional y un consumidor en el que este renuncia a reclamar los efectos de una eventual declaración de abusividad de la cláusula suelo que tenía originariamente suscrita puede ser compatible con el Derecho de la Unión Europea si la renuncia procede de un consentimiento libre e informado, siendo el consumidor consciente del carácter no vinculante de la cláusula y de las consecuencias aparejadas a ello.

Ello conlleva que si con vistas a la celebración de ese contrato de novación no negociado individualmente no ha existido el consentimiento libre e informado del consumidor la novación sería declarada nula porque las cláusulas que la reflejan son abusivas. Es de tener en cuenta que fijándose una nueva cláusula suelo el consumidor debe estar en condiciones de comprender las consecuencias económicas de la misma, en particular, mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el interés.

Por otro lado, es nula la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales futuras relativas a derechos reconocidos por la Directiva 93/13.

De esta forma, queda aclarado el panorama para las renunciaciones a acciones futuras que son siempre abusivas y no vinculan al consumidor, tal y como ha declarado el TJUE, constituyendo una excepción a su postura clásica de dejar al juez nacional la competencia para emitir la calificación sobre la naturaleza abusiva de una cláusula.

²⁰⁷ *Ibid.*, apdo. 77.

²⁰⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmundaard Oe presentadas el 30 de enero de 2020.

Queda pues constatada la relevancia de la sentencia al permitir la renuncia de acciones relativas a cláusulas que han sido declaradas abusivas o eventualmente puedan serlo si media el consentimiento libre e informado del consumidor. De paso, sirve para aclarar una cuestión polémica. En ese sentido, inicialmente, el Tribunal Supremo, mediante la sentencia de 16 de octubre de 2017²⁰⁹, declaró que la primitiva cláusula suelo era nula por falta de transparencia material y esa nulidad de pleno derecho conllevaba la de los acuerdos novatorios posteriores en aplicación del artículo 1208 del Código Civil. No obstante, el TS reconsideró su postura y en virtud de la sentencia de 11 de abril de 2018²¹⁰ estimó que los pactos transaccionales son válidos, ya que no constituyen novaciones extintivas sino modificaciones de un elemento de la relación obligacional, es decir, transacciones que pueden considerarse válidas si se supera el control de transparencia. La discusión no quedó concluida ya que la sentencia contó con el voto discrepante del magistrado Sr. Orduña sobre la base del control de transparencia y el artículo 6.1 de la Directiva, cuestionando la naturaleza jurídica de los pactos y considerando que los documentos suscritos respondían a la naturaleza de una novación modificativa de los contratos iniciales de préstamo hipotecario, por la que el predisponente pretende la convalidación de las cláusulas suelo, entendiendo que dicha convalidación, conforme a la normativa comunitaria y a la legislación sectorial aplicable, resulta improcedente dada la nulidad de pleno derecho de la obligación objeto de la novación, con arreglo al artículo 1208 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tras este intrincado devenir, la sentencia comentada ha pretendido aclarar el panorama y, de hecho, ha sido plasmada por nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en las siguientes sentencias: números 580/2020 (ES: TS:2020:3549) y 581/2020 (ES: TS:2020:3593), ambas de 5 de noviembre, número 589/2020, de 11 de noviembre (ES: TS:2020:3688), número 675/2020 de 15 de diciembre (ES: TS:2020:4251), número 692/2020 de 28 de diciembre (ES: TS:2020:4388), número 48/2021 de 4 de febrero (ES: TS:2021:466), número 49/2021 de 4 de febrero (ES: TS:2021:468) y número 63/2021 de 9 de febrero (ES: TS:2021:388), en las que el Tribunal Supremo viene a establecer que, respecto de la novación de la cláusula suelo, será válida la modificación siempre que haya sido negociada, o en su defecto, si la cláusula predispuesta por el profesional cumple las exigencias de transparencia. En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales, no será válida si se refiere a controversias futuras y, en los restantes supuestos, únicamente será válida si ha existido consentimiento libre e informado y no es genérica.

²⁰⁹ STS número 558/2017 de 16 de octubre (ES: TS:2017:3721).

²¹⁰ STS número 205/2018 de 11 de abril (ES: TS:2018:1238).

Caso 61. *Ibercaja Banco (contra TJ)*²¹¹: La exigencia de transparencia implica que cuando se celebra un contrato de novación relativo a la cláusula suelo deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación.

Hechos. Esta petición fue elevada en el contexto de un litigio instado por los consumidores TJ y UK contra Ibercaja Banco, S. A., en el que los consumidores solicitaron la nulidad de la cláusula suelo pactada originariamente, la devolución de las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula y la nulidad de la novación celebrada con la entidad bancaria en virtud de la cual se modificó dicha cláusula suelo²¹².

Mediante las cuestiones prejudiciales séptima, octava, undécima y duodécima, que son refundidas y examinadas conjuntamente por el TJUE, este considera que la Audiencia Provincial de Zaragoza pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula y a ejercer cualquier acción judicial contra el profesional.

²¹¹ Asunto C-13/19. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 3 de marzo de 2021. Ibercaja Banco, S. A. contra TJ, UK. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de Zaragoza EU: C:2021:158. El asunto fue resuelto sin conclusiones del Abogado General Sr. Saugmandsgaard Oe, al que le fue asignado.

²¹² TJ y UK celebraron con Ibercaja Banco un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable. El contrato contenía una cláusula suelo, es decir, relativa al tipo de interés mínimo aplicable a dicho préstamo. A raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, que declaró la nulidad de las cláusulas suelo incluidas en contratos de préstamo hipotecario por no cumplir los requisitos de claridad y transparencia, Ibercaja Banco inició un proceso de renegociación de esas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario que esa entidad había celebrado con anterioridad. En este contexto, a iniciativa de Ibercaja Banco, el contrato de préstamo hipotecario celebrado con TJ y UK fue modificado mediante un contrato de novación (en lo sucesivo, «contrato de novación»), conforme al cual se redujo el tipo pactado en la cláusula suelo. Además, el contrato de novación contenía una cláusula en virtud de la cual los prestatarios renunciaban a ejercitar cualquier acción judicial contra el prestamista. Ibercaja Banco permitió a TJ y a UK acudir con un asesor jurídico a la firma del contrato de novación, pero no se les autorizó a sacar el documento de la oficina bancaria sin haberlo firmado. TJ y UK presentaron una demanda de anulación de la cláusula suelo recogida en el contrato de préstamo hipotecario inicial y de la modificación de dicha cláusula, en virtud de la cual se redujo el tipo mínimo estipulado en el préstamo inicial y los demandantes renunciaron a ejercitar cualquier acción contra Ibercaja Banco. En este contexto, TJ y UK alegaron el carácter abusivo tanto de la cláusula suelo inicial como de la resultante del contrato de novación. Además, reclamaron la devolución de las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula suelo.

Mediante las cuestiones prejudiciales primera y segunda, examinadas conjuntamente por el TJUE, la Audiencia Provincial de Zaragoza quiere saber si el artículo 3 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cabe considerar que no ha sido negociada individualmente la propia cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor con la cual se pretende modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o establecer que ese consumidor renuncie a ejercer cualquier acción judicial contra ese profesional.

Mediante las cuestiones prejudiciales tercera a sexta y novena, que también son examinadas conjuntamente por el TJUE, el tribunal remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 3 a 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando se celebra un contrato de novación que, por una parte, tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior y, por otra parte, establece que el consumidor renuncia a ejercer cualquier acción judicial contra el profesional, deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación.

Mediante la décima cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta si los artículos 4 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una cláusula de renuncia al ejercicio de cualquier acción judicial sea tratada como un documento secundario y accesorio.

Mediante la decimotercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29 deben interpretarse en el sentido de que se considera «desleal», a efectos de estas disposiciones, un comportamiento como el adoptado por la entidad financiera del litigio principal.

Doctrina. En relación con las cuestiones prejudiciales séptima, octava, undécima y duodécima, el TJUE reproduce lo dicho con respecto a la primera cuestión prejudicial de *Ibercaja Banco (contra XZ)*, por lo que nos remitimos a la doctrina citada al comentar dicha cuestión. A ello añade dos apartados también reproducidos de *Ibercaja Banco (contra XZ)*, si bien relativos a la renuncia de acciones que fueron tratadas en las cuestiones tercera y quinta de *Ibercaja Banco (contra XZ)*.

Por ello, declara el TJUE que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo

carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional. En cambio, la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor²¹³.

Con respecto a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, el TJUE también reproduce declaraciones efectuadas al contestar la segunda pregunta de *Ibercaja Banco (contra XZ)*, por lo que nos remitimos a lo dicho al examinarla. A ello añade el TJUE, entre otros extremos, que el hecho de que la celebración del contrato de novación al que se refiere el litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula suelo, iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que TJ y UK no pudieron influir en el contenido de la nueva cláusula suelo. Y que lo mismo cabe decir respecto del hecho de que, según indica la Audiencia Provincial de Zaragoza, la entidad bancaria no facilitara a TJ y UK una copia del contrato y tampoco les permitiera que se lo llevaran consigo para que pudieran disponer de un tiempo de reflexión, tomar conocimiento de tal contrato y entender su alcance²¹⁴.

El TJUE contesta dichas preguntas declarando que el artículo 3 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cabe considerar que no ha sido negociada individualmente la propia cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor con la cual se pretende modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o establecer que ese consumidor renuncie a ejercer cualquier acción judicial contra ese profesional cuando dicho consumidor no haya podido influir en el contenido de la nueva cláusula, extremo este que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente²¹⁵.

Por lo que concierne a las cuestiones prejudiciales tercera a sexta y novena el TJUE reproduce lo dicho al contestar la pregunta cuarta de la sentencia *Ibercaja Banco (contra XZ)* a la que nos remitimos. Además de ello, declara el

²¹³ Asunto C-13/19. Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021, *Ibercaja Banco (contra TJ)*, apdo. 38.

²¹⁴ *Ibid.*, apdos. 44 y 45.

²¹⁵ *Ibid.*, apdo. 47.

TJUE que por lo que se refiere, primeramente, a la renuncia de TJ y UK a hacer valer ante el juez nacional sus pretensiones relativas a la cláusula suelo inicial, la Directiva 93/13 no se opone en sí misma a que el consumidor renuncie mediante contrato a la ventaja que podría obtener de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de un contrato, siempre que esta renuncia proceda de un consentimiento libre e informado. A ello añade que en el presente caso es manifiesto que el tribunal remitente considera, habida cuenta de las circunstancias en las que se celebró el contrato de novación, que TJ y UK no obtuvieron información suficiente acerca del carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y de las cantidades a cuyo reembolso hubieran tenido derecho por tratarse de sumas indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula. Además, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con la fecha de celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en esa fecha y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato. Señala el TJUE que, a pesar de que corresponde a la Audiencia Provincial de Zaragoza examinar de qué información disponía Ibercaja Banco en la fecha en que se celebró el contrato de novación, es preciso señalar que el Tribunal Supremo, mediante su sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, declaró por primera vez, en el marco de un procedimiento iniciado por asociaciones de consumidores, que las cláusulas suelo estipuladas en los contratos de préstamo hipotecario no satisfacían, en principio, las exigencias de claridad y de transparencia y, por ese motivo, podían ser declaradas abusivas. Por lo demás, el Tribunal Supremo resolvió que la declaración de nulidad de tales cláusulas únicamente surtiría efectos para el futuro. Mediante la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros* el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponía a esa limitación temporal. En esas circunstancias, corresponde al tribunal remitente apreciar, en primer término, el nivel de certidumbre que existía en la fecha de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial para así determinar el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar a TJ y a UK en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales y, en segundo término, si TJ y UK estaban en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para ellos de tal cláusula²¹⁶.

²¹⁶ *Ibid.*, apdos. 68 a 72.

Por todo ello, el TJUE declara que los artículos 3 a 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando se celebra un contrato de novación que, por una parte, tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior y, por otra parte, establece que el consumidor renuncia a ejercer cualquier acción judicial contra el profesional, deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación²¹⁷.

La cuestión prejudicial décima es considerada manifiestamente inadmisibles por el TJUE, ya que la audiencia provincial remitente no ha proporcionado, en su auto de remisión, ninguna indicación precisa sobre las razones por las que considera que la respuesta a esta cuestión es necesaria para resolver el litigio de que conoce. En particular, dicho órgano jurisdiccional no puntualiza las consecuencias que podría acarrear la calificación de «documento secundario y accesorio», siendo manifiesto, según el Tribunal de Justicia, que el auto de remisión no le permite proporcionar una respuesta útil a la audiencia provincial remitente para resolver el litigio principal²¹⁸. Idéntico tratamiento tiene la decimotercera cuestión, ya que, según el TJUE, el tribunal remitente se limita a citar la Directiva 2005/29, pero no indica la razón por la que la interpretación de esta es necesaria para resolver el litigio principal. Además, no precisa en qué medida el comportamiento de la entidad financiera de que se trata en el litigio principal puede constituir una práctica comercial desleal, en el sentido de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de esta Directiva. Por ello la cuestión es considerada como manifiestamente inadmisibles.

Comentarios. Poco hay que aportar a lo ya dicho en la sentencia *Ibercaja Banco (contra XZ)*, dado que en el auto ahora comentado el TJUE prácticamente se limita a reproducir lo sentado en dicha sentencia, aunque el orden de las declaraciones sea diferente. Incluso, en las declaraciones de la sentencia se expresa la necesidad de poner a disposición del consumidor información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés dentro de las circunstancias que permitan al consumidor comprender las consecuencias económicas de la cláusula suelo, dato este que no figura en las declaraciones finales del auto, aunque sí en los razonamientos del auto (apdo. 63). Con independencia de todo ello, hemos de observar nuestra discrepancia con lo

²¹⁷ *Ibid.*, apdo. 74.

²¹⁸ *Ibid.*, apdos. 75 a 81.

señalado por el TJUE en el apdo. 65 del auto (apdo. 55 de la sentencia) en el sentido de que las cantidades abonadas indebidamente pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que la entidad bancaria haya puesto a disposición todos los datos necesarios. Dada la complejidad de las operaciones, entiendo que la entidad bancaria debería facilitar al consumidor las cantidades correspondientes –no únicamente los datos para practicar las operaciones– ya que, desde mi punto de vista, el consumidor medio no está en condiciones de calcular fácilmente dichas cantidades como sostiene el TJUE.

Caso 62. *Banco Santander (contra UP)*²¹⁹: Únicamente si a la fecha de celebración de la novación el consumidor era consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo y de las consecuencias que ello conllevaba, puede considerarse válido el contrato de novación (novación celebrada antes de la STS de 9 de mayo de 2013).

Hechos. Esta petición fue elevada en el contexto de un litigio entre el consumidor UP y Banco Santander, S. A. (anterior Banco Pastor, S. A. U.), en el que el consumidor solicitó la declaración de nulidad tanto de la cláusula suelo inicial como de la cláusula suelo estipulada en el contrato de novación de 9 de febrero de 2006, sosteniendo que no fue adecuadamente informado²²⁰.

Mediante su primera cuestión prejudicial, que se divide en diferentes subcuestiones que procede analizar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, aun cuando dicho consumidor no estuviera en condiciones de conocer el carácter

²¹⁹ Asunto C-268/19. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 1 de junio de 2021. UP contra Banco Santander, S. A. (anterior Banco Pastor, S. A. U.). Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Ourense. EU: C:2021:423. El asunto fue resuelto sin conclusiones del Abogado General Sr. Saugmandsgaard Oe al que le fue asignado.

²²⁰ En octubre de 2002 el consumidor UP celebró con Banco Santander un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable. El contrato contenía una cláusula suelo, es decir, relativa al tipo de interés mínimo aplicable a dicho préstamo. El 9 de febrero de 2006 el contrato fue objeto de novación reduciéndose a un tipo nominal anual del 3,25 % el tipo pactado en la cláusula suelo. A raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, que declaró la nulidad de las cláusulas suelo incluidas en contratos de préstamo hipotecario por no cumplir los requisitos de claridad y transparencia, UP solicitó la declaración de nulidad tanto de la cláusula suelo inicial como de la cláusula suelo estipulada en el contrato de novación de 9 de febrero de 2006. El juzgado remitente destaca que, en sus sentencias recientes, el Tribunal Supremo ha declarado que no cabe aplicar el régimen correspondiente a las cláusulas abusivas previsto en la Directiva 93/13 en el caso de contratos de novación relativos a cláusulas suelo, ya que estos son el resultado de una negociación individual.

probablemente abusivo de la cláusula inicial en el momento en que se celebró el contrato de novación.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando se celebra un contrato entre un profesional y un consumidor para modificar una cláusula de un contrato que vincula a estas partes, el consumidor deba haber sido informado del carácter potencialmente abusivo de la cláusula inicial. Asimismo, desea que se dilucide si la circunstancia de que la cláusula novatoria haya sido negociada individualmente es determinante en el marco del examen de su carácter abusivo.

Doctrina. Se remite el TJUE a lo dicho en el auto *Ibercaja Banco (contra TJ)* de 3 de marzo de 2021 en el sentido de que la renuncia de un consumidor a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva únicamente puede ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado, dentro del respeto de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 93/13. A ello añade que el sistema previsto por la Directiva 93/13 no puede impedir que las partes de un contrato pongan remedio al carácter abusivo de una cláusula que este contiene, modificándola por vía contractual, siempre que, por un lado, la renuncia por parte del consumidor a invocar el carácter abusivo proceda de su consentimiento libre e informado y, por otro, la nueva cláusula modificadora no sea por sí misma abusiva. Descendiendo al asunto enjuiciado señala el TJUE que resulta de la resolución de remisión que el contrato de novación no fue el resultado de una transacción destinada a resolver la controversia asociada al carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo que fijaba el tipo mínimo inicial y que no fue negociado individualmente por el consumidor. Observa el TJUE que, en esas circunstancias, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la celebración por el consumidor del contrato de novación procedía de su consentimiento libre e informado en la medida en que, al hacerlo, renunció a hacer valer el carácter abusivo de la cláusula suelo inicial. Únicamente si el profesional informó al consumidor de la circunstancia de que la cláusula suelo inicial podía ser declarada abusiva, este estuvo en condiciones de comprender las consecuencias que para él se derivaban de su adhesión al

contrato de novación. Manifiesta el TJUE que si el órgano jurisdiccional remitente considerase que el consumidor no era consciente de las consecuencias jurídicas que para él se derivaban de la firma del contrato de novación, sería preciso recordar que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, con el consiguiente restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que este se encontraría de no haber existido dicha cláusula. Además, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

El TJUE responde a la primera cuestión prejudicial declarando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, siempre que, en el momento de la celebración de este contrato de novación, el consumidor fuera consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba, de forma que su adhesión a dicho contrato de novación proceda de un consentimiento libre e informado, extremo este que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente ²²¹.

En cuanto a la segunda pregunta, comienza el TJUE recordando que se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión. Estos requisitos también pueden concurrir respecto de una cláusula que tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre las mismas partes. Señala el TJUE que en el caso enjuiciado incumbirá al órgano jurisdiccional remitente tomar en consideración el conjunto de las circunstancias en las que tal cláusula fue presentada al consumidor para determinar si este pudo influir en su contenido. Tras recordar algunas premisas establecidas en el auto *Ibercaja Banco*, el TJUE observa que el órgano jurisdiccional remitente considera que, en el momento de la celebración del contrato de novación, el consumidor no recibió información suficiente acerca del carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial. Añade el TJUE que, aunque corresponderá al juzgado remitente examinar de

²²¹ Asunto C-268/19. Auto del TJUE de 1 de junio de 2021, *Banco Santander (contra UP)*, apdos. 33 al 40.

qué información disponía Banco Santander en la fecha en que se celebró el contrato de novación, es preciso señalar que, según la información que obra en poder del Tribunal de Justicia, ese contrato se celebró el 9 de febrero de 2006, anterior a la sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, en la que el Tribunal Supremo declaró, en el marco de un procedimiento iniciado por asociaciones de consumidores, que las cláusulas suelo estipuladas en los contratos de préstamo hipotecario no satisfacían, en principio, las exigencias de claridad y de transparencia y, por ese motivo, podían ser declaradas abusivas. El TJUE señala que si bien es cierto que en el momento de la celebración del contrato de novación cabía suponer que la cláusula suelo inicial que vinculaba al consumidor y a Banco Santander fuera eventualmente abusiva, no es menos verdad que no se trata de un hecho que constara con certeza, ya que tal carácter abusivo no había sido reconocido por ambas partes del contrato en el marco de un procedimiento judicial. En esas circunstancias, para determinar el contenido de la información que Banco Santander debía proporcionar a UP en virtud de la obligación de transparencia que recaía sobre él, el órgano jurisdiccional remitente deberá valorar el grado de certidumbre que existía, en la fecha de celebración del contrato de novación, en lo que atañe al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial. El TJUE fija el criterio a seguir remitiéndose a lo contestado a la primera pregunta y establece que solo si el consumidor era consciente del carácter no vinculante de tal cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba, podrá considerarse válido el contrato de novación. De esa forma, el TJUE responde a la segunda pregunta declarando que los artículos 3.1 y 4.2 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, en el momento de la celebración de un contrato de novación entre un profesional y un consumidor, cuyas cláusulas no se han negociado individualmente y que tiene por finalidad modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado por estas mismas partes, ese profesional proporcione a ese consumidor la información pertinente que le permita comprender las consecuencias jurídicas que se derivan para él de esta circunstancia y, en particular, el hecho de que la cláusula inicial podía ser eventualmente abusiva, extremo este que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Comentarios. En este asunto cobra especial relevancia el hecho de que en el momento de celebrar la novación (9 de febrero de 2006) no se había dictado la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo, lo que representa una nota altamente diferenciadora en relación con los asuntos anteriores, la sentencia *Ibercaja (contra XZ)* y el auto *Ibercaja*

(*contra TJ*). Por ello, al final de la respuesta a la segunda cuestión el TJUE hace hincapié en la necesidad de que en el contrato de novación el profesional proporcione al consumidor la información, en particular, relativa al hecho de que la cláusula inicial podía ser eventualmente abusiva, correspondiendo comprobar al órgano jurisdiccional remitente si se ha cumplido ese deber de información. No hemos tenido la oportunidad de examinar el documento de novación suscrito entre las partes, pero intuimos que ese deber de información habría sido incumplido por parte del profesional, dado que a la fecha en que fue suscrita la novación—2009—, difícilmente las entidades bancarias admitirían la eventual naturaleza abusiva de una cláusula suelo. De hecho, en el asunto ahora comentado no hay mención alguna a la renuncia de acciones por parte del consumidor y ello tiene que deberse a que en el documento no hay renuncia de acciones del consumidor puesto que no se intuía por parte del banco la posterior declaración de la naturaleza abusiva de la cláusula suelo efectuada en los términos expresados por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 y en las posteriores. A pesar de que el TJUE se refiere en el apartado 58 a que «para determinar el contenido de la información que Banco Santander debía proporcionar a UP en virtud de la obligación de transparencia que recaía sobre él, el órgano jurisdiccional remitente deberá valorar el grado de certidumbre que existía, en la fecha de celebración del contrato de novación, en lo que atañe al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial», a continuación procede a «objetivar» la cuestión y establece que «solo si el consumidor era consciente del carácter no vinculante de tal cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba, podrá considerarse válido el contrato de novación». Es evidente que el criterio asumido por el TJUE es el único que puede garantizar la necesaria protección del consumidor. Resulta extremadamente difícil para el juez nacional conocer el grado de certidumbre que existía en la fecha de la novación sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo inicial. Lo relevante es lo que el profesional transmite al respecto al consumidor y, por ende, lo que este conocía. Puede suponerse que el profesional no advertiría al consumidor sobre el posible carácter abusivo de la cláusula suelo ya que el Tribunal Supremo no se había pronunciado al respecto.

En vista de lo declarado por el TJUE en el auto ahora comentado y, en particular, la obligación impuesta al profesional de informar sobre el hecho de que la cláusula suelo inicial podía ser eventualmente abusiva, cabe deducir que las novaciones no negociadas individualmente otorgadas con anterioridad al dictado de la sentencia de 9 de mayo de 2013 difícilmente podrán tener otra consideración que no sea la declaración de abusividad de las cláusulas que contienen los pactos de novación, dicho ello en términos generales, sin perjuicio

del examen de las circunstancias concurrentes en cada caso que ha de llevar a cabo el juez nacional, en particular, del contenido del contrato de novación con especial referencia a los antecedentes expuestos por el profesional como justificación para el otorgamiento de la novación. Queremos añadir una nota relativa a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Orense mediante auto de 15 de marzo de 2019 AJPI 5/2019– (ES: JPI:2019:5A). Dicho auto está muy bien elaborado y es merecedor de nuestro elogio por el manejo del Derecho de la Unión y también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Nos llama la atención las preguntas que realiza, primero, al final de la primera cuestión: «¿es relevante para la validez de dicho pacto que el consumidor haya negociado el contenido de la modificación?», así como, posteriormente, al final de la segunda cuestión: «¿el hecho de que la nueva cláusula haya sido negociada individualmente excluye en todo caso el control de abusividad de la misma?» (vid. parte dispositiva del auto de remisión). El TJUE únicamente se refiere a esas preguntas al reformular la segunda cuestión: «Asimismo, desea que se dilucide si la circunstancia de que la cláusula novatoria haya sido negociada individualmente es determinante en el marco del examen de su carácter abusivo» (apdo. 41 del auto de 1 de junio de 2021, *Banco Santander contra UP*). El TJUE se limita a reproducir las declaraciones efectuadas en el auto de 3 de marzo de 2021, *Ibercaja Banco contra TJ*, relativas al artículo 3.2 de la Directiva 93/13. Echamos en falta una explicación didáctica por parte del TJUE en el sentido de que en la medida en que la cláusula haya sido negociada individualmente no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (considerando decimosegundo y artículo 3.1 de la Directiva 93/13) o bien no puede ser objeto del juicio de abusividad (STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Trapeza Peiraios*), de forma que nunca va a poder ser declarada abusiva una cláusula negociada individualmente –salvo que la legislación nacional prevea esa posibilidad como elevación del nivel de protección del consumidor–. Incluso, podía haber incidido el TJUE en la importancia que reviste analizar los actos previos a la firma del contrato de novación para conocer si las cláusulas de dicha novación habían sido redactadas previamente por parte del profesional (suele ser así habitualmente) y el consumidor no pudo influir en su contenido. En los supuestos en los que exista posibilidad de que el juez considere que ha existido una negociación individualizada, lo que impediría la calificación como abusivas de las cláusulas en cuya virtud se pacta la novación, parecería aconsejable por parte del consumidor que formula la acción para la declaración de nulidad de la novación y restitución de las cantidades económicas que le corresponda tras dicha anulación, el ejercicio –con carácter subsidiario a la acción principal– de una acción dirigida a la anulación del contrato de novación y

restitución de cantidades cuya fundamentación jurídica no estaría basada en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y el TRLGDC, sino en el Código Civil, en particular, en el principio general de la buena fe (art. 7.1 y artículo 1258 del Código Civil).

4.6 PUNTOS CONTROVERTIDOS ENTRE LOS PLANOS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL CON RESPECTO A LA CLÁUSULA SUELO Y A LOS ACUERDOS NOVATORIOS SOBRE ELLA

La sentencia *Gutiérrez Naranjo* ha generado multitud de comentarios en diferentes sentidos. Díaz Fraile²²² tiene una postura crítica con respecto a dicha resolución. Así, reprocha al TJUE que no haya abordado la cuestión de la limitación de la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición cuando concurren los requisitos de buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves —como hizo en *RWE Vertrieb*—, «generando una suerte de incongruencia omisiva», pues algunas de las cuestiones prejudiciales planteadas se referían a ese tema. Tiene razón Díaz Fraile puesto que las preguntas tercera y cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante se refieren a la buena fe de los círculos interesados y las preguntas quinta, sexta y séptima del mismo órgano jurisdiccional conciernen al riesgo de trastornos graves. A nuestro modo de ver, el TJUE debería haber analizado esas cuestiones, aunque se hubiera limitado a afirmar que no concurre alguno de esos dos requisitos y hubiera explicado sucintamente las razones de ello. En segundo lugar, Díaz Fraile también señala que el TJUE utiliza tres veces la expresión «en principio» en los apartados 61 y 62 al referirse a las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula, relativizando su pronunciamiento y admitiendo las excepciones a la regla general. Por tanto, ello obligaría a determinar en qué casos no se impondrá el efecto restitutorio pleno o «*ex tunc*». El propio autor menciona un primer grupo de excepciones —sobre el que no existen dudas— constituido por los casos ya resueltos por sentencia firme que gocen de eficacia de cosa juzgada y un segundo grupo de excepciones representado por los supuestos de «riesgo de trastornos graves», sin que se pueda saber con certeza su condición de excepción, según Díaz Fraile, al haber sido omitido su tratamiento en la propia sentencia. El autor plantea

²²² DÍAZ FRAILE, J. M., «La jurisprudencia española y europea sobre las cláusulas suelo no transparentes/abusivas y los efectos restitutorios derivados de su nulidad», *Notarios y Registradores*, 2018, pp. 17-20. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/sc/la-jurisprudencia-sobre-clausulas-suelo-y-los-efectos-restitutorios-derivados-de-su-nulidad/>

otras dos «dudas» –como él las denomina– o lagunas de la sentencia *Gutiérrez Naranjo*. Por un lado, en cuanto a que el TJUE no se pronuncia sobre la eventual eficacia de cosa juzgada respecto de las tres entidades demandadas y su proyección sobre la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, al no caber el recurso de revisión en relación con los pronunciamientos del TJUE. Finalmente, la cuarta duda planteada –que afecta a dos aspectos diferenciados– se refiere al alcance de las limitaciones de la declaración de nulidad sobre las situaciones prescritas y al devengo de intereses de demora desde la fecha de cada uno de los pagos de los intereses abonados de más por los consumidores. Desde nuestro punto de vista, las lagunas especificadas por Díaz Fraile como segunda a cuarta no son tales. La utilización de la expresión «en principio» obedece a la existencia de excepciones que el propio autor expone y a la prudencia con la que el TJUE aborda esas cuestiones a sabiendas de la amplitud de la casuística que se le puede presentar y la necesaria relativización que cada situación enjuiciada exige. Las otras dos lagunas responden, en nuestra opinión, a aspectos que han de ir siendo resueltos a medida que vayan surgiendo y en función de las circunstancias que los determinen. Así, el propio autor señala que «el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo –avanzando la solución finalmente acogida por la STS de 24 de febrero de 2017 [ES: TS:2017:477]– parecía presuponer el devengo de tales intereses [de demora sobre las cantidades abonadas de más] al exigir en su artículo 3.2 que se incluyan en todo caso en el cálculo de las cantidades a devolver [...]»²²³. *Gutiérrez Naranjo* también ha sido comentada fuera de nuestras fronteras. Así, Chantal Mak²²⁴ sintetiza con tres palabras la decisión del TJUE: «nullity is nullity» (nulidad es nulidad), en el sentido de que, en principio, no caben limitaciones temporales a los efectos de la declaración de la naturaleza abusiva de las cláusulas en los contratos de consumidores, reservándose el TJUE la competencia para decidir sobre las limitaciones de los efectos de las disposiciones del Derecho de la Unión. Mak señala que *Gutiérrez Naranjo* plantea cuestiones de naturaleza institucional y de naturaleza sustantiva. En lo concerniente a la dimensión institucional, el hecho de que el TJUE se atribuye con firmeza la competencia sobre los límites temporales afecta a las relaciones del TJUE con los tribunales nacionales, en especial, con el Tribunal Supremo. La autora se pregunta hasta qué punto pueden verse

²²³ *Ibid.*, p. 20.

²²⁴ MAK, C., «*Gutiérrez Naranjo*: On Limits in Law and Limits of Law», *European Law Review*, Issue 3, June, 2018, pp. 447-459.

restringidos los poderes de los tribunales nacionales con mayor rango por el Tribunal de Luxemburgo en ámbitos gobernados por una combinación de las normas nacionales de Derecho privado y el Derecho de la Unión Europea. En la teoría constitucional europea, la respuesta a esta pregunta depende de cómo se conciba la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho de los Estados miembros. Así, la autora establece la distinción entre las concepciones monista y pluralista de la relación entre la Unión Europea y los ordenamientos jurídicos nacionales, con el pluralismo constitucional como posición intermedia. El conjunto Derecho de la Unión-Derechos nacionales es visto como un único ordenamiento jurídico con la Unión Europea a la cabeza de la jerarquía (monismo), o se asume que los diferentes ordenamientos jurídicos de la Unión Europea y de los Estados miembros no pueden estar relacionados entre ellos de forma ordenada (pluralismo radical o sistémico) o se sostiene que las relaciones entre los diferentes ordenamientos legales están coordinadas por meta-principios de una forma no jerárquica (pluralismo constitucional)²²⁵. Mak considera que en *Gutiérrez Naranjo* el TJUE parece abogar por una visión monista del ordenamiento jurídico europeo, en el cual hace valer el enfrentamiento *Kompetenz-Kompetenz* para definir quién tiene la última palabra en cuestiones legales. También el Abogado General Mengozzi secundaría esta postura, ya que en sus conclusiones afirmó que los tribunales supremos nacionales están actuando en su condición de «tribunales ordinarios» cuando aplican el Derecho de la Unión, y deberían aceptar sobre esa base la jurisdicción del TJUE en materias que entran dentro del ámbito del Derecho de la Unión²²⁶. No obstante, este planteamiento encuentra resistencia en las jurisdicciones nacionales. En *Gutiérrez Naranjo* el TJUE no ha proporcionado ninguna reflexión sobre el principio de seguridad jurídica que el Tribunal Supremo había presentado como justificación para la limitación temporal de los efectos. Limitándose a invocar la efectividad del Derecho de la Unión como principio fundamental, el TJUE no interactuó con la línea de razonamiento del Tribunal Supremo. Más que una contribución al diálogo, la sentencia del TJUE puede verse como un monólogo. El Tribunal Supremo incorporó la decisión del TJUE a su jurisprudencia tal y como se refleja en la sentencia de 24 de febrero de 2017²²⁷ y en el auto de 4 de abril de 2017²²⁸. Según Mak, los planteamientos de TJUE y TS en relación con *Gutiérrez*

²²⁵ MAK, C., cita a NEIL WALKER, que plasmó esa teoría en «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65, (2002).

²²⁶ MAK, C., se refiere al apartado 80 de las conclusiones del Abogado General.

²²⁷ STS número 123/2017 de 24 de febrero (ES: TS:2017:477).

²²⁸ ATS 2684/2017 de 4 de abril. Núm. de Recurso: 7/2017 (ES: TS:2017:2684A).

Naranjo destacan la complejidad del proceso de resolución en un ordenamiento multinivel²²⁹. En cuanto a las cuestiones de naturaleza sustantiva planteadas por *Gutiérrez Naranjo*, Mak se refiere a los potenciales efectos macroeconómicos de las resoluciones judiciales y en qué medida en los asuntos civiles los tribunales deberían tener en cuenta el contexto del caso, dado que en *Gutiérrez Naranjo* el Tribunal Supremo y el TJUE tienen posturas diferentes. Tanto el Abogado General como el Tribunal Supremo consideraban que esos efectos macroeconómicos deberían tenerse en consideración mientras que el TJUE ensalzó la protección efectiva de los derechos de los consumidores, de forma que la limitación temporal impuesta por el Tribunal Supremo tenía como consecuencia la restricción a la protección de los consumidores que por ello era incompleta e insuficiente. Mak relaciona *Gutiérrez Naranjo* con *Aziz* y con *Sánchez Morcillo* en la medida en que en todas ellas el TJUE se apoya con firmeza en el principio de efectividad para establecer la obligación de los jueces nacionales de apreciar la naturaleza abusiva de las cláusulas. La autora también extraña la ausencia de reflexiones sobre los efectos macroeconómicos en *Gutiérrez Naranjo* lo que contrasta con sentencias anteriores. Así, la mención del TJUE en *Aziz* sobre la pérdida de la vivienda familiar se ha visto como una forma de «constitucionalismo escondido»²³⁰ en la medida en que la sentencia del TJUE se encuentra en consonancia con la Carta (en particular con el artículo 7 –derecho a la vivienda– y el artículo 47 –derecho a un recurso efectivo–). Mak considera una paradoja que en *Aziz* el TJUE haya tenido en cuenta el contexto socioeconómico y no lo haya hecho en *Gutiérrez Naranjo*, ni siquiera para reprochar al Tribunal Supremo haberlo tomado en consideración, pudiendo explicarse en el hecho de que en ambas sentencias el TJUE ha protegido a los consumidores frente a los intereses de los bancos. Por tanto, el TJUE utiliza argumentos de naturaleza socioeconómica ocasionalmente, pero parece no aceptar esos argumentos cuando se usan para limitar los efectos del Derecho de la Unión. La autora recuerda la metáfora de Micklitz y Reich de la bella durmiente²³¹

²²⁹ Asevera MAK que mientras que el artículo 19 TUE asigna explícitamente la tarea de la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión a los Estados miembros, incluyendo a los órganos judiciales, al mismo tiempo establece la autoridad del TJUE para la interpretación del Derecho de la Unión. Parece inherente a este sistema que el TJUE y los tribunales supremos deberán seguir buscando un equilibrio en la atribución de sus tareas, participando de un diálogo continuado sobre cómo salvaguardar el Derecho de la Unión a través de los procedimientos nacionales. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS tras *Gutiérrez Naranjo* indican un cambio en la interacción entre ambos tribunales.

²³⁰ La expresión «hidden constitutionalisation» fue utilizada por MICKLITZ y REICH –a quienes cita MAK– en el conocido artículo de estos autores «The Court and Sleeping Beauty: The revival of the Unfair Terms Directive», *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 800, citado anteriormente en este trabajo.

²³¹ *Ibid.*, p. 772.

para describir el redescubrimiento por parte del TJUE de la Directiva sobre cláusulas abusivas como un medio de ayudar a aquellos directamente afectados por la crisis económica europea como Aziz y muchos propietarios de viviendas en España que su caso representaba. A través de la interpretación amplia de las disposiciones de la Directiva 93/13 el TJUE ha «despertado las posibilidades adormecidas» en el Derecho europeo de consumo para abordar los problemas de la vida real de los ciudadanos de la Unión. Según Mak, *Gutiérrez Naranjo* confirma que la bella durmiente está totalmente despierta y también plantea la cuestión de las implicaciones de la jurisprudencia del TJUE en términos de justicia social. En nuestra opinión, resulta evidente que *Gutiérrez Naranjo* responde a esa idea de justicia social que es facilitada a los ciudadanos por el Tribunal de Luxemburgo dada la omisión de los altos tribunales nacionales. El TJUE, reunido en Gran Sala, era consciente de que su resolución afectaría a decenas de miles de ciudadanos y, aunque en su contenido no existiera ninguna referencia a las consecuencias socioeconómicas de la misma, el TJUE no ha podido desprenderse de esa vertiente, indisolublemente unida a la necesidad de otorgar a los consumidores la protección que el Derecho de la Unión les confiere.

Sarrión Esteve²³² señala que en *Gutiérrez Naranjo* el TJUE salva el primero de los límites establecidos por el Tribunal Supremo, el de las situaciones ya resueltas de forma definitiva por resolución judicial con efectos de cosa juzgada, pues la protección al consumidor no es absoluta, y también es importante la protección de la seguridad jurídica. Con respecto al segundo de los límites fijados por el TS, observa el autor que resulta curioso que la limitación temporal de los efectos merece un tratamiento diferente, limitando, por tanto, el TJUE la fuerza de cosa juzgada de la propia sentencia del Supremo, pues esta limitación equivale a privar con un carácter general al consumidor de las cantidades que hubiera abonado de forma indebida durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013. Según Sarrión Esteve, en realidad, en *Gutiérrez Naranjo* puede verse la continuación de *Fallimento Olimpiclub*²³³, estando ante una excepción a la regla general de preservación de la fuerza de cosa juzgada, de nuevo porque se trataría de una jurisprudencia contraria al Derecho de la UE, con efectos generales o permanentes y que no quedaría reducida a unos casos concretos.

²³² SARRIÓN ESTEVE, J., «Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 65, 2021, pp. 152-153.

²³³ C-2/08. STJUE de 3 de septiembre de 2009, *Fallimento Olimpiclub*. Amministrazione dell'Economia e delle Finanze y Agenzia delle entrate contra Fallimento Olimpiclub Srl. Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione de Italia. EU: C:2009:506.

Por lo que se refiere a la sentencia *Ibercaja Banco (contra XZ)*, la doctrina española se ha ocupado extensamente de su análisis dada la trascendencia de los diferentes aspectos que examina. Cámara Lapuente²³⁴ considera que la STJUE de 9 julio 2020 cierra algunos temas controvertidos (admisión de que una estipulación novatoria con renunciaciones sobre cláusula suelo pueda ser declarada abusiva, por un lado, y carácter abusivo en todo caso en lo que se refiere a la renuncia previa a acciones impugnatorias relacionadas con el propio «contrato de novación», por otro), pero deja abierto un incierto panorama de litigios al fijar los criterios circunstanciales con los que considera que pueden acreditarse dos cuestiones: la ausencia de negociación (por política general de oferta de modificación del banco o por no facilitar el contrato al adherente) y la emisión de un consentimiento informado jurídicamente (nivel de certidumbre de la nulidad de la cláusula e información sobre ello) y económicamente (suministro de información sobre la evolución pasada del índice, sin escenarios hipotéticos de futuro). De esa forma, según el citado autor, dibuja un paisaje más bien inseguro, pero facilita al TS nuevos criterios para modular el portillo que dejó abierto en la STS 11 abril 2018²³⁵ (FD 3.8) sobre el posible control de transparencia, incluso de oficio, de este tipo de transacciones, novaciones y renunciaciones. Carrasco Perera²³⁶ se muestra extremadamente crítico con la sentencia del TJUE. Entre otros puntos, en relación con la consideración del TJUE en el sentido de que la cláusula de renuncia sería abusiva cuando «el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula», señala el autor que «es imposible de todo punto, dada la naturaleza transaccional, que el consumidor pudiera tener ese conocimiento cierto, pues, por esencia, el objeto de la cláusula es “res dubia” y no puede dejar de serlo. Si el consumidor estuviera plenamente informado de cuánto le iba a devolver exactamente un tribunal y de cuánto comportaría de ahorro en el futuro la bajada transaccional del suelo, no hubiera novado, porque tendría entonces toda la información existente, y, por ende, o nadie podría querer “venderle duros por cuatro pesetas” o la transacción carecería de causa, porque operaba sobre *res non*

²³⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., «La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?», *Blog Almacén de Derecho*, 2020.

Disponible en <https://almacendederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir> (última consulta 9 de septiembre de 2023).

²³⁵ Se refiere el autor a la STS número 205/2018 de 11 de abril (ES: TS:2018:1238).

²³⁶ CARRASCO PERERA, A., «Sentencia europea intransparente sobre una transacción transparente de una cláusula suelo supuestamente intransparente. La “jerga” de la STJUE 9 julio 2020», *Centro de Estudios de Consumo*, 2020, p. 5.

Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sentencia_europea_intransparente_sobre_una_transaccion_transparente_de_una_clausula_suelo_supuestamente_intransparente.pdf

dubia». No compartimos la postura de Carrasco Perera. La razón de ser de la transacción es que las partes evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado existiendo un elemento de incertidumbre sobre lo que sucederá en el pleito que se evita, pero ello en ningún caso implica que deba existir incertidumbre sobre a qué se está renunciando. Según tengo entendido por testimonio directo de afectados, en la generalidad de casos estas situaciones funcionaban de forma que los empleados del banco llamaban telefónicamente y citaban en la sucursal a los consumidores para convencerles de que firmaran la transacción sin explicarles las consecuencias económicas de la renuncia de acciones. A mi modo de ver, es patente que debería haberse explicado a los consumidores con cifras concretas a qué tenían derecho si se declaraba la cláusula abusiva por un juzgado a fin de que pudieran valorar si les interesaba más la transacción que se les estaba ofreciendo dadas las ventajas que esta conllevaba en ahorro de tiempo, molestias, gastos iniciales en abogado y procurador, etc. El consumidor medio no estaba en condiciones de calcular cuánto había pagado de más y eso se lo debería haber aclarado la entidad bancaria.

A través de un completo análisis, Aguilera Morales²³⁷ manifiesta méritos y deméritos de la sentencia. Dentro de los primeros sitúa, por un lado, la aclaración que hace de que el sistema europeo de protección al consumidor no tiene carácter obligatorio para este último, y, por otro, el hecho de que la sentencia impide que este sistema resulte ineficaz a través de la renuncia previa de acciones. Como deméritos, Aguilera Morales señala su imprecisión en torno a los criterios a tener en cuenta en aras a considerar que una cláusula de renuncia de acciones puede ser abusiva y su absoluto silencio sobre el artículo 47 de la Carta al tratar la renuncia al ejercicio de acciones.

4.7 LA CLÁUSULA IRPH

El análisis de las resoluciones del TJUE sobre la cláusula del índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH) junto con la interpretación que de dichas resoluciones ha efectuado nuestro Tribunal Supremo nos depara un conjunto de observaciones y conclusiones que configuran un escenario cerrado solo en apariencia. Numerosos operadores jurídicos siguen planteando interrogantes sobre la forma en la que debería interpretarse en clave nacional

²³⁷ AGUILERA MORALES, M., «El penúltimo capítulo sobre cláusulas abusivas: reflexiones al hilo de la sentencia TJUE *Ibercaja Banco*», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 75, julio-septiembre, p. 117.

las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH²³⁸. El TJUE mediante tres resoluciones, la sentencia *Gómez del Moral Guasch* de 3 de marzo de 2020 y los autos *Gómez del Moral II* y *Unión de Créditos Inmobiliarios* –ambos de 17 de noviembre de 2021– ha establecido determinadas pautas que han sido interpretadas por el Tribunal Supremo, sin perjuicio de haber dejado patente la existencia de un error de planteamiento sobre la interpretación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 contenido en la STS número 669/2017, de 14 de diciembre (ES: TS:2017:4308).

Tras la sentencia *Gómez del Moral Guasch* de 3 de marzo de 2020, el TS dictó las sentencias del Pleno 595/2020 (ES: TS:2020:3613), 596/2020 (ES: TS:2020:3629), 597/2020 (ES: TS:2020:3756) y 598/2020 (ES: TS:2020:3628) –todas de 12 de noviembre de 2020– en las que aplicó la doctrina contenida en *Gómez del Moral Guasch*. Posteriormente, el TJUE dictó los dos autos de 17 de noviembre de 2021 que vinieron a confirmar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo respetaba la Directiva 93/13 en su interpretación de esta. El círculo ha quedado aparentemente cerrado por parte del Tribunal Supremo mediante un conjunto de sentencias del Alto Tribunal posteriores a los dos autos del TJUE (entre otras, STS número 42/2022 (ES: TS:2022:153), STS número 43/2022 (ES: TS:2022:154) y STS número 44/2022 (ES: TS:2022:240) –todas de 27 de enero–, STS número 67/2022 de 1 de febrero (ES: TS:2022:359), STS número 110/2022 de 14 de febrero (ES: TS:2022:604), STS número 117/2022 (ES: TS:2022:602) y número 116/2022 (ES: TS:2022:603) –ambas de 15 de febrero– y STS número 125/2022 de 16 de febrero (ES: TS:2022:601)) en las que el TS efectúa un completo análisis de la cuestión, incorporando el contenido de los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021.

No obstante, determinados juzgados no estaban de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo a las resoluciones del TJUE. En ese sentido, el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca elevó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con quince preguntas sobre el particular. Esa cuestión prejudicial ha sido resuelta por el TJUE mediante auto de 28 de febrero de 2023, asunto *Caixabank contra AN*, reiterando sus declaraciones anteriores.

²³⁸ De hecho, con fecha de 13 de julio de 2023 el TJUE ha dictado una nueva sentencia en la materia, que resuelve el asunto C-265/22, *Banco Santander –contra ZR–*, a resultas de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca (EU: C:2023:578). Dicha resolución no es objeto de nuestro estudio jurisprudencial, ya que este ha sido cerrado a fecha de 30 de junio de 2023. Los pronunciamientos de esta última sentencia del TJUE han sido interpretados por algunos operadores jurídicos en el sentido de que deberían producir un cambio en la postura del Tribunal Supremo, que hasta la fecha no ha dictado ninguna sentencia en la que haya interpretado los pronunciamientos contenidos en esa sentencia del Tribunal de Justicia.

En definitiva, el TS ha acomodado su tesis a los criterios establecidos por el TJUE, manteniendo la inexistencia de abusividad en la cláusula del índice IRPH y tratando de finiquitar de esta forma la polémica abierta en los últimos años por numerosos juzgados y audiencias provinciales que se decantaron por apreciar la naturaleza abusiva de dicha cláusula e, incluso, por el voto particular del magistrado Francisco Javier Orduña a la STS número 669/2017 de 14 de diciembre –al que se adhirió el magistrado Francisco Javier Arroyo Fiestas–, y por el voto particular de este último magistrado a las sentencias del TS números 595 (ES: TS:2020:3613), 596 (ES: TS:2020:3629), 597 (ES: TS:2020:3756) y 598/2020 (ES: TS:2020:3628), todas de 12 de noviembre, manifestándose los magistrados discrepantes en favor de la declaración de abusividad de la cláusula del IRPH y la sustitución de este índice por el Euríbor. En cualquier caso, al existir varias cuestiones prejudiciales pendientes sobre el IRPH, cabe posibilidad de que los nuevos pronunciamientos del TJUE obliguen al Tribunal Supremo a reconsiderar su postura.

A continuación, examinamos las resoluciones dictadas en la materia por el Tribunal de Luxemburgo.

Caso 63. Gómez del Moral Guasch²³⁹: No es de aplicación el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 a la cláusula del índice IRPH; algunos criterios orientativos relativos al control de transparencia y, finalmente, en el eventual supuesto de declaración de nulidad de la cláusula, la sustitución del índice IRPH por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013 sería compatible con la Directiva 93/13 si el contrato no puede subsistir sin la cláusula y si, además, la anulación deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice sustitutivo tiene carácter supletorio.

Hechos. La petición se presentó en el contexto de un litigio entre el consumidor Sr. Gómez del Moral Guasch y la entidad Bankia en relación con la cláusula relativa al tipo de interés variable y remuneratorio recogida en el contrato de préstamo²⁴⁰.

²³⁹ Asunto C-125/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, S. A.. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. EU: C:2020:138. El Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentó sus conclusiones el 10 de septiembre de 2019.

²⁴⁰ En julio de 2001 el Sr. Gómez del Moral Guasch suscribió con la entidad de crédito Caja Madrid, posteriormente Bankia, un contrato de préstamo hipotecario por importe de 132.222,66 euros para financiar la adquisición de una vivienda. La cláusula tercera bis de ese contrato, titulada «Tipo de interés variable», disponía que el tipo de interés que debe pagar el consumidor variará en función del IRPH

Mediante la primera pregunta, reformulada por el TJUE²⁴¹, el juez remitente pide que se dilucide si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que queda fuera del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que prevé que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios.

La segunda pregunta contiene 3 apartados diferentes referenciados como a), b) y c).

Con relación al apartado a), según el TJUE, el juzgado remitente interroga sobre la posibilidad de que un órgano judicial nacional pueda examinar, aun cuando no se haya transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 al Derecho interno, si cláusulas como la controvertida cumplen la exigencia de transparencia preceptuada por dicha Directiva.

de las cajas de ahorros (en lo sucesivo, «cláusula controvertida»). La cláusula controvertida reza así: «El tipo de interés pactado se determinará por períodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el BOE. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, [redondeado] por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales [sic].» El Sr. Gómez del Moral Guasch presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, solicitando en particular la declaración de nulidad de la citada cláusula por ser supuestamente abusiva. En primer lugar, el juzgado remitente expuso que, como referencia para la revisión de los intereses variables de los préstamos hipotecarios, el IRPH de las cajas de ahorros es menos ventajoso que el tipo medio del mercado interbancario europeo (en lo sucesivo, «euríbor»), que, según indica, se utiliza en el 90 % de los préstamos hipotecarios suscritos en España. A su juicio, la utilización del IRPH de las cajas de ahorro representa un coste adicional de entre 18.000 y 21.000 euros por préstamo. El juzgado remitente se pregunta si el hecho de que el IRPH de las cajas de ahorro sea un índice regulado tiene como consecuencia que deba aplicarse la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, incluso cuando la sujeción de las partes del contrato de préstamo al mencionado índice resulte de la aplicación de una cláusula del propio contrato. También se pregunta si debe informarse al consumidor del método de cálculo del índice de referencia y de su evolución en el pasado para que el propio consumidor pueda valorar la carga económica del préstamo contratado. A este respecto, el juzgado remitente observa que, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección que el establecido por la Directiva 93/13, la excepción que se deriva del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español.

Por otra parte, el juzgado remitente pide que se dilucide si, en el caso de que la cláusula controvertida no sea conforme con el Derecho de la Unión, la sustitución del IRPH de las cajas de ahorros por el euríbor o la devolución del capital prestado sin el abono de intereses serían conformes con la Directiva 93/13.

²⁴¹ El juez remitente pide que se interprete el IRPH, siendo evidente que el TJUE interpreta Derecho de la Unión, razón por la cual el TJUE se ve obligado a reformular la pregunta, redactándola correctamente en el sentido de que se le pregunta que interprete el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 para comprobar si la cláusula del IRPH estaría dentro de los supuestos previstos en dicha disposición y por tanto fuera del ámbito de la Directiva 93/13.

Con respecto a los apartados b) y c), según el TJUE, el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13, y, en particular, sus artículos 4.2 y 5, debe interpretarse en el sentido de que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, fija un tipo de interés variable cuyo modo de cálculo se considera que resulta complejo para el consumidor medio, el profesional debe comunicar al consumidor de que se trate información sobre el método de cálculo del índice en que se basa el cálculo del mencionado tipo de interés y sobre la evolución de tal índice en el pasado y cómo podría evolucionar en un futuro.

Mediante su tercera cuestión prejudicial, según la reformulación efectuada por el TJUE, el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, y en defecto de pacto en contrario entre las partes, el juez nacional sustituya tal índice por un índice legal o imponga al prestatario la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados sin el abono de intereses.

Doctrina. Es de observar que, a diferencia de la forma en la que actúa habitualmente el TJUE, en este caso, al reformular la primera pregunta, hace constar expresamente dicho hecho y la motivación que le lleva a ello, declarando que, según reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este último proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce, correspondiendo al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones prejudiciales que se le han planteado.

El TJUE recuerda que la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 ha de ser interpretada de forma estricta, debiendo concurrir los dos requisitos clásicos: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y esta disposición debe ser imperativa.

Señala el TJUE que para determinar si concurren los mencionados requisitos, el Tribunal de Justicia ha declarado que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa.

Descendiendo al asunto principal, observa el TJUE que la normativa nacional no incluía la obligación de establecer en las cláusulas de retribución recogidas en contratos de préstamo hipotecario la aplicación de uno de los seis índices oficiales establecidos en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 1990, p. 27498), en la redacción aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Circular 8/1990») ²⁴².

El TJUE afirma que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos, por lo que Bankia tenía la facultad de definir el tipo de interés variable, según indica el anexo II, punto 3 bis, apartado 1, letra d), de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, «de cualquier otro modo, siempre que [resultara] claro, concreto y comprensible por el prestatario, y [fuera] conforme a Derecho», todo ello sin perjuicio de la comprobación del juzgado remitente ²⁴³.

A partir de esta premisa, el TJUE afirma que el IRPH no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, sin perjuicio de la comprobación que corresponde al juzgado remitente ²⁴⁴.

Por ello, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa ²⁴⁵.

En relación con el primer apartado referenciado como a) de la segunda pregunta, el TJUE realiza una primera aclaración en el sentido de que, frente a la idea de la que parte el juzgado remitente en el sentido de que el artículo 4.2

²⁴² Asunto C-125/18. STJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*, apdo. 33.

²⁴³ *Ibid.*, apdos. 34 y 35.

²⁴⁴ *Ibid.*, apdo. 36.

²⁴⁵ *Ibid.*, apdo. 37.

no ha sido transpuesto a nuestro ordenamiento interno, tanto el Gobierno español como Bankia sostienen que el Tribunal Supremo tiene declarado que sí ha sido transpuesto ²⁴⁶.

El TJUE indica que no es necesario su pronunciamiento sobre si se ha producido o no su transposición, sino que tras apoyarse en premisas clásicas afirma que la exigencia de la redacción clara y comprensible se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4.2 de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición ²⁴⁷.

El TJUE concluye que los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro ²⁴⁸.

En relación a los apartados b) y c) de la pregunta segunda, en primer lugar, el TJUE recuerda premisas clásicas relativas a la interpretación del artículo 4.2 de la Directiva, la exigencia de transparencia, la información suministrada al consumidor antes de la celebración del contrato, la obligación de que la cláusula controvertida sea comprendida no únicamente en el plano formal y gramatical sino también que posibilite al consumidor medio valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de la cláusula sobre sus obligaciones financieras. El TJUE, además de dejar clara la competencia del juez nacional para evaluar si se han cumplido esas exigencias, reitera los criterios orientativos proporcionados en sentencia anteriores ²⁴⁹, en particular, en *Andriciuc* ²⁵⁰.

A partir de ahí, el TJUE desciende al asunto principal y afirma que por lo que respecta a una cláusula como la controvertida, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990 del Banco

²⁴⁶ *Ibid.*, apdos. 40 y 41.

²⁴⁷ *Ibid.*, apdos. 42 a 46.

²⁴⁸ *Ibid.*, apdo. 47.

²⁴⁹ *Ibid.*, apdos. 49 a 52.

²⁵⁰ Asunto C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*.

de España, publicada en el Boletín Oficial del Estado. Según el TJUE, esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 % ²⁵¹.

En esa consideración, el TJUE sigue lo observado por el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones ²⁵².

A ello añade el TJUE que también resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Según el TJUE, tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés ²⁵³.

Por último, el TJUE señala que el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional ²⁵⁴.

De esta forma, concluye el TJUE que procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de

²⁵¹ Asunto C-125/18. STJUE de 3 de marzo de 2020. Gómez del Moral Guasch, apdo. 53.

²⁵² Asunto C-125/18. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 10 de septiembre de 2019.

²⁵³ Asunto C-125/18. STJUE de 3 de marzo de 2020. Gómez del Moral Guasch, apdo. 54.

²⁵⁴ *Ibid.*, apdo. 55.

valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés ²⁵⁵.

En relación con la tercera pregunta, relativa a las consecuencias de una eventual declaración de nulidad de la cláusula del IRPH, el TJUE recuerda que el juez nacional debe abstenerse de aplicar la cláusula abusiva, salvo que el consumidor se oponga a ello y que la Directiva se opone a una norma nacional que permita al juez nacional integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, porque ello contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que las cláusulas abusivas pura y simplemente no se apliquen.

También recuerda el TJUE lo dicho en *Kasler* ²⁵⁶ en el sentido de que cuando el contrato no puede subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva, la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización ²⁵⁷.

El TJUE facilita dos premisas más para centrar la cuestión. Por un lado, observa que en un contrato de préstamo la anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que excedería la capacidad económica del consumidor, con lo que penalizaría más al consumidor que al profesional, no disuadiendo a este de insertar cláusulas abusivas. Por otro lado, dice el TJUE que en una situación en la que un contrato de préstamo no puede subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva del IRPH, el artículo 6.1 de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez

²⁵⁵ *Ibid.*, apdo. 56.

²⁵⁶ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*.

²⁵⁷ Asunto C-125/18. STJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*, apdos. 58 a 61.

nacional, con el fin de evitar la nulidad del contrato, sustituya esa cláusula por un índice establecido como supletorio por el Derecho nacional, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales ²⁵⁸.

Analizando el caso de autos, señala el TJUE que la cláusula controvertida establece que el cálculo del tipo de interés variable se basará en el IRPH de las cajas de ahorros. No obstante, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que este índice legal, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español califica de «supletorio».

Añade el TJUE que, sin perjuicio de la comprobación que lleve a cabo el juzgado remitente, la disposición adicional citada establece que se aplicará dicho índice sustitutivo en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato ²⁵⁹.

A partir de ahí, el TJUE orienta al juzgado remitente sobre el mecanismo a seguir. Primero, tendría que constatar el carácter abusivo de la cláusula controvertida. En segundo lugar, si ello sucediera, tendría que constatar que el contrato de préstamo no puede subsistir sin la cláusula. En tercer lugar, si también se da la circunstancia anterior, el juzgado remitente tendría que constatar que debido a la anulación del contrato el consumidor quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. Concurriendo esas tres circunstancias, el juez remitente podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio ²⁶⁰.

Por todo ello, concluye el TJUE que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales ²⁶¹.

²⁵⁸ *Ibid.*, apdos. 63 y 64.

²⁵⁹ *Ibid.*, apdo. 65.

²⁶⁰ *Ibid.*, apdo. 66.

²⁶¹ *Ibid.*, apdo. 67.

El TJUE se ve obligado a formular una consideración adicional en respuesta a la petición efectuada por el Gobierno español de limitación de efectos temporales para el supuesto de declaración de nulidad del IRPH de las cajas de ahorro, subsistiendo el contrato de préstamo sin intereses ²⁶².

Expone el TJUE que resulta de su contestación a la pregunta tercera que en caso de declaración de nulidad de cláusulas como la controvertida, el juez nacional quedará facultado para sustituir el índice adoptado en la cláusula en cuestión por un índice legal que sea aplicable a falta de acuerdo de ambas partes, por lo que, en esas circunstancias, las consecuencias financieras de la eventual declaración de nulidad de una cláusula de estas características para las entidades bancarias en particular y para el sistema bancario en general no pueden determinarse únicamente sobre la base de la interpretación del Derecho de la Unión que hace el Tribunal de Justicia en el marco del presente asunto. Se remite el TJUE por analogía a lo declarado en *RWE Vertrieb* ²⁶³. En base a esa consideración, concluye el TJUE que no procede limitar temporalmente los efectos de la sentencia ²⁶⁴.

Comentarios. Sin perjuicio de la enorme trascendencia económica aparejada a la interpretación de esta sentencia por los órganos jurisdiccionales españoles y, sobre todo, por parte de nuestro Tribunal Supremo, la sentencia presenta aspectos muy interesantes, que han sido completados con los dos autos posteriores *Gómez del Moral Guasch II* y *Unión de Créditos Inmobiliarios*.

Es de reseñar que la postura del Tribunal Supremo al respecto de la cláusula IRPH había sido manifestada mediante la sentencia de 14 de diciembre de 2017 ²⁶⁵. El Abogado General en sus conclusiones ²⁶⁶ se refiere de forma detallada a dicha sentencia e incluso al voto particular formulado en relación con la misma, al que más adelante haremos referencia.

La sentencia *Gómez del Moral Guasch* demuestra una defectuosa interpretación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 por parte del Tribunal Supremo en la STS núm. 669/2017 de 14 de diciembre. Al haber asumido el TS la sentencia que ahora comentamos, ha corregido ese error en sus resoluciones

²⁶² *Ibid.*, apdo. 68.

²⁶³ Asunto C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*.

²⁶⁴ Asunto C-125/18. STJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*, apdos. 70 a 72.

²⁶⁵ Sentencia del TS número 669/2017 de 14 de diciembre (ES: TS:2017:4308).

²⁶⁶ Asunto C-125/18. Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Maciej Szpunar el 10 de septiembre de 2019. Apdos. 51 a 56 sobre la STS de 14 de diciembre de 2017 y apdo. 81 sobre el voto particular del Sr. Orduña Moreno, al que se adhirió el Sr. Arroyo Fiestas.

posteriores, sin perjuicio de lo cual consideramos que puede ser interesante que procedamos a su examen.

En la STS núm. 669/2017 el Tribunal Supremo consideró que el índice IRPH no puede ser objeto de control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13 ni de la legislación nacional protectora de consumidores al estar excluido de su ámbito de aplicación por el artículo 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el artículo 1.2 de la Directiva 93/13. Según el TS, ni a tenor de la Directiva 93/13, ni de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, ni del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios puede controlarse un índice de referencia como el IRPH-Entidades, que ha sido fijado conforme a las disposiciones legales (fundamento jurídico sexto, apartados 2 a 4). Según el TS, solo puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente, teniéndose en cuenta que las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (F. J. 6, apdo. 4).

Por tanto, el TS distingue entre dos aspectos. El primero es el referido al índice IRPH como tal que, según el TS, queda fuera del ámbito de la Directiva 93/13 por aplicación de su artículo 1.2 al ser un índice definido y regulado legalmente, y el segundo es el concerniente a la cláusula en la que se incluye el índice IRPH que ha de ser clara, comprensible (control de inclusión) y transparente (control de transparencia), refiriéndose a elementos que determinan el objeto principal del contrato.

En la jurisprudencia del TJUE son necesarios dos requisitos para aplicar la exclusión del artículo 1.2: que la cláusula contractual refleje una disposición legal o reglamentaria y que esta disposición sea imperativa o supletoria para el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa. En Gómez del Moral Guasch el TJUE llega a la conclusión de que esa disposición no era imperativa ni supletoria porque la normativa no establecía ni la aplicación imperativa del índice ni su aplicación supletoria en el caso de que las partes no hubieran pactado otra cosa. Bankia tenía la facultad de definir el tipo de interés variable de cualquier modo, siempre que resultara claro, concreto y comprensible por el prestatario, y fuera conforme a Derecho.

Por tanto, a nuestro juicio, el TS llevó a cabo un planteamiento equivocado en la medida en que considera que el índice IRPH no puede ser objeto de control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13 por excluirlo el artículo 1.2.; según el TS, a tenor de la Directiva 93/13 no puede

controlarse un índice de referencia como el IRPH-Entidades que ha sido fijado conforme a disposiciones legales.

A nuestro modo de ver, no son premisas correctamente planteadas porque el índice como tal no puede ser objeto de exclusión por aplicación del artículo 1.2, ni puede ser objeto de control por la Directiva 93/13. Lo que controla la Directiva 93/13 son cláusulas y lo que excluye el artículo 1.2 de la Directiva son cláusulas que reflejan disposiciones imperativas o supletorias. En nuestra opinión, el artículo 1.2 de la Directiva se aplica a cláusulas, no a índices. Dicho de otro modo, el índice no es objeto de control, no por aplicación del artículo 1.2 de la Directiva –como justifica el TS–, sino por el hecho de que la Directiva 93/13 no controla índices fijados conforme a disposiciones legales.

Lo que puede estar incluido o excluido del ámbito de la Directiva 93/13 son las cláusulas y, en este caso, la cláusula que recoge el IRPH no está excluida de la Directiva 93/13 porque no refleja una norma legal imperativa ni una norma legal supletoria.

Otro aspecto interesante de *Gómez del Moral Guasch* en relación con la STS núm. 669/2017 se refiere al control de transparencia.

El TS argumenta que no cabe considerar que el consumidor no se aperci biera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante de dicho período se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo de interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial (F. J. 6, apdo. 8). En definitiva, el TS lleva a cabo el proceso de control de transparencia de la cláusula, llegando a la conclusión de que lo supera y estima el motivo de casación (F. J. 6, apdo. 14).

La sentencia contó con el voto particular de Don Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhirió Don Francisco Javier Arroyo Fiestas, en el sentido de que la aplicación del control de transparencia debía haber comportado la declaración de abusividad de la cláusula objeto de la litis, de forma que el índice de referencia que resultaría aplicable sería el Euribor.

El magistrado y profesor Orduña considera que la aplicación o proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, con relación a la validez de la cláusula predis puesta por la que el profesional utiliza o incluye el

índice de referencia no se ajusta a los parámetros y contenido que la doctrina jurisprudencial del TJUE ha establecido para proceder, correctamente, a la aplicación del control de transparencia.

El TJUE se enfrenta a la cuestión relativa a los criterios para tener en cuenta a la hora de evaluar si la cláusula es transparente o no. Su contestación resulta clave.

El TJUE considera que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario porque figuraban en la Circular 8/1990 publicada en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender el IRPH.

La afirmación del TJUE es, cuando menos, discutible. El hecho de que ese dato esté contenido en una Circular del Banco de España y que esta, a su vez, esté publicada en el BOE no lo convierte ni mucho menos, en nuestra opinión, en un dato que el consumidor medio conozca porque las reglas de la experiencia demuestran que un consumidor medio no conoce las circulares del Banco de España.

El otro dato, muy significativo a criterio del TJUE, es que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Este último criterio orientativo parecía más razonable que el anterior, dependiendo de cómo lo hubiera explicado la entidad prestamista al consumidor, para lo que el juez nacional habría de comprobar el cumplimiento de esas obligaciones por parte de la entidad de crédito, no solo a nivel formal, sino a efectos prácticos, de forma que el consumidor realmente hubiera entendido esas informaciones.

Es de señalar que en las sentencias números 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, dictadas por el Tribunal Supremo aplicando la STJUE *Gómez del Moral Guasch*, el Alto Tribunal aprecia falta de transparencia de las cláusulas IRPH controvertidas puesto que no consta que se ofreciera al prestatario la información exigida por la normativa de transparencia bancaria y, en particular, que se le advirtiera cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato. A pesar de esa falta de transparencia, el Tribunal Supremo no apreció la naturaleza abusiva de las cláusulas IRPH objeto de examen.

Este segundo parámetro de la sentencia *Gómez del Moral Guasch* relativo a la información de la evolución del IRPH durante los dos años anteriores a la celebración del contrato ha quedado «matizado» (en palabras del TS –STS 153/2022²⁶⁷–) por lo declarado por el TJUE en los autos *Gómez del Moral Guasch II* y *Unión de Créditos Inmobiliarios* de 17 de noviembre de 2021, con arreglo a los cuales el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir la definición completa del IRPH en el contrato, no entregar al consumidor un folleto informativo que recoja la evolución anterior del índice y no facilitar al consumidor en el momento de la celebración del contrato la información concerniente a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice euríbor, dado que la información relativa al IRPH es objeto de publicación oficial y todo ello siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

En cualquier caso, las matizaciones efectuadas en los dos autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021 y la interpretación que de la sentencia ahora comentada y de los mencionados dos autos ha efectuado el TS en la STS número 42 /2022 de 27 de enero y otras posteriores²⁶⁸ dejan meridianamente clara la postura del órgano jurisdiccional nacional supremo en el sentido de que la cláusula controvertida que contiene el IRPH en los términos en los que se manifiesta en las sentencias analizadas por el TS, aunque hipotéticamente no superara el control de transparencia, no es abusiva porque no concurren en ella ni la mala fe ni el desequilibrio importante.

Otra de las cuestiones analizadas en la sentencia *Gómez del Moral Guasch* se refiere al «viejo» problema sobre los efectos de la –supuesta– transposición del 4.2 de la Directiva 93/13 que ya fue tratado en la sentencia *Caja*

²⁶⁷ STS 153/2022 de 27 de enero, F. J. tercero, apdo. 3.

²⁶⁸ STS número 43/2022 (ES: TS:2022:154) y STS número 44/2022 (ES: TS:2022:240) –ambas de 27 de enero–, STS número 67/2022, de 1 de febrero (ES: TS:2022:359), STS número 110/2022, de 14 de febrero (ES: TS:2022:604), STS número 117/2022, de 15 de febrero (ES: TS:2022:602), STS número 116/2022, de 15 de febrero (ES: TS:2022:603) y STS número 125/2022, de 16 de febrero (ES: TS:2022:601).

Madrid desde la perspectiva del Derecho de la Unión y que el Tribunal Supremo ha estado analizando con diversas oscilaciones hasta llegar a una postura definitiva. El TJUE no entra en dicha cuestión por considerar que pertenece a los tribunales nacionales. El TJUE responde al juez nacional diciendo que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4.2 al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

Al respecto debemos señalar la postura expresada por el Abogado General Sr. Szpunar en sus conclusiones al criticar el hecho de que el ordenamiento jurídico español tenga por transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 cuando ello no se ha producido realmente. Es conocida la jurisprudencia del TS que, tras algunas vacilaciones iniciales, ha expresado de forma definitiva su posición en el sentido de tener por transpuesto el artículo 4.2, aunque ello no se ha producido formalmente. El Abogado General, con buen criterio desde nuestro punto de vista, critica ese hecho ya que corresponde al legislador español, si así lo desea, transponer el artículo 4.2. El Abogado General señala que el artículo 4.2 no es una disposición imperativa y vinculante según la propia jurisprudencia del TJUE y que la falta de transposición tiene como efecto que la normativa española proporciona un nivel de protección más elevado al consumidor permitiendo el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas, aunque se refieran al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y bienes o servicios en contraprestación y estén redactadas de forma clara y comprensible. En conclusión, el Abogado General considera que el artículo 8 de la Directiva 93/13 se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4.2 de la Directiva para abstenerse de apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula, como la controvertida en el litigio principal, redactada de manera clara y comprensible y referida al objeto principal del contrato, cuando esta última disposición no ha sido transpuesta en su ordenamiento jurídico por el legislador nacional ²⁶⁹.

En cuanto a la tercera pregunta hay que decir que el juez remitente la había planteado pidiéndole al TJUE que, en caso de declaración de nulidad del IRPH, eligiera cuál de las dos consecuencias son conformes al 6.1 y al 7.1 de la Directiva 93/13 si la sustitución del IRPH por el Euribor o si dejar de aplicar el interés, debiendo el consumidor devolver únicamente el principal. El TJUE transforma la cuestión considerando que el juez remitente pregunta

²⁶⁹ Asunto C-125/18. Conclusiones del Abogado General, apdos. 90 a 100.

si los artículos 6.1 y 7.1 se oponen a que en caso de declaración de nulidad de las cláusulas del IRPH, en defecto de pacto contrario entre las partes, el juez sustituya el IRPH por un índice legal o imponga al prestatario la obligación de devolver el préstamo sin intereses. El TJUE, por tanto, entiende que no debe elegir entre las dos opciones, sino decidir si dichas opciones son compatibles o no con la Directiva 93/13. En ese sentido, el TJUE presenta de una forma clara y didáctica los pasos a seguir por el juez nacional cuando se encuentre con la cláusula del IRPH, lo que es extensible a supuestos de cláusulas similares. El juez nacional debe comprobar sucesivamente que la cláusula es abusiva, que el contrato de préstamo no puede subsistir sin la cláusula controvertida y que la anulación del contrato dejaría al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. Dadas esas circunstancias, el juez nacional puede operar la sustitución de la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que –cuarta exigencia– el juez nacional considere, con arreglo al Derecho nacional, que dicho índice tiene carácter supletorio.

Hemos visto, por tanto, que el TJUE no contempla el otro supuesto por el que le ha preguntado el juez remitente relativo a la posibilidad de que el juez imponga al prestatario la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados sin el abono de intereses. No parece que esa hipótesis pueda llevarse a la práctica.

Caso 64. Gómez del Moral Guasch II ²⁷⁰: El artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales permiten al profesional no incluir en el contrato de préstamo hipotecario la definición completa del índice de referencia o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose

²⁷⁰ Asunto C-655/20. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 17 de noviembre de 2021, Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, S. A. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. EU: C:2021:943. El asunto fue resuelto sin conclusiones escritas del Abogado General Sr. Szpunar, al que le fue asignado.

en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Hechos. La petición se presentó en el contexto de un litigio entre el consumidor Sr. Gómez del Moral Guasch y la entidad Bankia en relación con una cláusula que impone el índice de referencia de (IRPH) y su índice de sustitución en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre ambas partes²⁷¹.

Mediante la primera y la segunda pregunta, reformuladas en una por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial.

Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional nacional considera que una cláusula contractual que tiene por objeto la fijación del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, o del artículo 5 de dicha

²⁷¹ En julio de 2001 el Sr. Gómez del Moral Guasch suscribió con la entidad de crédito Caja Madrid, posteriormente Bankia, un contrato de préstamo hipotecario por importe de 132.222,66 euros para financiar la adquisición de una vivienda. La cláusula tercera bis de ese contrato, titulada «Tipo de interés variable», disponía que el tipo de interés que debe pagar el consumidor variará en función del IRPH de las cajas de ahorros (en lo sucesivo, «cláusula controvertida»). La cláusula controvertida reza así: «El tipo de interés pactado se determinará por períodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el *BOE* para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, [redondeado] por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales [sic].». El Sr. Gómez del Moral Guasch presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, solicitando en particular la declaración de nulidad de la citada cláusula por ser supuestamente abusiva. A pesar de la respuesta dada por el TJUE mediante la sentencia de 3 de marzo de 2020 a la primera cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente, este seguía manteniendo dudas sobre los efectos de la interpretación del Derecho de la Unión, por lo que planteó una segunda cuestión prejudicial mediante auto de 2 de diciembre de 2020.

Directiva, le incumbe examinar si esa cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva.

Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula.

Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fije un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional sustituya, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch*, dicho índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando ambos índices se determinan por un método de cálculo de un nivel de complejidad equivalente y el Derecho nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones entre las partes.

Mediante su sexta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional puede subsanar la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional, debiendo producirse la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo en la fecha de esa sustitución o en la de celebración del contrato.

Doctrina. El TJUE se remite al apartado 56 y al punto 3 del fallo de la sentencia *Gómez del Moral Guasch* a fin de recordar que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir

que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. El TJUE señala dos elementos importantes para la valoración del juez nacional. Por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. Se remite también al apartado 55 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch* para afirmar que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz de los elementos interpretativos ofrecidos en dicha sentencia y, en particular, de sus apartados 53 y 54, si, en el contexto de la celebración del contrato controvertido en el litigio principal, la entidad bancaria cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.

En este punto el TJUE recuerda la separación de funciones entre TJUE y órgano jurisdiccional nacional, de forma que la competencia del TJUE comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13, mientras que únicamente el juez nacional es competente para constatar y apreciar los hechos del litigio principal y para interpretar y aplicar el Derecho nacional y, en consecuencia, llevar a cabo las comprobaciones necesarias, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo. Por lo tanto, también corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que es el único que tiene conocimiento de todos los elementos pertinentes del litigio principal, proceder a la apreciación del conjunto de estos elementos para determinar si, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice IRPH de las cajas de ahorros españolas y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. De esta forma, el TJUE concluye que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia

de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

En relación con la tercera cuestión prejudicial, referida fundamentalmente a la cuestión –ya resuelta por el TJUE– de si la falta de transparencia conlleva automáticamente la abusividad, el TJUE se remite a la sentencia *Banco Primus* de 26 de enero de 2017 (C-421/14, EU: C:2017:60), con arreglo a la cual los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva. Por tanto, la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. A continuación, el TJUE se refiere al artículo 3.1 señalando que incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos 3, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula controvertida cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva. El TJUE sostiene que los conceptos de «buena fe» y de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no se haya negociado individualmente.

A continuación, el TJUE traza los criterios que debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional a la hora de apreciar si la cláusula controvertida es abusiva. Así, recuerda que el Tribunal de Justicia ha declarado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. Por otro lado, el examen de la existencia de un posible «desequilibrio importante» no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de la imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. También recuerda el TJUE que el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato de que se trate y todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato, o de otro contrato del que dependa, por lo que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión.

Por todo ello, el TJUE responde a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 3.1, 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional nacional considera que una cláusula contractual que tiene por objeto la fijación del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, o del artículo 5 de dicha Directiva, le incumbe examinar si esa cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva.

Con respecto a la cuarta cuestión prejudicial, el TJUE se remite a los apartados 53 a 55 de la sentencia *Dziubak* de 3 de octubre de 2019, (C-260/18, EU: C:2019:819). En ella, el TJUE declaró que el juez nacional no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a esa cláusula, puesto que el sistema de protección de la Directiva 93/13 contra la utilización de cláusulas abusivas no es obligatorio y, por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, no se aplicará. De manera análoga, en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, el consumidor deberá tener *a fortiori* el derecho de oponerse a ser protegido, en aplicación de ese mismo sistema, de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección. El TJUE concluye afirmando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula.

En la quinta cuestión se suscita el problema de la sustitución del índice de referencia por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato.

El TJUE señala que en el apartado 67 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch*, y en el punto 4 del fallo de esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

Recuerda el TJUE que, por una parte, el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de aplicación de esta las cláusulas contractuales que reflejen «disposiciones legales o reglamentarias imperativas», expresión que, a la luz del decimotercer considerando de esta Directiva, comprende no solo las

disposiciones de Derecho nacional que se aplican a las partes contratantes con independencia de su elección, sino también las que tiene carácter supletorio, esto es, las que se aplican por defecto cuando las partes no hayan pactado otra cosa. De ello deduce el TJUE que, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente confirme que el IRPH Entidades se basa en una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio en el sentido de esta jurisprudencia, dicho índice está comprendido en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de esta. Por lo tanto, una cláusula contractual que incorpore un índice de este tipo no puede ser objeto de control respecto a su carácter supuestamente abusivo, ya que refleja un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos establecido por el propio legislador.

Concluye el TJUE que procede responder a la quinta cuestión prejudicial que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, a la luz del artículo 1.2 de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fije un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional sustituya, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch*, dicho índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando ambos índices se determinan por un método de cálculo de un nivel de complejidad equivalente y el Derecho nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones entre las partes, a condición de que el índice sustitutivo refleje efectivamente una disposición supletoria de Derecho nacional.

Con respecto a la sexta y última cuestión prejudicial, el TJUE observa que el órgano jurisdiccional remitente indica a este respecto que, en el caso de aplicación del tipo resultante de índice sustitutivo en la fecha de la sustitución, el banco deberá devolver la totalidad de los intereses percibidos hasta el momento de la sustitución, mientras que, en el caso de producirse la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo en la fecha de celebración del contrato, el banco estará obligado a devolver la diferencia entre lo que percibió con arreglo al IRPH de las cajas de ahorros españolas y lo que habría percibido en caso de aplicación del índice sustitutivo.

Recuerda el TJUE lo declarado en los apartados 58 y 59 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch*, en el sentido de que, con arreglo al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello. Por el contrario, esta disposición

se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional, cuando declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula. En ese sentido, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, eliminando 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. No obstante, el Tribunal de Justicia tiene declarado que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no pueda subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización.

Estas son las circunstancias en las que, en una situación como la del litigio principal, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 permite al juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprimir la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional. Así, en ese caso y siempre que se observen los mencionados requisitos, la sustitución de una cláusula abusiva por tal disposición, que, como se desprende del decimotercer considerando de la Directiva 93/13, se supone que no contiene cláusulas abusivas, está plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13, en cuanto produce el resultado de que el contrato puede subsistir a pesar de la supresión de la cláusula abusiva y sigue siendo vinculante para las partes. Reitera el TJUE lo ya dicho en anteriores sentencias sobre la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional en el sentido de que es conforme con el objetivo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.

Descendiendo al asunto enjuiciado, sostiene el TJUE que la premisa en la que se basa la sexta cuestión prejudicial es precisamente que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no puede subsistir sin la cláusula controvertida que fija el tipo de interés variable y determina la remuneración del préstamo.

Sería contradictorio con esta premisa considerar que ese contrato de préstamo hipotecario pudo producir sus efectos durante todo el período anterior a la adopción del índice sustitutivo en el año 2013 sin que el préstamo fuera remunerado mediante intereses. El remplazo previsto por la jurisprudencia antes citada implica, por tanto, que la cláusula abusiva inaplicada quede sustituida por la disposición nacional supletoria en la fecha de celebración del contrato.

El TJUE concluye afirmando que procede responder a la sexta cuestión prejudicial que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional puede subsanar la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional, debiendo producirse la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo desde la fecha de la celebración del contrato.

Comentarios. El TJUE explica cuestiones que no quedaron excesivamente claras en la sentencia *Gómez del Moral Guasch*. Una parte de las explicaciones se refieren a la transparencia y a la eventual naturaleza abusiva de la cláusula del IRPH mientras que otra parte trata de dilucidar en torno a los efectos de la eventual apreciación como abusiva de la cláusula del IRPH y su sustitución por otro índice. Habida cuenta de que el Tribunal Supremo, interpretando el contenido de la sentencia *Gómez del Moral Guasch* y los autos de 17 de noviembre de 2021, ha mantenido su consideración de que la cláusula del índice IRPH no es abusiva, la segunda parte de las explicaciones tienen una menor trascendencia.

En relación con la transparencia, queda claro que, a criterio del TJUE, la clave no está en la falta de un folleto informativo que recoja la evolución anterior del índice ni en la definición completa del índice de referencia, dado que la información relativa al índice es objeto de publicación oficial. La clave se sitúa en el hecho de que con los datos públicamente disponibles y accesibles y con la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar, así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Además, es el juez nacional el que tiene que constatar y apreciar los hechos del litigio principal y el que tiene que interpretar y aplicar el Derecho

nacional. Tiene que llevar a cabo las comprobaciones necesarias a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación del contrato de préstamo. Esta apreciación sobre la transparencia, previa al juicio de abusividad, es una de las etapas más complicadas, desde nuestro punto de vista. Por eso, resulta determinante la valoración efectuada por el Tribunal Supremo en sus sentencias posteriores a la sentencia *Gómez del Moral Guasch* y a los dos autos de 17 de noviembre de 2021 (*Gómez del Moral Guasch II* y *Unión de Créditos Inmobiliarios*).

En la STS número 42/2022, de 27 de enero (ES: TS:2022:153), cuyos razonamientos son reiterados en las siguientes, el TS, remitiéndose a los dos autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021 y a la STJUE de 3 de marzo de 2020, se refiere a dos parámetros de transparencia. El primer parámetro estaría constituido por la publicación del IRPH en el BOE, que, según el TS, permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, de modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH.

El segundo parámetro de transparencia establecido en la STJUE de 3 de marzo de 2020 –según el TS– era la información que la entidad prestamista facilitó al consumidor sobre la evolución pasada del índice. Debía comprobarse el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional, de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. A ello añade el TS que esa obligación ha sido matizada por los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021. En efecto, lo que viene a decir el TJUE es que puede faltar esa información sobre la evolución anterior del índice, siempre que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento del índice y de valorar las consecuencias económicas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

El TS enlaza la cuestión de la transparencia con el juicio de abusividad, señalando lo que tiene establecido el TJUE: «la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13²⁷²». En palabras del TS, «una hipotética falta de transparencia [de la

²⁷² Apdo. 37 del auto *Gómez del Moral Guasch II* y apdo. 33 del auto *Unión de Créditos Inmobiliarios*.

cláusula del IRPH] no conlleva por sí misma su nulidad, sino que únicamente permite realizar el control de abusividad²⁷³».

A partir de esa configuración, el TS se centra en demostrar que no existe desequilibrio importante. Así, el TS se remite a argumentos utilizados en sentencias anteriores. Entre otros: que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no puede vulnerar por sí mismo la buena fe; que el Gobierno central y varios gobiernos autonómicos han venido considerando que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial; que no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor); que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor; que la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante sino que el desequilibrio debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato; que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros no supone desequilibrio causante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible; que no se ha justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado en todo caso por la administración pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales; que no concurre ninguno de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva 93/13 y la legislación de consumidores (desequilibrio importante y mala fe).

Por tanto, el Tribunal Supremo, aparentemente cierra el círculo sosteniendo que no hay falta de transparencia y que incluso en una hipotética situación de ausencia de transparencia la cláusula del IRPH no sería abusiva porque no existe ni desequilibrio importante ni mala fe.

En la medida en que el TS está ejerciendo las funciones que como órgano jurisdiccional nacional le corresponden en la distribución de funciones que preconiza el propio Tribunal de Justicia, no cabría reprochar nada a nuestro Tribunal Supremo. Se ha ajustado a los criterios indicados por el TJUE en los dos autos de 17 de noviembre de 2021 y en la sentencia de 3 de marzo de 2020, ha evaluado los hechos del litigio principal y ha interpretado y aplicado el Derecho

²⁷³ F. D. 3.º, 3, último párrafo de la STS número 42/2022, de 27 de enero (ES: TS:2022:153).

nacional, llegando a la conclusión de que la cláusula del IRPH no es abusiva. No obstante, de existir nuevos pronunciamientos del TJUE que facilitaran perspectivas adicionales al respecto, el TS habrá de replantearse su postura.

Caso 65. *Unión de Créditos Inmobiliarios*²⁷⁴: El artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de proporcionar al consumidor, en el momento de celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice Euribor, siempre que esa normativa y esa jurisprudencia permitan al juez comprobar no obstante que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Hechos. La petición se presentó en el contexto de un litigio entre YB y Unión de Créditos Inmobiliarios, S. A., en relación con una cláusula que impone el índice de referencia de los préstamos hipotecarios (en lo sucesivo, «IRPH») y su índice de sustitución en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre estas dos partes²⁷⁵. El juzgado remitente señaló que sigue existiendo una

²⁷⁴ Asunto C-79/21. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 17 de noviembre de 2021, YB contra Unión de Créditos Inmobiliarios, S. A.. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza. EU: C:2021:945. El asunto fue resuelto sin conclusiones escritas del Abogado General Sr. Szpunar, al que le fue asignado.

²⁷⁵ El consumidor, YB, ejercitó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza una acción contra la entidad financiera Unión de Créditos Inmobiliarios, solicitando, en particular, que se declarase la nulidad de la cláusula controvertida, debido a su carácter abusivo, así como la devolución de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula. Con arreglo a la cláusula controvertida, el tipo de interés que debe pagar el consumidor varía en función del IRPH. El consumidor solicitó que se declarase la nulidad de dicha cláusula, así como la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de dicha cláusula, lo cual era una consecuencia inherente de la declaración de nulidad prevista en el artículo 1303, apartado 1, del Código Civil, así como del principio enunciado en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, según el cual las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Concretamente, el consumidor solicitó como petición principal la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula controvertida, más los pertinentes intereses legales. Como petición subsidiaria, el consumidor solicitó la sustitución del IRPH por el índice euribor con efecto retroactivo desde el inicio del correspondiente contrato y

controversia jurídica acerca de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*, y de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo el 14 de diciembre de 2017 y el 12 de noviembre de 2020.

Mediante las cuestiones prejudiciales primera a cuarta y decimocuarta, relativas a la información previa al consumidor, reformuladas por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de proporcionar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice euríbor.

Mediante las cuestiones prejudiciales quinta a undécima, decimotercera y decimoquinta, relativas a los criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, reformuladas por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que consideran que la falta de buena fe del profesional es un requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control del contenido de una cláusula no transparente que introduce voluntariamente el IRPH en un contrato celebrado con un consumidor, que cabe considerar que el profesional actuó de buena fe por haber elegido un índice previsto por la ley en el momento de la celebración del contrato y que, por ese motivo, no puede apreciarse que esta cláusula crea un desequilibrio importante entre las partes.

Mediante su duodécima cuestión prejudicial, relativa a la sustitución de una cláusula abusiva, según la reformulación del TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional sustituya ese índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando esos dos índices producen los mismos efectos.

que se condenase a Unión de Créditos Inmobiliarios a devolver la diferencia pagada en exceso, más los intereses legales. El profesional, Unión de Créditos Inmobiliarios, se opuso a dicha demanda invocando la validez de la cláusula controvertida. Según el órgano jurisdiccional remitente, muchos juzgados y audiencias provinciales españoles han declarado la nulidad de cláusulas que imponen el IRPH.

Mediante su decimosexta cuestión prejudicial, relativa a la suspensión de asuntos conexos a la espera de una respuesta a una petición de decisión prejudicial, según la reformulación del TJUE, el órgano jurisdiccional remitente considera que el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le impide suspender los asuntos conexos a un asunto que es objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia y se pregunta sobre la compatibilidad de dicho artículo con el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/13.

Doctrina. En relación con las cuestiones prejudiciales primera a cuarta y decimocuarta, relativas a la información previa al consumidor, primeramente, el TJUE se remite al apartado 56 y al punto 3 del fallo de la sentencia *Gómez del Moral Guasch* a fin de recordar que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. El TJUE señala dos elementos importantes para la valoración del juez nacional. Por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. Se remite también al apartado 55 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch*, para afirmar que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz de los elementos interpretativos ofrecidos en dicha sentencia y, en particular, de sus apartados 53 y 54, si, en el contexto de la celebración del contrato controvertido en el litigio principal, la entidad bancaria cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.

En este punto el TJUE recuerda la separación de funciones entre TJUE y órgano jurisdiccional nacional, de forma que la competencia del TJUE comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13, mientras que únicamente el juez nacional es competente para constatar y apreciar los hechos del litigio

principal y para interpretar y aplicar el Derecho nacional y, en consecuencia, llevar a cabo las comprobaciones necesarias, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo. Por lo tanto, también corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que es el único que tiene conocimiento de todos los elementos pertinentes del litigio principal, proceder a la apreciación del conjunto de estos elementos para determinar si, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice IRPH de las cajas de ahorros españolas y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Con relación al artículo 3 de la Directiva 93/13 sobre el que también pregunta el órgano jurisdiccional remitente en estas cuestiones, el TJUE se remite a la respuesta dada a las cuestiones prejudiciales quinta a undécima, decimotercera y decimoquinta.

De esta forma, el TJUE concluye que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera a cuarta y decimocuarta que el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de proporcionar al consumidor, en el momento de celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice Euribor, siempre que esa normativa y esa jurisprudencia permitan al juez comprobar no obstante que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras²⁷⁶.

En relación con las cuestiones prejudiciales quinta a undécima, decimotercera y decimoquinta, relativas a los criterios de apreciación del carácter

²⁷⁶ *Ibid.*, apdos. 23 a 29.

abusivo de una cláusula contractual, el TJUE se remite a la sentencia Banco Primus de 26 de enero de 2017 (C-421/14, EU: C:2017:60), con arreglo a la cual los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva.

Por tanto, la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. El TJUE pasa a referirse a la distribución de funciones: corresponde al TJUE establecer los criterios o indicaciones que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual y corresponde a este pronunciarse sobre la calificación concreta de la cláusula en función de las circunstancias propias del caso.

A continuación, el TJUE se refiere al artículo 3.1 señalando que incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos 3, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula controvertida cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva. El TJUE sostiene que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 a través de los conceptos de «buena fe» y de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no se haya negociado individualmente.

A continuación, el TJUE traza los criterios que debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional a la hora de apreciar si la cláusula controvertida es abusiva. Se refiere el TJUE a que el concepto de «buena fe» es inherente al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual y con respecto a en qué circunstancias el desequilibrio se causa «contrariamente a las exigencias de la buena fe», se remite al considerando decimosexto de la Directiva 93/13, en el sentido de que los órganos jurisdiccionales deben comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Por otro lado, el examen de la existencia de un posible «desequilibrio importante» por cláusulas que prevén, a cargo del consumidor, gastos distintos de los intereses, no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza

cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de la imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. También recuerda el TJUE que el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando, en el momento de celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato, o de otro contrato del que dependa.

A la luz de estos criterios, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, en su caso, apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula controvertida y determinar si, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, debe considerarse que el profesional actuó de buena fe al elegir un índice previsto por la ley. El TJUE concluye señalando que procede responder a las cuestiones prejudiciales quinta a undécima, decimotercera y decimoquinta que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que consideran que la falta de buena fe del profesional es un requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control del contenido de una cláusula no transparente de un contrato celebrado con un consumidor. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, debe considerarse que el profesional actuó de buena fe al elegir un índice previsto por la ley y si la cláusula que incorpora tal índice puede causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

El TJUE aborda a continuación la duodécima cuestión prejudicial relativa al problema de la sustitución del índice de referencia por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato.

El TJUE señala que en el apartado 67 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch*, y en el punto 4 del fallo de esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una

cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

Recuerda el TJUE que, por una parte, el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de aplicación de esta las cláusulas contractuales que reflejen «disposiciones legales o reglamentarias imperativas», expresión que, a la luz del decimotercer considerando de esta Directiva, comprende no solo las disposiciones de Derecho nacional que se aplican a las partes contratantes con independencia de su elección, sino también las que tiene carácter supletorio, esto es, las que se aplican por defecto cuando las partes no hayan pactado otra cosa. De ello deduce el TJUE que en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente confirme que el índice legal de sustitución se basa en una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio en el sentido de esta jurisprudencia, dicho índice está comprendido en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de esta.

Por lo tanto, una cláusula contractual que incorpore un índice de este tipo no puede ser objeto de control respecto a su carácter supuestamente abusivo, ya que refleja un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos establecido por el propio legislador nacional.

Concluye el TJUE que procede responder a la duodécima cuestión prejudicial que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fije un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional sustituya dicho índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando esos dos índices producen los mismos efectos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch*.

Con respecto a la decimosexta y última cuestión prejudicial relativa al artículo 43 LEC y la suspensión de asuntos conexos a la espera de una respuesta a la petición de decisión prejudicial, el TJUE se apoya en su propia jurisprudencia y en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento para sostener que el órgano jurisdiccional remitente no ha proporcionado ninguna indicación precisa sobre las razones por las que considera que la respuesta a esa cuestión prejudicial es necesaria para resolver el litigio del que conoce, por lo que, al no

cumplir los requisitos del artículo 94 del Reglamento del Procedimiento, es considerada manifiestamente inadmisibile.

Comentarios. Con respecto a la información previa al consumidor, en el auto ahora comentado, el TJUE parte de los mismos razonamientos que en el auto de la misma fecha *Gómez del Moral Guasch II* y llega a las mismas conclusiones, con la salvedad de que en el fallo de la resolución ahora comentada se habla de la normativa y jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de proporcionar al consumidor, en el momento de la celebración del contrato, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice Euribor, mientras que, en el fallo del auto *Gómez del Moral Guasch II*, el TJUE se refiere a permitir al profesional no incluir en el contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recoja la evolución de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial. Otra diferencia apreciada se refiere a que en el fallo del auto ahora comentado al resolver la pregunta relativa a la sustitución del IRPH por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, el TJUE no menciona el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 mientras que en el fallo del auto *Gómez del Moral Guasch II* llega a la misma conclusión, pero utiliza la expresión «a la luz del artículo 1, apartado 2, de esta Directiva». Además, en el fallo de *Unión de Créditos Inmobiliarios* se refiere a que «esos dos índices producen los mismos efectos» mientras que en *Gómez del Moral Guasch II* se refiere a que «ambos índices se determinan por un método de cálculo de un nivel de complejidad equivalente y el Derecho nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones entre las partes, a condición de que el índice sustitutivo refleje efectivamente una disposición supletoria de Derecho nacional». Por supuesto, existen otros aspectos diferenciados en ambas resoluciones, toda vez que algunas de las preguntas se refieren a cuestiones distintas. El TJUE atribuye al órgano jurisdiccional nacional la función de determinar, en base a las circunstancias pertinentes del litigio principal, si el profesional actuó de buena fe al elegir un índice previsto por la ley y si la cláusula produce un desequilibrio importante. Como hemos aludido en nuestros comentarios sobre el auto *Gómez del Moral Guasch II*, el Tribunal Supremo en su STS número 42/2022 de 27 de enero (ES: TS:2022:153), cuyos razonamientos son reiterados en las posteriores, considera que ni hay mala fe, ni hay desequilibrio importante.

Caso 66. *Caixabank (contra AW)*²⁷⁷: Reiteración de las indicaciones sobre la cláusula IRPH dadas en *Unión de Créditos Inmobiliarios* y en *Gómez del Moral Guasch I y II*.

Hechos. La petición se presentó en el contexto de un litigio instado por los consumidores AW y PN contra la entidad Caixabank en relación con una cláusula que impone el índice de referencia de IRPH²⁷⁸.

Mediante sus cuestiones prejudiciales primera a cuarta, octava a undécima y decimotercera, que han sido examinadas conjuntamente por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, cuál es, según los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 93/13, la información precontractual que el profesional debe facilitar al consumidor para que este pueda evaluar las consecuencias económicas de su obligación contractual. En particular, si estas disposiciones se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de facilitar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución pasada del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, llevando a cabo una comparación con, al menos, un índice diferente, como el euríbor.

²⁷⁷ Asunto C-254/22. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 28 de febrero de 2023, AW, PN contra Caixabank, S. A., petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca. EU: C:2023:134. El asunto fue resuelto sin conclusiones escritas del Abogado General Sr. Emiliou, al que le fue asignado.

²⁷⁸ El 31 de enero de 2001, los consumidores suscribieron con la Caixabank un contrato de préstamo hipotecario de 78.131,57 euros para financiar la adquisición de una vivienda. El contrato contenía una cláusula que fijaba un tipo de interés variable, igual al índice de referencia de préstamos hipotecarios (en lo sucesivo, «IRPH») incrementado en un 0,50 %. Los consumidores formularon demanda contra Caixabank en la que alegaban, en primer término, que la entidad financiera no había facilitado ninguna información precontractual relativa al IRPH y a su utilización minoritaria en los contratos de préstamo y, en segundo término, que dicho índice no había sido claramente identificado en el contrato objeto del litigio principal con arreglo a su denominación habitual —esto es, «IRPH»—, sino que figura en una cláusula redactada de forma incomprensible para el consumidor medio. Sostienen que tal práctica abusiva del profesional les causó un perjuicio económico, ya que tuvieron que pagar unos intereses considerablemente más elevados que los que hubieran debido satisfacer si se hubiera elegido el euríbor como índice de referencia para calcular el tipo de interés de su contrato. Por consiguiente, solicitan, con carácter principal, que se declare la nulidad de la cláusula que se refiere al IRPH y que se ordene al profesional que devuelva las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de esta cláusula y, con carácter subsidiario, que se sustituya el IRPH por el índice euríbor. Por su parte, Caixabank estima que la cláusula controvertida, redactada de forma clara y sencilla, fue negociada. Sostiene que los demandantes en el litigio principal fueron advertidos por el notario antes de la firma del contrato acerca del contenido de esta cláusula, que el IRPH es un índice de referencia controlado y fijado por el Banco de España y que su funcionamiento, su modo de cálculo y su evolución son objeto de publicación oficial. El órgano jurisdiccional remitente estima que el profesional no ha facilitado al consumidor una información adecuada y suficiente para comprender el elemento esencial del contrato, esto es, las características del IRPH y su funcionamiento y plantea cuestión prejudicial con quince preguntas sobre la interpretación del Derecho de la Unión.

Mediante las cuestiones prejudiciales sexta, séptima, duodécima y decimocuarta, que también son examinadas conjuntamente por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación y a una jurisprudencia nacionales según las cuales la falta de buena fe del profesional es un requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control del contenido de una cláusula no transparente que introduce voluntariamente el IRPH en un contrato celebrado con un consumidor, habida cuenta del hecho de que cabe considerar que el profesional actuó de buena fe al optar por un índice previsto normativamente en el momento de la celebración del contrato y de que, por consiguiente, no es posible concluir que esta cláusula cause un desequilibrio importante entre las partes.

Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 7²⁷⁹ de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo hipotecario, el juez nacional sustituya ese índice por otro índice con el fin de que el profesional deje de disfrutar de la ventaja que le confiere el índice inicial.

Doctrina. Para contestar a la preguntas relativas a la información precontractual del consumidor el TJUE recuerda lo dicho en su sentencia *Gómez del Moral Guasch*²⁸⁰ al afirmar que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales

²⁷⁹ El apartado 62 del auto concerniente a lo que pregunta el órgano remitente se refiere literalmente a «si el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que [...]». Parece que es un error del TJUE ya que en la pregunta quinta del órgano jurisdiccional remitente se refiere al artículo 7 de la Directiva 93/13. Así puede constatarse examinando el apartado 26 del auto.

²⁸⁰ As. C-125/18. STJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*.

relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. Señala el TJUE que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz de los elementos de interpretación expuestos en esa sentencia, y en particular de sus apartados 53 y 54, si, en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, el profesional cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.

También recuerda el TJUE la archiconocida separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, siendo el juez nacional el competente para constatar y apreciar los hechos del litigio principal y para interpretar y aplicar el Derecho nacional, de forma que corresponde al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias relativas a las obligaciones de información a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, así como llevar a cabo la valoración del conjunto de estos elementos para determinar si, habida cuenta de la información públicamente disponible y accesible y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estaba en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del IRPH y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, sobre sus obligaciones financieras de una cláusula que fija un tipo de interés variable.

Por ello, concluye el TJUE que los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de facilitar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución pasada del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, llevando a cabo una comparación con, al menos, un índice diferente, como el euríbor, siempre que esta normativa y esta jurisprudencia nacionales permitan al juez comprobar que, habida cuenta de la información públicamente disponible y accesible y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estaba en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias

económicas, potencialmente significativas, de una cláusula que fija un tipo de interés variable sobre sus obligaciones financieras ²⁸¹.

Con respecto a las preguntas relativas a los criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, el TJUE viene a señalar, en primer lugar, que si el juez nacional considera que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, le incumbe examinar si tal cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate, incumbiendo al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos 3.1 y 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas la circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva. Los conceptos de «buena fe» y de «desequilibrio importante» del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 delimitan tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente, desprendiéndose de ello que el concepto de buena fe es inherente al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual. Señala el TJUE que por lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias el desequilibrio se causa «contrariamente a las exigencias de la buena fe», habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha indicado, en su jurisprudencia, a los órganos jurisdiccionales nacionales que estos deben comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación.

El desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato, considerado en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. Observa el TJUE que a la luz del artículo 4.1 de la Directiva 93/13 y de los criterios antes mencionados corresponde al órgano jurisdiccional remitente, en su caso, apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula controvertida y determinar si, habida

²⁸¹ Asunto C-254/22. Auto del TJUE de 28 de febrero de 2023, *Caixabank (contra AW)*, apdos. 44 a 49.

cuenta de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, debe considerarse que el profesional actuó de buena fe al elegir un índice previsto por la ley. Concluye el TJUE que los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales según las cuales la falta de buena fe del profesional es un requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control del contenido de una cláusula no transparente de un contrato celebrado con un consumidor. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, debe considerarse que el profesional actuó de buena fe al fijar el tipo de interés de un préstamo hipotecario tomando como referencia un índice previsto por la ley, y si la cláusula que incorpora tal índice puede causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato²⁸².

En cuanto a la pregunta sobre la sustitución de la cláusula abusiva, el TJUE recuerda las premisas sobre la doctrina de la no integración. Descendiendo al litigio principal, señala el TJUE que una revisión por el órgano jurisdiccional nacional del contenido de la cláusula controvertida y su sustitución por el índice euríbor equivaldría a una modificación de esta cláusula. Dado que, por otra parte, resulta de la petición de decisión prejudicial que la anulación de dicha cláusula a raíz de la declaración de su carácter abusivo no impediría la subsistencia del contrato, se desprende de la motivación expuesta en los apartados 64 a 66 del auto (se refiere el TJUE a la doctrina de la no integración) que tal revisión no sería compatible con el objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, que consiste, según los términos de esta disposición, en que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. A ello añade el TJUE que, según el órgano jurisdiccional remitente, la situación generada por el contrato objeto del litigio principal es diferente de la contemplada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada anteriormente, ya que, en el presente caso, la mera supresión de la cláusula controvertida no reportaría ningún beneficio o ventaja patrimonial al consumidor respecto de su situación contractual anterior a la presentación de su demanda por la que solicita la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula. A ese respecto, recuerda el TJUE que el objetivo de la Directiva 93/13 no es el de procurar una ventaja económica a los consumidores, sino el de protegerlos contra las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los profesionales. También señala el TJUE que la

²⁸² *Ibid.*, apdos. 51 a 61.

supresión de la cláusula controvertida permitiría disuadir al profesional de incluir una cláusula de ese tipo en un futuro contrato con un consumidor, lo cual es compatible con el objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Argumenta el TJUE que en una situación como la del litigio principal, en la que el contrato puede subsistir sin la cláusula controvertida, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no permite que un juez nacional modifique el contenido de esta cláusula por el mero hecho de que la supresión de dicha cláusula no reportaría un beneficio económico al consumidor. En efecto, la facultad del juez nacional no puede ir más allá de la sustitución, con carácter excepcional, de la cláusula declarada abusiva por una normativa supletoria nacional en atención al mayor perjuicio que le causaría al consumidor la anulación del contrato en su totalidad. A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo hipotecario, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. En vista de lo expuesto, el TJUE concluye que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fija el tipo de interés variable de un préstamo hipotecario recurriendo a un índice de referencia, el juez nacional sustituya ese índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir tras la supresión de dicha cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad deje al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales²⁸³.

Comentarios. En la medida en que la mayor parte de las cuestiones planteadas en este asunto ya fueron contestadas en los tres casos resueltos anteriormente por el TJUE en materia de cláusula IRPH (STJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*²⁸⁴ y autos de 17 de noviembre de 2021, *Gómez del Moral Guasch II*²⁸⁵ y *Unión de Créditos Inmobiliarios*²⁸⁶), como

²⁸³ *Ibid.*, apdos. 66 a 77.

²⁸⁴ As. C-125/18. STJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*.

²⁸⁵ As. C-655/20. Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021, *Gómez del Moral Guasch II*.

²⁸⁶ As. C-79/21. Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021, *Unión de Créditos Inmobiliarios*.

era previsible, el Tribunal de Justicia responde en términos muy similares a cómo lo hizo en los asuntos anteriores. De hecho, el punto primero del fallo del asunto ahora comentado relativo a la información precontractual del consumidor es prácticamente idéntico al punto primero del fallo del asunto *Unión de Créditos Inmobiliarios*.

A la hora de contestar a las preguntas sobre los criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual el TJUE recuerda que el concepto de buena fe es inherente al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual. El juicio de abusividad conlleva apreciar si el desequilibrio importante se causa en contra de las exigencias de la buena fe. Al respecto hay que tener en cuenta la premisa de que el juez nacional debe comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptara una cláusula de este tipo en el marco de una negociación. En cuanto al desequilibrio importante, resultaría de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, considerado en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de: a) una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato; b) un obstáculo al ejercicio de estos derechos; c) una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. El contenido de la conclusión del TJUE es idéntico al del punto segundo del fallo del asunto *Unión de Créditos Inmobiliarios*. Podría calificarse dicha conclusión un tanto «engañosa», puesto que, por un lado, viene a decir que sería incompatible con la Directiva 93/13 una normativa y una jurisprudencia nacionales según las cuales la falta de buena fe del profesional es un requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control del contenido de una cláusula no transparente de un contrato celebrado con un consumidor. La efectividad de esta primera conclusión estaría sometida a determinar si verdaderamente eso es lo que dice la normativa y la jurisprudencia nacionales, que no es el caso, a nuestro entender. Es evidente que nuestra normativa no exige como requisito previo la falta de buena fe para llevar a cabo el juicio de abusividad, puesto que el artículo 82.1 del TRLGDCU reproduce casi literalmente el artículo 3.1 de la Directiva 93/13. Tampoco parece que nuestro Tribunal Supremo imponga ese requisito previo para el juicio de abusividad. La segunda conclusión del TJUE en ese segundo punto de su fallo –también idéntica a la expuesta en *Unión de Créditos Inmobiliarios*– es que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, debe considerarse que el profesional actuó de buena fe al fijar el tipo de interés de un préstamo hipotecario tomando como referencia un índice previsto por la ley, y si la cláusula

que incorpora tal índice puede causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Del auto en el que se plantea la cuestión prejudicial parece deducirse que el órgano remitente considera que el profesional no actuó de buena fe y que la cláusula del IRPH causa un desequilibrio importante y, por tanto, es abusiva. No obstante, el criterio del Tribunal Supremo en el sentido de que la cláusula del IRPH es compatible con la Directiva 93/13 es muy claro y se ha reflejado en sentencias como la STS número 42/2022, de 27 de enero de 2022 (ECLI: ES: TS:2022:153), por lo que la calificación como abusiva de la cláusula del IRPH por parte del juzgado de instancia tendría un corto recorrido. El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca, al igual que lo hicieran anteriormente el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona –por dos veces– y el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, ha intentado forzar una respuesta del TJUE que obligara al Tribunal Supremo a modificar su postura sobre la cláusula del IRPH, pero ello no ha sucedido, sino que el TJUE se limita a reiterar sus criterios anteriores en base a los cuales el TS dictó la ya mencionada sentencia de 27 de enero de 2022 confirmando la compatibilidad de la cláusula IRPH con la Directiva 93/13.

Finalmente, nos llaman la atención diversas cuestiones en el tratamiento por parte del TJUE de la última pregunta contestada en el auto relativa a la sustitución de la cláusula abusiva. No ayuda al TJUE, en nuestra opinión, que el auto de remisión²⁸⁷ sea tan extenso –32 páginas–, ni tampoco que se planteen nada menos que quince preguntas. Es loable el esfuerzo de la juez de instancia, pero quizá no sea esa la fórmula más efectiva ante el TJUE. En primer lugar, al reformular la pregunta, el TJUE modifica radicalmente el contenido de la pregunta²⁸⁸. Lo que parece que pregunta el juez remitente es la posibilidad de anular la cláusula abusiva relativa al IRPH, mantener el contrato sin la cláusula abusiva al entender que puede subsistir sin ella, considerando

²⁸⁷ Auto de 4 de abril de 2022 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca (ES: JPI:2022:24A).

²⁸⁸ La pregunta del órgano judicial remitente es: «Se cuestiona si el artículo 7 de la Directiva 93/13/CE resultaría contrario a la decisión de un juez nacional de declarar nula por abusiva la cláusula IRPH cuando el contrato de préstamo puede subsistir sin la cláusula y sin necesidad de que sea sustituida por otro índice de referencia al seguir existiendo remuneración al profesional a través del diferencial positivo aplicado» (apdo. 26 del auto del TJUE comentado). Sin embargo, el TJUE transforma esa pregunta en la que se expone a continuación: «Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo hipotecario, el juez nacional sustituya ese índice por otro índice con el fin de que el profesional deje de disfrutar de la ventaja que le confiere el índice inicial» (apdo. 62 del auto comentado).

que el préstamo devengaría un interés que sería el diferencial positivo pactado (0,50%). El planteamiento del juzgado de instancia es innovador, aunque parece que tiene algunas sombras. Parece que en un contrato de préstamo la cláusula relativa al IRPH define el objeto principal del contrato²⁸⁹. Por ello, la eliminación de la cláusula que fija el interés a través del IRPH conllevaría la anulación del contrato, al no poder subsistir sin dicha cláusula. De esta forma, el planteamiento del juez remitente no parece que esté sustentado sobre una base firme. En cualquier caso, el TJUE modifica totalmente el sentido de la pregunta y la enfoca en torno a la sustitución del índice por otro índice con el fin de que el profesional deje de disfrutar de la ventaja que le confiere el índice inicial. Como hemos dicho, el juez remitente no se refiere a sustituir el índice, sino a que, eliminado el IRPH solo se aplica el diferencial como remuneración al profesional. En segundo lugar, nos parece un tanto extraña la argumentación del TJUE en el desarrollo de sus razonamientos. Así, se refiere el TJUE a la revisión por el órgano jurisdiccional nacional del contenido de la cláusula controvertida y su sustitución por el índice Euribor. También señala el TJUE que «en una situación como la del litigio principal, en la que el contrato puede subsistir sin la cláusula controvertida, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permite que un juez nacional modifique el contenido de esta cláusula por el mero hecho de que la supresión de dicha cláusula no reportaría un beneficio económico» (apdo. 74). La subsistencia del contrato sin la cláusula del IRPH es, cuando menos, muy discutible. La imposibilidad de modificación sí es, a nuestro entender, conforme con la doctrina del TJUE. Lo trascendental, a nuestro modo de ver, es que en caso de nulidad de la cláusula del IRPH –algo que el Tribunal Supremo ha negado reiteradamente– el juez nacional únicamente puede sustituir el índice de referencia por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo de las partes, es decir, de aplicación con carácter supletorio, debiendo concurrir para ello dos circunstancias: que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir tras la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad deje al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (así podría suceder cuando el consumidor debe reintegrar el préstamo). Por todo ello, no cabe sustituir el IRPH por el Euribor, ni tampoco cabe eliminar el IRPH y que el préstamo devengue como interés el diferencial. En cualquier caso, en el auto comentado el TJUE reitera los criterios e

²⁸⁹ En *Caixabank (y X)*, STJUE de 16 de marzo de 2023, C-565/21, a la hora de evaluar si la comisión de apertura define o no el objeto principal del contrato, el TJUE conceptúa el contrato de crédito como un contrato en el que «el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este, por su parte, se compromete principalmente a reembolsar, por regla general con intereses, esa cantidad en los plazos previstos» (apdo. 18).

indicaciones expuestos en los asuntos anteriores sobre el IRPH, que llevaron al TS a dictar la STS número 42/2022 de 27 de enero de 2022, con la que la juez remitente no está de acuerdo –según refleja en el auto de remisión–, por lo que de momento lo declarado en el auto del TJUE sobre la eventual sustitución de la cláusula abusiva no tendría trascendencia práctica más allá de la que, eventualmente, le pueda dar el juzgado remitente, sin perjuicio de un hipotético cambiodeposturadelTribunalSupremo–situaciónqueparececomplicada–como consecuencia de los pronunciamientos pendientes del TJUE en el ámbito de la cláusula IRPH.

4.8 PUNTOS CONTROVERTIDOS ENTRE LOS PLANOS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL CON RESPECTO A LA CLÁUSULA IRPH

La sentencia *Gómez del Moral Guasch* fue objeto de algunas críticas por parte de la doctrina que vamos a tratar a continuación. Uno de los aspectos más polémicos se refiere a la declaración del TJUE en el sentido de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorro resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990 del Banco de España, publicada a su vez en el «Boletín Oficial del Estado». Al respecto considera Sáenz de Jubera Higuero²⁹⁰ que no puede basarse la comprensibilidad del cálculo de un índice en el hecho de que se publique en el BOE la norma con la fórmula, sino que debiera incidirse más en el hecho de que se informe realmente sobre los conceptos utilizados en la fórmula publicada. Consideramos acertadas las observaciones de Sáenz de Jubera. A nuestro juicio, la publicación en el BOE «no garantiza» que esa información llegue al consumidor medio. Utilizo la misma expresión que el propio TJUE en el apdo. 39 de la sentencia *BBVA* de 29 de octubre de 2015²⁹¹. Se puede deducir de lo declarado por el TJUE en dicho apartado que la publicación en el BOE de la Ley 1/2013 de la que forma parte su disposición transitoria cuarta que fijaba el plazo preclusivo de un mes desde la entrada

²⁹⁰ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 2020, p. 1851.

²⁹¹ STJUE *BBVA*, apdo. 39: «Por consiguiente, debe señalarse que la disposición transitoria controvertida, en la medida en que prevé que el plazo preclusivo comienza a correr en el presente caso sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado antes de entrar en vigor esa Ley, no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión» (Subrayado es nuestro).

en vigor de la ley para la formulación del incidente extraordinario de oposición no garantizaba el ejercicio efectivo del nuevo derecho por el consumidor ejecutado. Al no existir una información individualizada no se puede garantizar que haya sido recibida por el consumidor. Esta idea sería trasladable a la problemática del IRPH, teniendo en cuenta, además, que no hablamos de una ley como en *BBVA*, sino de la Circular 8/1990 del Banco de España. Difícilmente se puede mantener que la publicación en el BOE de una circular del Banco de España en el año 1990 generaba el efecto de que las informaciones de esa circular eran fácilmente asequibles a cualquier consumidor cuando se sostiene que la publicación de una ley en el BOE no garantiza que haya llegado a conocimiento de los consumidores afectados –lo que resulta evidente–.

No obstante, otros autores contemplan el problema en sintonía con lo declarado por el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020. Así, a resultas de dicha sentencia, Guilarte Gutiérrez formuló una serie de conclusiones²⁹² antes de que se pronunciara el Tribunal Supremo, en una línea muy similar a la que posteriormente adoptó el Alto Tribunal, señalando, entre otros extremos, que cualquier consumidor razonablemente atento tenía acceso a la información al ser publicada en el BOE y por el Banco de España, siendo irrelevante el hecho de no haber incluido en el folleto informativo la evolución del Índice los dos años anteriores.

²⁹² Las conclusiones de Guilarte Gutiérrez en «Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (II)», *Almacén de Derecho*, 9/junio/2020, fueron las siguientes:

«1.^a) A efectos de transparencia material la pretendida complejidad del IRPH no es tal dado que se podía conocer su funcionamiento con facilidad (punto 53 STJUE de 3 de marzo). 2.^a) El hecho de no haber incluido en el folleto informativo la evolución del Índice los dos años anteriores (punto 54 STJUE) resultaba irrelevante desde el momento en que tal información se publicaba en el *BOE* y por el Banco de España: cualquier consumidor razonablemente atento tenía acceso a esa información. 3.^a) Control de transparencia material y juicio de abusividad obedecen a criterios de valoración diferentes sin que la eventual falta de transparencia derivada de una deficiente información precontractual sirva, paralelamente, para concluir nada respecto del desequilibrio prestacional determinante de la abusividad. No cabe refundir en uno solo lo que son dos controles diferentes.[no hay conclusión 4.^a]. 5.^a) Por ello la hipotética abusividad de la cláusula IRPH no puede derivarse de la falta de información precontractual sino de, en su caso, del hecho de que, en contra de la buena fe, produjera un desequilibrio en las obligaciones de una y otra parte en el momento de la celebración del contrato. 6.^a) Las elucubraciones sobre qué habría decidido el consumidor si hubiera conocido la evolución del IRPH no puede hacerse incurriendo en el sesgo retrospectivo. Por ejemplo, el hecho de que el IRPH incluyera los préstamos a interés fijo lo hacía hipotéticamente mas seguro frente a una subida del Euribor. 7.^a) La declaración como abusivo del IRPH exigiría acreditar que la inserción de la cláusula resultaba objetivamente perjudicial para el consumidor, en función de las circunstancias económicas específicamente pactadas en aquel momento, sin que pueda fundarse en una valoración meramente presuntiva acerca de lo que el consumidor hubiera hecho de haber conocido la ulterior evolución del Índice o de su comparación con el Euribor».

Disponible en <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2020-ii>

Con respecto al índice sustitutivo en caso de nulidad de la cláusula del IRPH, Martínez Gómez²⁹³ afirma que resulta del auto *Gómez del Moral Guasch II* que el juez nacional deberá sustituir el IRPH por un índice legal que refleje efectivamente una disposición supletoria de Derecho nacional, con independencia de que este contemple la sustitución para mantener el equilibrio de prestaciones en caso de sustitución pacífica, por lo que, una vez más, parece desterrar la opción de sustituir el IRPH por el Euribor, salvo que así se hubiera pactado en el contrato.

Según Anderson²⁹⁴, llegando a la conclusión –como hace la sentencia *Gómez del Moral Guasch*– de que sería aceptable revisar el contrato aplicando el índice de referencia contemplado por la Ley 14/2013, siempre que sea considerado supletorio por el Derecho español, tiene implicaciones relevantes. En primer lugar, el TJUE acepta que un contrato de préstamo no puede sobrevivir sin un tipo de interés, lo que no está nada claro –a criterio de la autora–. En segundo lugar, la sentencia implica que sustituyendo el IRPH por el Euribor no cumpliría con el Derecho europeo. En tercer lugar, el concepto de «disposiciones supletorias» parece ensancharse. Anderson²⁹⁵ considera que no habría inconveniente en sancionar al predisponente con la pérdida de los intereses, tal y como sucede en otros sistemas si se concede el préstamo pese a un análisis negativo de la solvencia del prestatario. Sostiene la autora que si bien eso es discutible lo que no tiene ningún fundamento legal es aplicar el Euribor en lugar del índice declarado no transparente y/o abusivo, dado que no se trata de un índice aplicable en defecto de pacto y constituye, por tanto, un claro ejemplo de integración del contrato, contraria a la reiteradísima doctrina del TJUE, y cuya única explicación radica en el hecho de que, en estos momentos, resulta más económico para el consumidor. Anderson llama la atención sobre el hecho de que el voto particular a las sentencias del TS de 12 de noviembre de 2020²⁹⁶ insista en la sustitución del IRPH por el Euríbor, incluso en un supuesto en que el préstamo databa de abril de 1999, es

²⁹³ MARTÍNEZ GÓMEZ, S., «¿Fin a la batalla judicial sobre la cláusula IRPH en Europa?», *Centro de Estudios de Consumo*, 2.diciembre.2021, p. 5.

Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Fin_a_la_batalla_judicial_sobre_la_clausula_IRPH_en_Europa.pdf

²⁹⁴ ANDERSON, M., «Can it Be Unfair to Use an Official Interest Index in a Mortgage Loan? Case Note to CJEU, C-125/18 *Gómez del Moral Guasch*», *EuCML (Journal of European Consumer and Market Law)*, 4/2020, p. 164.

²⁹⁵ ANDERSON, M., «El TJUE y el IRPH. ¿Reequilibrando la protección al consumidor en *Gómez del Moral Guasch*?» *Working Papers Jean Monnet Chair*, núm. 5, 2020, p. 15.

Disponible en http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/172789/1/Anderson-WP_2020_5%5b12450%5d.pdf

²⁹⁶ Voto particular de Don Francisco Javier Arroyo Fiestas a las sentencias números 595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020 –todas de 12 de noviembre de 2020–, ya citadas anteriormente.

decir, era anterior a la primera publicación del Euríbor en España y, por supuesto, a su uso generalizado, que acompañó al cambio de moneda. A nuestro modo de ver, es cierto que a resultas de lo que el TJUE declaró en la sentencia de 3 de marzo de 2020 y en los autos de 17 de noviembre de 2021 (posteriores al voto particular) no parece que la sustitución del IRPH por el Euríbor sea compatible con la postura expresada por el Tribunal de Justicia, que a pesar de que en algún caso se le preguntara directamente por esa sustitución (pregunta 12 de la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de Ibiza en el asunto *Unión de Créditos Inmobiliarios*), en ningún caso ha considerado la posibilidad de dicha sustitución. Estamos en el ámbito de uno de los problemas más complejos del Derecho de consumidores que es el relativo a los efectos de la declaración de nulidad cuando el contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva. Como hemos observado en otros apartados del presente trabajo, en nuestra opinión, el TJUE debe buscar soluciones que amparen verdaderamente al consumidor, lo que no siempre sucede. No le falta razón al magistrado Arroyo Fiestas cuando en su voto particular declara que una razón más para no aplicar el «Índice Ley 14/2013», es que se estableció para sustituir al IRPH, en caso de desaparición de este y no nos encontramos ante un supuesto de desaparición, sino de una declaración de nulidad de cláusula abusiva, por lo que sería incoherente, tras la nulidad, aplicar un índice que no está previsto para un supuesto de nulidad y que además se calcula en base a los mismos parámetros que el IRPH, con un resultado sensiblemente similar, con lo que se quebrantaría el principio de efectividad del Derecho Comunitario²⁹⁷. Ante esa situación, Arroyo Fiestas propone la aplicación del Euríbor por ser el índice mayoritariamente seguido en la práctica hipotecaria española, cuya aplicación supone un restablecimiento de las expectativas del consumidor sobre el coste del crédito y su aplicación en lugar del IRPH, no supone una actividad integradora del contrato, sino la aplicación del mayoritariamente aplicado en el Estado español, por el que podría haber optado si se le hubiese ofrecido la información legalmente preceptiva, siendo esta una solución compatible con el artículo 6.1 de la Directiva 93/2013, dado que el consumidor aceptaba un préstamo referenciado a un índice²⁹⁸. A la vista de la postura del TS sobre la inexistencia de abusividad en la cláusula del IRPH la discusión sobre su sustitución no tiene trascendencia práctica. No obstante, debemos señalar que, en el marco de la problemática de los efectos de la declaración de abusividad, el TJUE debería facilitar criterios de actuación para permitir al juez nacional

²⁹⁷ *Ibid.*, fundamento de Derecho sexto.

²⁹⁸ *Ibid.*, fundamento de Derecho séptimo.

alumbrar soluciones a fin de adaptar la doctrina de no integración a las circunstancias concretas en juego en pos de proporcionar al consumidor una tutela judicial efectiva. En ese sentido, si el Tribunal Supremo hubiera apreciado la naturaleza abusiva de la cláusula del IRPH, sería muy discutible aceptar como una solución efectiva para el consumidor –después de pleitear durante años– la sustitución del índice IRPH por el índice de la Ley 14/2013, con una trascendencia económica prácticamente inexistente.

4.9 LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA

El TJUE resuelve de forma aparentemente definitiva el interrogante sobre la posible naturaleza abusiva de la comisión de apertura mediante la sentencia de 16 de marzo de 2023, *Caixabank (contra X)*. Antes de esa sentencia el TJUE realiza planteamientos que parecen contradictorios. De un lado, en su sentencia de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, entre otros extremos, el TJUE manifestó que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente. De otro lado, en la sentencia *Kiss y CIB Bank* de 3 de octubre de 2019, el TJUE declaró que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia establecido en los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13. Ante esa situación nuestro Tribunal Supremo planteó cuestión prejudicial mediante auto de 10 de septiembre de 2021 (ES: TS:2021:10856A) haciendo constar que la respuesta dada por el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 vino determinada porque las indicaciones del órgano remitente expusieron la normativa interna y la jurisprudencia nacional de una manera distorsionada.

En *Caixabank (contra X)* el TJUE despeja todas las dudas «rectificando» al Tribunal Supremo en cuanto que el Tribunal de Luxemburgo declara que la comisión de apertura no define el objeto principal del contrato, sino que es cláusula accesorio, pero avalando la postura del Tribunal Supremo, dado que

no tiene naturaleza abusiva, bajo la condición de que la posible existencia de un desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez nacional aplicando los criterios emanados de la jurisprudencia del TJUE. Procedamos a estudiar dicha sentencia.

*Caso 67. Caixabank (contra X)*²⁹⁹ (*Commission d'ouverture du prêt*)³⁰⁰: La jurisprudencia del Tribunal Supremo que no considera abusiva la cláusula de comisión de apertura es compatible con el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 siempre que exista un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pudiendo ser abusiva una cláusula de comisión de apertura si no se han prestado los servicios de estudio y tramitación del préstamo o bien cuando la comisión sea desproporcionada en función del importe del préstamo –situaciones que, en principio, difícilmente se darán–.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de un procedimiento judicial instado por un consumidor contra una entidad bancaria relativo a la naturaleza abusiva de la cláusula de comisión de apertura de un contrato de crédito con garantía hipotecaria³⁰¹.

²⁹⁹ Asunto C-565/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023. Caixabank, S. A. y X. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo. EU: C:2023:212. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott a la que le fue asignado.

³⁰⁰ En Infocuria jurisprudencia (publicación oficial del TJUE) figura como título del presente asunto «Caixabank (Commission d'ouverture du prêt)», es decir, «Caixabank (Comisión de apertura de préstamo)». Con arreglo a la sistemática seguida en la presente tesis, la denominación con la que nos referiremos habitualmente a este asunto será «Caixabank (contra X)».

³⁰¹ Con fecha de 21 de septiembre de 2005, el consumidor celebró con la entidad bancaria un contrato de crédito con garantía hipotecaria, por un importe de 130.000 euros, que estipulaba el abono de un importe de 845 euros en concepto de comisión de apertura. Con fecha de 24 de abril de 2018, el consumidor presentó una demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitó la nulidad de la cláusula de comisión de apertura y la restitución de la cantidad abonada como consecuencia de su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad bancaria a devolver al consumidor el importe pagado. La entidad bancaria formuló recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Illes Balears), que lo desestimó por considerar que aquella no había justificado que el importe de la comisión se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo. A continuación, la entidad bancaria interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que es el órgano jurisdiccional remitente. El Tribunal Supremo considera que la respuesta que el Tribunal de Justicia dio en su sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19, EU: C:2020:578), a las cuestiones prejudiciales que se le plantearon sobre la comisión de apertura en los préstamos y créditos hipotecarios y sobre la jurisprudencia que acerca de esa cuestión ha establecido el Tribunal de Justicia vino determinada por el hecho de que los órganos judiciales remitentes expusieron la normativa interna y la jurisprudencia nacional de una manera distorsionada. A juicio del Tribunal Supremo, esta circunstancia propició que una parte importante de los órganos judiciales españoles interpretaran que esa sentencia del Tribunal de Justicia declaraba que la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo sobre la comisión de apertura era contraria al Derecho de la Unión. El TS le pregunta al TJUE con respecto a la comisión de apertura con la finalidad de que el TJUE acerque su postura a lo sostenido por el TS.

Mediante su primera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio.

Mediante su segunda cuestión prejudicial el Tribunal Supremo pregunta si el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula de un contrato de préstamo o crédito hipotecario que establece el cobro de una comisión de apertura, son pertinentes elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar por ley al potencial prestatario, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que puede prestar a esta cláusula el consumidor medio, ya que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el mismo momento de la concesión del préstamo o crédito, y la circunstancia de que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento importante del contrato.

Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de la solicitud de préstamo o crédito hipotecario, no causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Doctrina. El TJUE centra la primera cuestión considerando que el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre el alcance de la primera de las dos categorías de cláusulas prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, esto es, la que se refiere al «objeto principal del contrato». El TJUE recuerda que debe entenderse que las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter

accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte de ese concepto.

En un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este, por su parte, se compromete principalmente a reembolsar, por regla general con intereses, esa cantidad en los plazos previstos. También recuerda el TJUE que, en su sentencia de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (C-224/19 y C-259/19, EU: C:2020:578), el Tribunal de Justicia declaró que una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un contrato de préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este. Descendiendo al asunto controvertido, observa el TJUE que el órgano jurisdiccional remitente menciona en su petición de decisión prejudicial la STS número 44/2019, de 23 de enero (ES: TS:2019:102), en la que declaró que la comisión de apertura constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato de préstamo o crédito hipotecario y que, en consecuencia, forma parte del «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. El Tribunal Supremo explica que llegó a ese pronunciamiento teniendo en cuenta, en particular, la normativa nacional pertinente, que define la comisión de apertura como la retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito u otros servicios similares, pero siempre inherentes a la actividad del prestamista. Recuerda el TJUE que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 fija una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece dicha Directiva, por lo que esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta. Según las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente y el tenor de la primera cuestión prejudicial, la comisión de apertura cubre la retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito u otros servicios similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. El TJUE pasa a dar la clave sobre la respuesta y declara que habida cuenta de la obligación de interpretar de manera estricta el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede considerarse que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito, es decir, por un lado, la puesta a disposición de una cantidad de dinero por parte del prestamista y, por otro, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos. En efecto, resultaría contrario a dicha obligación de interpretación estricta incluir en el concepto de «objeto principal del contrato» todas las

prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal y que, por ello, son de carácter accesorio.

De esta forma, concluye el TJUE que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio³⁰².

En relación con la segunda pregunta, con carácter previo, sobre la base de lo contestado en la pregunta anterior, el TJUE corrige esta segunda pregunta y la mención relativa a que la cláusula controvertida constituya un «elemento esencial» del contrato es sustituida por la expresión «elemento importante» del contrato. El TJUE recuerda las premisas clásicas sobre la transparencia, entre otras, la concerniente a que el contrato debe exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.

Señala el TJUE que el prestamista no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales, pero es necesario que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen. La cláusula objeto del litigio principal debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuentan la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz³⁰³.

En la valoración sobre las consecuencias económicas de la cláusula debe tomarse en consideración el tenor de la cláusula examinada, la información

³⁰² Asunto C-565/21. STJUE de 16 de marzo de 2023, *Caixabank (contra X)*, apdos. 16 a 24.

³⁰³ *Ibid.*, apdos. 31 a 33.

ofrecida por la entidad financiera al prestatario, incluida la que esté obligada a ofrecer conforme a la normativa nacional pertinente, y la publicidad que dicha entidad realice en relación con el tipo de contrato suscrito, todo ello teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

A continuación, el TJUE se refiere a los factores enumerados por el Tribunal Supremo en su pregunta. En primer lugar, el conocimiento generalizado entre los consumidores de las cláusulas que establecen comisiones de apertura y el modo en que están redactadas dichas cláusulas en un contrato concreto, como el controvertido en el litigio principal, son dos cuestiones distintas. Señala el TJUE que la notoriedad de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible. En segundo lugar, la información obligatoria que la entidad financiera deba dar al potencial prestatario de acuerdo con la normativa nacional es un elemento pertinente para la valoración del carácter claro y comprensible, al igual que lo es, con carácter general, la información dada por dicha entidad al prestatario en el contexto de la negociación de un contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración de dicho contrato. En efecto, tal información tiene una importancia fundamental para el consumidor, pues en función, principalmente, de ella decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional. En tercer lugar, debe tomarse asimismo en consideración, como información ofrecida por el prestamista en el contexto de la negociación del contrato, la publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato suscrito. En cuarto lugar, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula de comisión de apertura, puede tomarse en consideración la especial atención que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, presta a una cláusula de este tipo en la medida en que esta estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito. En quinto lugar, a la característica consistente en que la redacción, ubicación y estructura de una cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato, ha de observarse que, habida cuenta de la respuesta a la primera cuestión prejudicial, de la que resulta que, en principio, una cláusula como la controvertida en el litigio principal no es un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, tal característica corresponde a una hipótesis inexacta, de modo que no puede ser un elemento pertinente en el litigio principal. En cambio, la ubicación y estructura de la cláusula en cuestión permiten constatar si constituye un elemento importante del contrato, pues esos elementos permitirán que el prestatario

evalúe las consecuencias económicas que se deriven para él de esa cláusula. El TJUE concluye que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen³⁰⁴.

Mediante la tercera cuestión el Tribunal Supremo viene a preguntar si su criterio de considerar la cláusula de la comisión de apertura como no abusiva es adecuado.

El TJUE parte de la idea de que la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», al que se refiere el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de dicha Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia debe limitarse a dar al Tribunal Supremo indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate. Siguiendo el orden del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, el TJUE se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, remitiéndose al decimosexto considerando de esta, señalando que el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. En cuanto a la existencia de un posible desequilibrio importante, observa el TJUE que su examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Así, un desequilibrio importante solamente puede resultar de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas

³⁰⁴ *Ibid.*, apdos. 41 a 46.

disposiciones, le confiere dicho contrato, de un obstáculo al ejercicio de estos derechos o de una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. A este planteamiento el TJUE añade que, conforme al artículo 4.1 de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Pasa el TJUE al análisis de la situación controvertida en conexión con los apartados 78 y 79 de su sentencia de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* –puesta en entredicho por el Tribunal Supremo sobre la base de una defectuosa información suministrada al TJUE por los órganos jurisdiccionales remitentes–, frente al apartado 55 de su sentencia de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*. El TJUE recuerda que en el apartado 78 de *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* señaló que, según lo indicado por uno de los órganos jurisdiccionales remitentes de aquellos asuntos, la Ley 2/2009 exigía que las comisiones y gastos repercutidos al cliente respondieran a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. Basándose en esas indicaciones el Tribunal de Justicia ha declarado, en esencia, que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen los requisitos fijados por la referida normativa nacional en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que deberá realizar el juez competente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato (apdo. 78 de la STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*). Una vez precisado lo anterior, la valoración de la posible existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes por lo que concierne al cobro de la comisión de apertura, cuyo destino, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, es cubrir el coste de las actuaciones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario debe efectuarse por el juez competente, a la luz del conjunto de criterios fijados por el propio TJUE en su jurisprudencia. Por lo que respecta a cláusulas de contratos de préstamo que se refieren a comisiones también previstas por el Derecho nacional, el Tribunal de Justicia aplicó esos criterios en el apartado 55 de la sentencia de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank* (C-621/17, EU: C:2019:820), al declarar que, a menos que no

pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo, o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de dichos gastos y dicha comisión sean desproporcionados a la vista del importe del préstamo, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que dichas cláusulas incidan negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor. Por esos mismos motivos, una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo. También puntualiza el TJUE que sería contraria al artículo 3.1 de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional de la que se desprendiera que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional. Esa jurisprudencia limitaría la facultad de los tribunales nacionales de llevar a cabo, de oficio en su caso, el examen, de acuerdo con esa disposición, de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión y, por consiguiente, no garantizaría un efecto pleno de los preceptos establecidos por la Directiva. De esta forma, el TJUE concluye que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Comentarios. Como hemos indicado en otro apartado de este trabajo, la sentencia que ahora comentamos es fruto de una remisión prejudicial que plantea el Tribunal Supremo al no quedar satisfecho de la respuesta dada por el TJUE a una determinada cuestión (la comisión de apertura) y, por tanto, ejemplifica una, llamemos, «nueva modalidad» del diálogo entre tribunales: el juzgado inferior plantea una cuestión prejudicial que es resuelta por el TJUE en un sentido no compartido por el Tribunal Supremo por lo que este plantea una nueva remisión prejudicial sobre la misma cuestión justificada en el hecho de que el juzgado inferior facilitó una información errónea al TJUE sobre la normativa interna y la jurisprudencia nacional. En principio, consideramos positiva esa estrategia si sirve para facilitar una mejor y más amplia interpretación del Derecho de la Unión que ayude a los jueces nacionales. La primera cuestión controvertida se refería a si la cláusula que prevé la comisión de apertura define el objeto principal del contrato o no. Su relevancia es clave puesto que si la respuesta es positiva –como sostenía el Tribunal Supremo– la cláusula de comisión de apertura no es objeto del juicio de abusividad, salvo en el supuesto de falta de transparencia. Por el contrario, si se trata de una cláusula accesoria va a estar sometida al juicio de abusividad en cualquier caso, sea o no transparente, con lo que las posibilidades de que sea declarada abusiva son mucho mayores. El TJUE resuelve el problema en el mismo sentido que lo hizo en la sentencia *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* de 16 de julio de 2020, es decir, considerando que se trata de una cláusula accesoria, puesto que el artículo 4.2 ha de ser interpretado de forma estricta, lo que resultaría contrario a incluir en el concepto de objeto principal del contrato todas las prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal que es poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, comprometiéndose este a reembolsar, por regla general con intereses, esa cantidad en los plazos previstas. En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que la cláusula de la comisión de apertura forma parte del objeto principal del contrato es contraria al artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Por otra parte, llama la atención las valoraciones dadas por el TJUE al listado de diferentes factores enumerados por el Tribunal Supremo a la hora de evaluar la transparencia de la cláusula. El TJUE recurre a su figura del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz –concepto elaborado para que el juez nacional pueda «medir» la transparencia– y admite la mayoría de esos factores, desechando el factor relativo al conocimiento generalizado entre los consumidores de las cláusulas que establecen comisiones de apertura. En cambio, sí habrán de tenerse en cuenta las circunstancias enumeradas por el Tribunal

Supremo relativas al modo en que están redactadas las cláusulas dentro del contrato, la información dada por la entidad al prestatario en el contexto de la negociación y dentro de esta la publicidad de la entidad financiera, el nivel de atención que puede esperarse que el consumidor medio presta a esta cláusula en la medida en que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del crédito y, finalmente, la ubicación y estructura de la cláusula a fin de permitir constatar que constituye un elemento importante del contrato. El TJUE viene a englobar todos esos factores dentro del concepto de «elementos de hecho pertinentes», de forma que el juez nacional debe comprobar a la vista de estos que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de la cláusula, entender la naturaleza de los servicios que recibe a cambio de la comisión de apertura y verificar que no haya solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen. Es decir, el TJUE, de manera muy efectiva, establece las premisas básicas que se aplican al conjunto de elementos de hecho: comprender la naturaleza de los servicios prestados y evitar el solapamiento. En la tercera y última etapa del proceso referida a la calificación o no como abusiva de la cláusula somos espectadores de una situación inédita o al menos excepcional consistente en que el TJUE tiene que contrastar las declaraciones aparentemente contradictorias contenidas en dos sentencias (STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* y STJUE de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*). El TJUE soluciona esa situación con gran oficio, manifestando que no parece que la cláusula que establece la comisión de apertura pueda incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor porque la comisión tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de la solicitud de préstamo. Establece como excepción el TJUE que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en ese ámbito o que el importe de la comisión sea desproporcionado. Sería contraria a la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que estableciera que no cabe en ningún caso considerar abusiva la cláusula de la comisión de apertura porque tiene por objeto servicios inherentes a la actividad del prestamista, puesto que estaría limitando las facultades del juez para evaluar una eventual naturaleza abusiva de la cláusula. Por tanto, la única condición que fija el TJUE es que el juez pueda realizar un control efectivo de la posible existencia de desequilibrio aplicando los criterios del propio TJUE. Como era de prever el TJUE considera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es compatible con la Directiva 93/13 porque no parece que la comisión de apertura, que es el cobro de los servicios de estudio

y tramitación de la solicitud de préstamo, incida negativamente en la posición del consumidor. Si analizamos lo dicho en la sentencia de 16 de julio de 2020 y lo dicho en esta sentencia, vemos que se contempla el problema desde perspectivas diferentes y en este segundo caso la conclusión es mucho más elaborada. En la primera el TJUE enfocaba el problema de manera negativa y venía a decir que la cláusula puede ser abusiva cuando la entidad financiera no demuestre que la comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos incurridos, correspondiendo la valoración al juez nacional (apdo. 79 de STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*). En la sentencia de 16 de marzo de 2023 el TJUE parte de que la comisión de apertura corresponde a los servicios que realiza el banco para estudiar y tramitar la solicitud del préstamo. Prácticamente, da por hecho que esos servicios tienen que existir porque si no existen no podría concederse el préstamo. En buena lógica es así. La propia celebración del contrato de préstamo es prueba de que la entidad bancaria ha estudiado y ha tramitado la solicitud de préstamo por lo que la jurisprudencia nacional que no considera abusiva la comisión de apertura es compatible con la Directiva 93/13. No obstante, el TJUE impone ciertas limitaciones que hay que tener en cuenta. La jurisprudencia nacional no puede establecer una regla en el sentido de que la cláusula de la comisión de apertura nunca es abusiva. Ello iría en contra de la Directiva 93/13 porque estaría limitando las facultades del juez nacional que tiene que evaluar la eventual naturaleza abusiva de la cláusula. De hecho, según el TJUE, una cláusula de comisión de apertura puede ser abusiva si no han existido esos servicios en el ámbito de la gestión o del desembolso del crédito o bien cuando la comisión sea desproporcionada en función del importe del préstamo. Por tanto, el TJUE se sirve del sentido común para solucionar todos los problemas planteados. En definitiva, la cláusula de la comisión de apertura es accesorio y no define el objeto principal del contrato, por lo que nuestro Tribunal Supremo estaba equivocado en su planteamiento al respecto. Ahora bien, la jurisprudencia del TS que considera que dicha cláusula no es abusiva es compatible con la Directiva 93/13, ya que parte de la idea de que constituye el pago por los servicios de estudio y tramitación del préstamo. Cada cláusula de comisión de apertura de cada contrato de préstamo que sea llevada a un procedimiento judicial para el enjuiciamiento sobre su eventual naturaleza abusiva debe ser objeto de evaluación individualizada por parte del juzgador correspondiente y, salvo que su importe sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo, el resultado esperado es que no sea abusiva porque responderá a la contraprestación por los servicios prestados por el banco para estudiar y tramitar la operación de préstamo. La sentencia del TJUE objeto del

presente comentario ha sido examinada y aplicada por el Tribunal Supremo en su sentencia número 816/2023, de 29 de mayo (ES: TS:2023:2131). El TS señala que el TJUE parte de que la comisión de apertura no es *per se* abusiva, sin perjuicio de que el tribunal nacional debe comprobar que se presten los servicios proporcionados como contrapartida y que el importe de la comisión de apertura no sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo. El TS configura una serie de consecuencias a la luz de la sentencia del TJUE. En ese sentido viene a decir que no se puede afirmar que la comisión de apertura sea válida o no lo sea, sino que dependerá del examen individualizado de cada caso. En consecuencia, el TS lleva a cabo ese análisis en el asunto controvertido, concluyendo que la cláusula figura claramente en la escritura pública, que no hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto y que no es desproporcionada (845 euros sobre un capital prestado de 130.000 euros, es decir, 0,65 %), por lo que la cláusula de apertura fue transparente y no abusiva. Dado que la Audiencia Provincial había desestimado el recurso de apelación del banco contra la sentencia que declaraba la nulidad de la cláusula en razón a que la entidad prestamista no había justificado que el cobro de la comisión se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo y que esa exigencia ha sido descartada expresamente por el TJUE como requisito de validez, el TS estima el motivo de casación formulado por la entidad bancaria revocando la declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura.

CAPÍTULO 5. CONTRIBUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA DEFINICIÓN DE LOS EFECTOS DE LA IDENTIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

SUMARIO:

- 5.1 Introducción.
- 5.2 Efectos de la identificación de una cláusula abusiva.
 - 5.2.1 Análisis jurisprudencial.
 - 5.2.2 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial.
- 5.3 El inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias a resultas de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva.
 - 5.3.1 Análisis jurisprudencial.
 - 5.3.2 Recientes planteamientos de cuestiones prejudiciales por tribunales españoles y opiniones doctrinales.
 - 5.3.3 Opinión del autor sobre la posible respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales.

5.1 INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más apasionantes que presenta en la actualidad la protección de consumidores en el marco de la Directiva 93/13 es la determinación de los efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula. Siguiendo el artículo 6.1 de la Directiva, en principio, la consecuencia es la eliminación de la cláusula, manteniendo el contrato su vigencia y obligatoriedad para las partes, siempre que este pueda subsistir sin la cláusula abusiva, correspondiendo al juez nacional decidir, con arreglo a su ordenamiento jurídico, si

es posible la subsistencia o no lo es. Al respecto, será clave valorar si la cláusula afecta al objeto principal del contrato, aunque ello no conlleva siempre la imposibilidad de subsistencia sin la cláusula abusiva. En el supuesto de que el contrato en su conjunto no pueda mantenerse sin la cláusula abusiva se abre un nuevo escenario. En caso de que exista una norma supletoria en Derecho nacional, al resultar imposible la subsistencia del contrato, el juez puede sustituir la cláusula nula por esa disposición supletoria si concurre una segunda circunstancia consistente en que la desaparición del contrato acarree graves perjuicios para el consumidor. Como veremos a continuación en sentencias como *Dexia*¹, *Kanyeba*², y otras, ese sería el esquema básico. No obstante, estos planteamientos pueden ser excepcionados por el TJUE, que adapta su jurisprudencia a las circunstancias concurrentes. Así, en *Caixabank (contra CY)*³, a pesar de tratarse de cláusulas accesorias y, por tanto, no concurriendo los dos condicionantes, el TJUE ha sostenido que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular un determinado aspecto en defecto de acuerdo entre las partes. No habiendo explicado el TJUE el motivo del tratamiento diferenciado, intuimos que, al tratarse de pagos a efectuar a un tercero, la eliminación de la cláusula no altera la obligación de realizar los pagos por lo que hay que recurrir a las normas supletorias de Derecho nacional para determinar la responsabilidad del profesional y del consumidor con relación a dichos pagos. Dentro del esquema descrito inicialmente hay otro elemento a tener en cuenta que es la voluntad del consumidor, ya que desde *Banif Plus Bank*⁴ tiene declarado el TJUE que el juez no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado por el juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a esa cláusula. En ese sentido, una vez apreciado por el juez que el contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva, el juez puede tener en consideración la voluntad del consumidor sobre la desaparición o el mantenimiento del contrato en su conjunto, no siendo eliminada la cláusula abusiva. A este panorama tenemos que añadir la reciente postura del TJUE relativa a que el juez nacional inste a las partes a fin de llegar a un acuerdo para la sustitución de la cláusula abusiva estableciendo los márgenes de la negociación. A pesar de las variadas opciones manejadas sigue sin existir una solución

¹ Asuntos C-229/19 y C-289/19. STJUE de 27 de enero de 2021, *Dexia*.

² Asuntos C-349/18 a C-351/18. STJUE de 7 de noviembre de 2019, *Kanyeba*.

³ Asuntos C-224/19 y C-259/19. STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank (contra CY)*.

⁴ Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*.

clara para el supuesto en el que concurren un conjunto de circunstancias: el contrato no puede subsistir, su nulidad conlleva perjuicios importantes para el consumidor, no existe disposición supletoria y el consumidor no desea que la cláusula abusiva le sea aplicada –postura lógica–. Por ello, desde la doctrina⁵ se apunta a la posibilidad de la corrección judicial del contrato, es decir, que sea el propio juez que conoce del litigio el que elabore una cláusula diseñada para restablecer un equilibrio justo de los derechos y obligaciones entre las partes, propuesta diferenciada –pero no muy lejana– a la integración de la cláusula abusiva. Dentro de los efectos de la identificación de una cláusula abusiva también trataremos un problema específico anejo a la acción restitutoria consistente en la determinación de la fecha de comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad de una cláusula, cuestión pendiente de una solución definitiva. A continuación, vamos a realizar un examen del conjunto de resoluciones del TJUE que han ido configurando las situaciones y soluciones que hemos mencionado, encontrándose todavía pendiente de escribir por parte del Tribunal de Luxemburgo el capítulo que resuelva los problemas antes descritos, como si de una novela de suspense se tratara.

5.2 EFECTOS DE LA IDENTIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

5.2.1 Análisis jurisprudencial

Caso 68. *Pereničová y Perenič*⁶: Para determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas el juez nacional debe adoptar un enfoque objetivo, no pudiendo basarse en el carácter eventualmente favorable para el consumidor de la anulación de dicho contrato en su conjunto.

Hechos. La petición prejudicial se presentó en el marco de un litigio instado por los consumidores, la Sra. Pereničová y el Sr. Perenič, contra SOS financ, spol. s r. o., entidad no bancaria que concede créditos al consumo, en

⁵ FARINA, M., «Unfair Terms and Supplementation of the Contract», *European Review of Private Law*, 3-2021, Kluwer Law International BV., 2021, p. 456.

⁶ Asunto C-453/10. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012. Jana Pereničová y Vladislav Perenič contra SOS financ spol. s r.o. petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Okresný súd Prešov (Eslovaquia) EU: C:2012:144. La Abogada General Sra. Trstenjak presentó sus conclusiones el 29 de noviembre de 2011.

solicitud de la declaración de nulidad de un contrato de crédito al consumo celebrado entre los interesados y dicha sociedad⁷.

Mediante la primera cuestión, el juzgado eslovaco preguntó si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales, en el caso de que comprueben la existencia de cláusulas abusivas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, decidir que dicho contrato en su conjunto no vincula al consumidor por la razón de que ello le es más favorable.

A través de la segunda cuestión, el tribunal eslovaco pregunta si la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real puede considerarse una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29, y, en caso de respuesta positiva cuáles son sus consecuencias.

Doctrina. El TJUE declara que los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de las cláusulas contractuales están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, por un lado, a extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no esté vinculado por dichas cláusulas y, por otro, a determinar si el contrato puede subsistir sin tales cláusulas abusivas. Además, el objetivo perseguido por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 93/13 consiste en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas⁸.

Por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, el TJUE señala que tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, como tiene señalado la Abogado General en los puntos 66 a 68 de

⁷ Los consumidores recibieron un crédito en marzo de 2008 en coronas eslovacas –de uso oficial en ese momento en Eslovaquia– por importe del equivalente a 4.979 euros que debían reembolsar en 32 mensualidades de 199 euros, a los que se añadía una trigésimo tercera mensualidad igual al importe del crédito concedido. Los demandantes en el procedimiento principal debían por tanto reembolsar una cantidad de 11.352 euros. La TAE se fijó en dicho contrato en un 48,63 %, mientras que, según el cálculo efectuado por el órgano jurisdiccional remitente, es en realidad del 58,76 %, ya que SOS no incluyó en su cálculo los gastos inherentes al crédito concedido. Además, se desprendía de la resolución de remisión que el contrato controvertido en el procedimiento principal contiene cláusulas que son desfavorables a los consumidores. El órgano jurisdiccional remitente señaló que una declaración de nulidad de dicho contrato de crédito a corto plazo en su conjunto, pronunciada por razón del carácter abusivo de determinadas cláusulas de éste, sería más favorable para los demandantes que mantener la validez de las cláusulas no abusivas de dicho contrato.

⁸ Asunto C-453/10. STJUE de 15 de marzo de 2012. *Pereničová y Perenič*, apdos. 30 y 31.

sus conclusiones⁹, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso, el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato¹⁰. Por consiguiente, manifiesta el TJUE que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin estas, el juez que conoce del asunto únicamente pueda basarse en el carácter eventualmente favorable, para el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto¹¹.

Dicho ello, el TJUE deja la puerta abierta a fin de que las legislaciones nacionales puedan elevar el nivel de protección de los consumidores, con el debido respeto del Derecho de la Unión, permitiendo declarar la nulidad total de un contrato entre un profesional y un consumidor que contenga una o varias cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del consumidor¹².

En conclusión, el TJUE considera que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin estas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes –en el caso de autos, el consumidor– de la anulación de dicho contrato en su conjunto. Sin embargo, dicha Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas es nulo en su conjunto cuando ello garantice una mejor protección del consumidor¹³.

En relación con la segunda cuestión, el TJUE, tras analizar la Directiva 2005/29 considera que una práctica comercial como la controvertida en el asunto principal, consistente en indicar en un contrato de crédito una TAE inferior a la real, constituye una información falsa sobre el coste total del crédito y, por consiguiente, sobre el precio contemplado en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29. Habida cuenta de que la indicación de dicha TAE hace o puede hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, lo que corresponde verificar al juez nacional, señala el TJUE que esta información falsa debe

⁹ Asunto C-453/10, conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak con fecha de 29 de noviembre de 2011.

¹⁰ Asunto C-453/10. STJUE de 15 de marzo de 2012. *Pereničová y Perenič*, apdo, 32.

¹¹ *Ibid.*, apdo, 33.

¹² *Ibid.*, apdos. 34 y 35.

¹³ *Ibid.*, apdo. 36.

calificarse de práctica comercial «engañosa» con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva¹⁴.

En cuanto a la relación de esa práctica comercial con la Directiva 93/13 manifiesta el TJUE que corresponde al órgano jurisdiccional remitente pronunciarse sobre la aplicación de los criterios generales enunciados en los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13 a una cláusula particular que debe ser examinada en función de todas las circunstancias propias del caso concreto.

Por lo que se refiere a las consecuencias que deban extraerse de la conclusión de que la indicación errónea de la TAE constituye una práctica comercial desleal, a la hora de apreciar, a la luz del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, la validez del contrato de que se trate en su conjunto, manifiesta el TJUE que la Directiva 2005/29 se aplica, conforme a su artículo 3, apartado 2, sin perjuicio del Derecho contractual y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos, lo que conlleva que la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial no incide directamente en la cuestión de si el contrato es válido con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

En conclusión, sostiene el TJUE que una práctica comercial, como la controvertida en el asunto principal, consistente en indicar en un contrato de crédito una TAE inferior a la real, debe calificarse de engañosa en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2005/29, siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, correspondiendo al juez nacional comprobar si tal es el caso en el asunto principal.

Así mismo, manifiesta el TJUE que la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros en los que el juez competente puede basar, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor. Ahora bien, dicha comprobación no incide directamente en la apreciación, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de la validez del contrato de crédito celebrado¹⁵.

Comentarios. En *Pereničová y Perenič* el TJUE se refiere a las relaciones entre la Directiva 93/13 y la Directiva 2005/29 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Para resolver la primera cuestión, el TJUE basa su

¹⁴ *Ibid.*, apdos. 37 a 41.

¹⁵ *Ibid.*, aptdo. 43 a 47.

razonamiento en el principio de equilibrio en el ámbito de la autonomía contractual, que excluye que las consecuencias legales sean operadas en favor de una sola de las partes en beneficio del consumidor. No obstante, los criterios con arreglo a los cuales el contrato no puede seguir existiendo no son aclarados por el TJUE ¹⁶. En esta sentencia, por primera vez, se trata la relación o conflicto entre la legislación contractual de consumidores y la legislación sobre prácticas comerciales abusivas, tanto desde la perspectiva sustantiva como desde la procedimental ¹⁷. Al respecto resulta muy interesante el detenido análisis llevado a cabo por la Abogada General sra. Trstenjak de las complicadas relaciones entre ambos instrumentos normativos ¹⁸. Al resolver el asunto el TJUE siguió las propuestas de la Abogada General.

El TJUE califica como engañosa la práctica comercial consistente en indicar una TAE inferior a la real «siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado» (apdo. 47 de *Perenicova y Perenic*), atribuyendo al juez nacional la responsabilidad de decidir sobre ese segundo requisito que ha de concurrir. Dado que, a pesar de que sea una práctica comercial engañosa, ello no tiene ningún efecto en relación a la validez de esa cláusula –puesto que la Directiva 2005/29 se entiende sin perjuicio del Derecho contractual–, el juez puede proceder a comprobar si la cláusula indicando una TAE inferior a la real constituye o no una cláusula abusiva, teniendo en cuenta para ello la conclusión a la que ha llegado sobre el carácter desleal de esa práctica comercial, pero sin que ello suponga automáticamente la calificación de la cláusula como abusiva, sino que será un elemento más a tener en cuenta junto con todas las restantes circunstancias concurrentes.

El TJUE muestra con claridad la diferencia entre un instrumento que prevé como sanción la nulidad de la cláusula (Directiva 93/13) y otro que no dispone ese efecto sancionatorio (Directiva 2005/29).

¹⁶ MICKLITZ, H. W., y KAS, B., «Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008-2013) -Part I», *European Review of Contract Law*, edit. De Gruiter, 10, (1) 2014, p. 15.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Reproducimos parte del apartado 88 de las conclusiones de la Abogada General Sra. Trstenjak, que resulta muy clarificador: «[...]La fragmentación que sigue existiendo hoy en día en el ámbito del Derecho de protección de los consumidores es la consecuencia de un desarrollo histórico en cuyo transcurso el legislador de la Unión, con miras a la realización de un auténtico mercado interior para las relaciones entre las empresas y los consumidores, ha ido regulando poco a poco, y en función del acervo adquirido, distintos ámbitos de la vida. La Directiva 2005/29 renuncia a una regulación del Derecho de los contratos sólo porque el legislador de la Unión ya había regulado estos aspectos, en particular, en la Directiva 93/13. Ambas Directivas regulan cada una un ámbito propio muy concreto de la vida: La Directiva 2005/29 prohíbe el empleo de prácticas comerciales desleales que puedan distorsionar sustancialmente el comportamiento económico de los consumidores, mientras la Directiva 93/13 también prohíbe la utilización de cláusulas abusivas en las relaciones comerciales con los consumidores».

Según Keirsbilck, la visión objetiva («*objective approach*») que preconiza el TJUE (el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes de la anulación del contrato en su conjunto) no es ninguna sorpresa. El TJUE sigue los argumentos de la Abogada General, que, a su vez, se inspiró en las conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto *Ynos*¹⁹. Además, esa visión objetiva es la seguida por la mayor parte de los Estados miembros, a pesar de que la Directiva 93/13 no les impediría mantener una normativa más rigurosa en favor de la anulación de todo el contrato cuando ello fuese más favorable al consumidor²⁰. El mismo autor indica varias diferencias entre ambos instrumentos, entre otras, la Directiva 93/13 solo cubre cláusulas no negociadas individualmente habitualmente pactadas antes de la transacción, mientras que la Directiva 2005/29 se refiere a las prácticas comerciales entre consumidor y profesional antes, durante y después de la transacción, dirigidas a tener impacto sobre un número sustancial de consumidores²¹ y propone que el legislador europeo elabore un conjunto de recursos («*remedies*») parcialmente armonizados en relación con los contratos suscritos a resultados de prácticas comerciales desleales, siendo el objetivo principal devolver a los perjudicados a la posición que tenían antes de que la práctica comercial desleal tuviese lugar²².

Caso 69. *Kásler y Káslerné Rábai*²³ (también conocida como *Kásler*): Por primera vez, la compatibilidad con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 de la sustitución de la cláusula abusiva nula por una disposición supletoria de Derecho nacional.

Hechos. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre los consumidores-prestatarios y una entidad financiera acerca del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos para la devolución de un préstamo denominado en una divisa extranjera²⁴.

¹⁹ Asunto C-302/04, *Ynos*. Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. A. Tizzano el 22 septiembre de 2005.

²⁰ KEIRSBILCK, B., «The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Perenicová and Perenic», *Common Market Law Review*, 50, 1, 2013, p. 254.

²¹ *Ibid.*, p. 255.

²² *Ibid.*, p. 263.

²³ Asunto C-26/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014. Arpad Kasler, Hajnalka Káslerné Rabai v. OTP Jelzálogbank Zrt. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Kúria (Hungría), EU: C:2014:282. El Abogado General Sr. Wahl presentó sus conclusiones el 12 de febrero de 2014.

²⁴ En 2008 los prestatarios celebraron con la entidad financiera un contrato titulado «préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca». Las partes estipularon que la determinación

Mediante la primera cuestión prejudicial el tribunal remitente preguntó si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra» abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo.

Con su segunda cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no únicamente de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que las razones económicas que sustentan el empleo de esa cláusula contractual y su relación con otras cláusulas del contrato sean claras y comprensibles para ese mismo consumidor.

A través de la tercera pregunta el órgano jurisdiccional nacional desea saber si en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.

en divisas de la cuantía del préstamo se realizaría al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo. De esta forma el importe ascendió a 94.249,84 francos suizos, importe que debía ser devuelto mediante cuotas mensuales. En base a la cláusula controvertida, la entidad prestamista fijaba el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa extranjera (francos suizos) aplicada por el banco el día anterior al vencimiento. Los consumidores procedieron judicialmente alegando el carácter abusivo de la cláusula que facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa aplicada por la entidad bancaria, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó por dicha entidad bancaria en función de la cotización de compra, por lo que ello le confería ventaja injustificada a esta última. La acción fue estimada en primera instancia y confirmada en apelación, en base a dos razones fundamentales, por un lado, que la entidad bancaria no realizaba a favor de los prestatarios ninguna operación de compra o venta de divisas, de manera que no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de su entrega y, por otro lado, que la cláusula no era clara y comprensible porque no permitía conocer la justificación de la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. La entidad bancaria recurrió en casación ante la Kuria que elevó cuestión prejudicial ante el TJUE al haberse planteado una serie de dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión.

Doctrina. A fin de contestar a la primera cuestión, el TJUE declara que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que instaura esa directiva, de forma que esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta.

El TJUE –aludiendo a *RWE Vertrieb*²⁵ para recordar su reiterada jurisprudencia al respecto– declara que, aunque corresponde exclusivamente al tribunal remitente pronunciarse sobre la calificación de la cláusula en función de las circunstancias propias del asunto del que conoce, no deja de ser cierto que el Tribunal de Justicia es competente para deducir de las disposiciones de la Directiva 93/13, en particular las del artículo 4, apartado 2, los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al apreciar una cláusula contractual a la luz de estas disposiciones²⁶. El TJUE manifiesta que teniendo en cuenta también el carácter de excepción del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición que deriva de él, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan²⁷. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13²⁸. En relación al caso planteado declara el Tribunal de Justicia que corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones del contrato de préstamo y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista²⁹.

En ese sentido, según el TJUE, de los términos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas prevista en el mismo cuyo posible carácter abusivo no cabe apreciar tiene un alcance reducido, ya que esa exclusión únicamente abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse

²⁵ Asunto C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*.

²⁶ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kasler*, apdo. 45.

²⁷ *Ibid.*, apdo. 49.

²⁸ *Ibid.*, apdo. 50.

²⁹ *Ibid.*, apdo. 51.

como contrapartida³⁰. El TJUE, remitiéndose a lo sostenido por el Abogado General³¹, afirma que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control y añade que dicha exclusión no puede aplicarse a una cláusula relativa a un mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que deban prestarse al consumidor³². El TJUE resuelve la cuestión observando que en el caso planteado, al estar limitada la exclusión de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, no cabe aplicarla cuando se impugna la asimetría entre la cotización de venta de la divisa extranjera, que ha de utilizarse para el cálculo de las cuotas de devolución en virtud de esa cláusula, y la cotización de compra de esa divisa, que se ha de utilizar para el cálculo del importe del préstamo entregado, en virtud de otras cláusulas del contrato de préstamo³³. Añade el TJUE que esa exclusión no se puede aplicar a cláusulas que, como la cláusula III/2, se limitan a determinar el tipo de conversión de la divisa extranjera en la que está denominado el contrato de préstamo con vistas al cálculo de las cuotas de devolución, sin que no obstante el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo, y que no establecen, por tanto, ninguna «retribución» cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no puede ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

En relación a la segunda cuestión planteada, el TJUE declara que la exigencia de redacción clara y comprensible se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y excluida por tanto de la apreciación de su carácter abusivo prevista en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva. El Tribunal de Justicia parte de lo dicho en *RWE Vertrieb* sobre la importancia fundamental para el consumidor de disponer antes de la celebración del contrato de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, para declarar que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse únicamente al carácter

³⁰ *Ibid.*, apdo. 54.

³¹ C-26/13. Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el 12 de febrero de 2014.

³² Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014. *Kasler*, apdos. 56 y 57.

³³ *Ibid.*, apdo. 57.

comprensible de estas en un plano formal y gramatical³⁴, sino que esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva³⁵.

De esta forma, el TJUE manifiesta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo³⁶. Centrándose en los detalles del caso planteado, el TJUE dice que en lo que atañe a las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera especificadas por la cláusula III/2, incumbe al tribunal remitente determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz podía no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y, por tanto, el coste total de su préstamo³⁷.

Por todo ello contesta la segunda pregunta planteada afirmando que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no únicamente de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo³⁸.

³⁴ *Ibid.*, apdos. 70 y 71.

³⁵ *Ibid.*, apdo. 72.

³⁶ *Ibid.*, apdo. 73.

³⁷ *Ibid.*, apdo. 74.

³⁸ *Ibid.*, apdo. 75.

Para contestar a la tercera pregunta el Tribunal de Justicia recuerda lo manifestado en *Banco Español de Crédito*³⁹ sobre el hecho de que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una regla del Derecho nacional que permite al juez nacional, cuando este constata la nulidad de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, integrar dicho contrato modificando el contenido de dicha cláusula⁴⁰. El TJUE considera que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que en una situación como la del asunto principal el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional⁴¹. Añade el TJUE que, si en una situación como la del asunto principal, no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse⁴². Tal anulación tiene, en principio, el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca⁴³. En base a todo ello, el TJUE considera que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional⁴⁴.

Comentarios. En *Kásler*, por primera vez, el TJUE confirma la posibilidad de que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho nacional, argumentando que ello no se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dado que, si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias

³⁹ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

⁴⁰ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kasler*. apdo. 77.

⁴¹ *Ibid.*, apdo. 80.

⁴² *Ibid.*, apdo. 83.

⁴³ *Ibid.*, apdo. 84.

⁴⁴ *Ibid.*, apdo. 85.

especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En sentencias sucesivas esos razonamientos se convierten en condicionantes de forma que el TJUE afirma que el juez nacional puede efectuar la sustitución de la cláusula abusiva por la disposición supletoria de Derecho nacional cuando se dan las dos premisas: anulación del contrato en su totalidad por imposibilidad de subsistencia y riesgo de consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor.

Otro aspecto importante de esta sentencia radica en la interpretación que efectúa de los conceptos contenidos en la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva, que es una disposición fundamental para desplegar o no el control judicial de la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales. En relación con dicha disposición, existen tres aspectos analizados por el TJUE: el concepto de definición del objeto principal del contrato, el concepto de adecuación entre precio y retribución, por una parte, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, y, finalmente, el concepto de redacción de manera clara y comprensible de las cláusulas.

En primer lugar, es de observar que en la propuesta de directiva redactada por la Comisión Europea al comienzo de los años 90 todas las cláusulas contenidas en un contrato de consumidores podían ser consideradas como abusivas, es decir, conforme a esta propuesta inicial las cláusulas que definían la esencia de la relación contractual y las que habían sido negociadas individualmente por las partes podían estar sujetas al examen judicial⁴⁵. Las excepciones establecidas en la Directiva (art. 4, apdo. 2—condiciones esenciales— y art. 3, apdos. 1 y 2 —cláusulas negociadas individualmente—) fueron introducidas por el Consejo en septiembre de 1992 con arreglo a la opinión expresada por los autores alemanes Brandner y Ulmer⁴⁶. En su comentario sobre la propuesta de la Comisión sostenían que el control judicial de las cláusulas que definen la relación entre el precio a abonar por el consumidor y los productos y servicios a suministrar por el profesional constituiría una imprecación de los dogmas fundamentales de la libre economía de mercado. Se explicaba por el hecho de que en una economía de mercado el control judicial del equilibrio económico entre el precio y los productos o servicios frustraría la competencia entre empresas. Sin embargo, los mismos autores sostenían que el consumidor debe estar protegido de forma más efectiva para mejorar la transparencia de los términos contractuales.

⁴⁵ DELLACASA, M., «Judicial review of “core terms” in consumer contracts: defining the limits», *European Review of Contract Law*, De Gruyter, volumen 11, número 2, 2015, p. 159.

⁴⁶ BRANDNER, H. E., y ULMER, P., «The Community Directive of Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission», *Common Market Law Review*, 28, 1991, p. 656.

Según Dellacasa, esta perspectiva influyó en la redacción del artículo 4.2 de la Directiva e incluso en las condiciones de su interpretación, resultando evidente en la sentencia que el TJUE adopta la postura de los autores alemanes. El consumidor presta atención a los productos y servicios y a su precio, estando protegido por la competencia entre los profesionales, de forma que el consumidor elige al profesional que le ofrece las mejores condiciones económicas y los empresarios que ofrezcan productos o servicios en condiciones menos favorables serán excluidos del mercado⁴⁷.

En cualquier caso, es de tener en cuenta la declaración realizada por el TJUE en *Kásler* en el sentido de que toda vez que el artículo 4.2 establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas, esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta.

El control judicial de las cláusulas abusivas impuesto por la Directiva permite a los consumidores concentrar su atención en las condiciones económicas ofrecidas por los profesionales y promueve un verdadero mercado competitivo⁴⁸. Sin embargo, cuando la cláusula no ha sido redactada de forma clara y comprensible no se justifica que quede fuera del control judicial, puesto que el consumidor no puede elegir conscientemente y no está protegido por la competencia entre empresas.

El Tribunal de Justicia en esta sentencia interpreta la Directiva desde una perspectiva procedimental: si se satisfacen las condiciones que permiten al consumidor llevar a cabo una elección con toda información, las cláusulas que determinan el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio están exentas de control judicial⁴⁹.

La interpretación del TJUE sobre la necesidad de transparencia no solo gramatical, sino también material puede conducir a la inoperatividad de la exclusión del artículo 4.2 en algunas ocasiones. Sin perjuicio de ello, en otro capítulo del presente trabajo abordamos la posibilidad de que a escala nacional se eleve el nivel de protección del consumidor eliminando la exclusión prevista por el artículo 4.2 como ya sucede en algunos ordenamientos de la Unión. La experiencia nórdica al no excepcionar del control las cláusulas referidas al objeto principal del contrato demuestra que la exclusión no es necesaria⁵⁰.

⁴⁷ DELLACASA, M., «Judicial review of “core terms” ...», *Op. cit.*, pp. 160-161.

⁴⁸ MICKLITZ, H. W., «Unfair terms in consumer contracts» en *European Consumer Law*, dir. por N. Reich, H. W. Micklitz, P. Rott y K. Tonner, Intersentia, Cambridge, 2014, p. 129.

⁴⁹ DELLACASA, M., «Judicial review of “core terms” ...», *Op. cit.*, p. 165.

⁵⁰ HONDIUS, E., «Unfair Contract Terms and the Consumer: ECJ Case Law, Foreign Literature, and Their Impact on Dutch Law», *European Review of Private Law*, volumen 24 nums 3&4, 2016, p. 457.

Llama la atención la respuesta del TJUE a la primera pregunta en cuanto a que en relación a la primera categoría de cláusulas del artículo 4.2 de la Directiva –las referidas al objeto principal del contrato– «respetar» la distribución de responsabilidades con el juez nacional, afirmando que corresponde a este comprobar si la cláusula establece una prestación esencial del contrato que como tal lo caracteriza, mientras que, en relación con la segunda categoría de cláusulas previstas por el artículo 4.2 –las referidas a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra–, el TJUE se pronuncia claramente al respecto, negando que la cláusula controvertida pueda calificarse como comprensiva de una retribución cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo.

Al rechazar categóricamente que la cláusula controvertida pueda entrar dentro de la segunda categoría de cláusulas del artículo 4.2 parece que el TJUE usurpa la función del juez nacional, que debería ser quién tenga la última palabra al respecto. Es de reseñar que en ese pronunciamiento determinante el TJUE sigue la postura adoptada por el Abogado General, Sr. Wahl⁵¹.

También es de destacar la relevancia de la contestación a la tercera pregunta formulada por la Kúria. De ello puede dar una idea el hecho de que el TJUE se haya basado fundamentalmente en lo declarado en *Kásler y Káslerné Rábai* para dictar la sentencia *Abanca Corporación Bancaria*⁵² a fin de resolver el asunto sobre la cláusula de vencimiento anticipado en el procedimiento español de ejecución hipotecaria.

En *Kásler*, siguiendo las conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, el TJUE modula lo dicho anteriormente en *Banco Español de Crédito*. La Kúria había advertido que la ejecución del contrato corría peligro si se limitaba a suprimir la cláusula abusiva. La mera eliminación sin integración llevaría a la anulación del contrato y, tratándose de un préstamo hipotecario, a la obligación del consumidor de la devolución del importe pendiente. Ello dibuja un escenario en el que el perjudicado es el propio consumidor lo que además desvirtuaría la finalidad disuasoria de la Directiva. A partir de esta premisa, considera el TJUE que procede la aplicación de la norma legal supletoria.

⁵¹ C-26/13. Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el 12 de febrero de 2014.

⁵² C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019. *Abanca Corporación Bancaria*.

A resultas de la sentencia del TJUE, en el procedimiento nacional la Kúria desestimó el recurso formulado por la entidad bancaria⁵³. El Tribunal Supremo húngaro siguió la interpretación del TJUE, entre otros aspectos, en cuanto a que el consumidor debía tener la posibilidad de evaluar sobre la base de criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se derivaban para él de la cláusula controvertida. La Kúria declaró que la cláusula contractual del préstamo en divisa extranjera operando diferentes tipos de cambio aplicables a los desembolsos y a los reembolsos era abusiva, dado que comportaba una obligación económica para el consumidor de pagar unas sumas derivadas de esa diferencia, no existiendo una prestación efectuada en su favor por el prestamista. La Kúria decidió reemplazar los diferentes tipos de cambio aplicables a los desembolsos y reembolsos por el tipo de cambio oficial en vigor por el Banco Nacional de Hungría.

Además de esta decisión, adoptada en el marco del proceso que dio lugar a la cuestión prejudicial, dada la enorme trascendencia en Hungría de la problemática de los préstamos denominados en divisas⁵⁴, en relación a las cuestiones analizadas, la Kúria dictó la «resolución para la unificación de doctrina»⁵⁵ 2/2014 con fecha de 16 de junio de 2016, al objeto de asegurar la aplicación uniforme de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales húngaros con respecto a esa problemática⁵⁶. En esa decisión la Kúria declaró que la cláusula

⁵³ Fuente: Portal ACA Europe. Disponible en <http://www.aca-europe.eu/index.php/en/dec-nat-en>. Kúria, Sala número VII, sentencia de 3/6/2014; referencia del asunto: VII.30.160/2014/5. Arpad Kasler et Hajnalka Káslerné Rabai / OTP Jézálogbank Zrt. (última consulta el 11/7/2023).

⁵⁴ Como explica Judit Fazekas, en el centro y este de Europa, particularmente en Hungría, durante la década del 2000 al 2010, proliferaron los créditos denominados en divisas. Los consumidores consideraron como favorables a largo plazo los contratos de préstamo denominados en euros, francos suizos o yenes, teniendo cuenta sus bajos tipos de interés. Por esa razón, en 2009, el 53 % de todos los contratos de préstamo estaban denominados en moneda extranjera. La subida de los tipos de cambio ocasionada por la crisis financiera de 2008 produjo una intolerable subida de las cuotas de esos préstamos, ya que las condiciones generales aplicadas por las entidades bancarias hicieron posible modificar unilateralmente las condiciones de los tipos de interés y el riesgo del cambio de las monedas extranjeras fue asumido únicamente por los deudores, dando lugar a una crisis social. (FAZEKAS, J., «The consumer credit crisis and unfair contract terms regulation –Before and after Kásler», *Journal of European Consumer and Market Law*, volumen 6, núm. 3, 2017, p. 99).

⁵⁵ La página web de la Kúria, (<https://kuria-birosag.hu/en/uniformity-decisions>) utiliza la expresión «uniformity decision», siendo la expresión en húngaro «Polgári jogegységi határozat». Nosotros utilizamos la expresión «resolución para la unificación de doctrina» porque es la utilizada por los servicios de traducción del TJUE en la versión en español de la sentencia *OTP Bank y OTP Faktoring* en la que se hace referencia a dicha resolución.

⁵⁶ Según recoge la página web de la Kúria, «La Curia de Hungría, como la más alta instancia jurisdiccional del Estado, tiene el deber constitucional de armonizar la administración de justicia dentro del poder judicial húngaro, principalmente mediante la toma de resoluciones para la unificación de doctrina. La Curia adopta resoluciones para la unificación de doctrina en casos que plantean cuestiones de importancia teórica para garantizar la aplicación uniforme de la ley en el poder judicial húngaro. Dichas decisiones son vinculantes para todos los tribunales húngaros» (la traducción del inglés al español es nuestra, negrita es nuestra).

asignando el riesgo de la fluctuación del cambio al consumidor forma parte del objeto principal del contrato por lo que por regla general su naturaleza abusiva no puede apreciarse. No obstante, el contrato puede ser objeto de nulidad parcial o total por abusividad si la cláusula infringe el requisito de la transparencia. El juez nacional tiene que tomar en consideración todos los datos fácticos relevantes, como la redacción del contrato y la información recibida de la entidad financiera. Con relación al riesgo del tipo de cambio, cuando el profesional utiliza diferentes tipos de cambio en el mismo préstamo, tales como tipos de compra y de venta, ello es abusivo si no existe la prestación simultánea de un servicio al consumidor y las implicaciones económicas de los diferentes tipos no son transparentes. La cláusula abusiva es reemplazada por el tipo oficial de cambio del Banco Nacional de Hungría, ello sobre la base del artículo 231(2) del Código Civil Húngaro, que establece que las deudas denominadas en otra moneda o en oro serán convertidas sobre la base del tipo de cambio vigente en el lugar y en la fecha del pago. Ello permitió a los tribunales húngaros resolver los asuntos pendientes sobre la base de principios uniformes, pero con consideraciones específicas de las circunstancias individuales. Además, el gobierno húngaro promovió cambios legislativos que fueron aprobados por el Parlamento húngaro para solucionar la problemática, concretamente, la ley XXXVIII de 2014 reguladora de los créditos a consumidores denominados en moneda extranjera promulgada el 18 de julio de 2014 y que entró en vigor el 26 de julio de 2014 y la ley XL de 2014 sobre cuentas en moneda extranjera⁵⁷.

Caso 70. *Sziber*⁵⁸: No se opone al artículo 7 de la Directiva 93/13 la legislación húngara que establece requisitos procesales para las demandas de los consumidores relativas a la nulidad de cláusulas contractuales –en particular, la aportación de una liquidación de cuentas resultante de la nulidad– siempre que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en tal contrato permita restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dichas cláusulas abusivas.

Hechos. El asunto se refiere a un litigio entre un consumidor y una entidad bancaria –ERSTE Bank– relativo a la pretensión de declarar el carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo celebrado para

⁵⁷ FAZEKAS, J., «The consumer credit crisis...», *op. cit.*, pp. 104-105.

⁵⁸ Asunto C-483/16. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 31 de mayo de 2018. Zsolt Sziber contra ERSTE Bank Hungary Zrt con intervención de Mónica Szeder Petición de decisión prejudicial, planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE, por el Tribunal de la Capital, Hungría. EU: C:2018:367. El Abogado General Sr. Wahl presentó sus conclusiones el 16 de enero de 2018.

la adquisición de una vivienda, desembolsado y amortizado en forintos o florines húngaros, pero que se había registrado en francos suizos sobre la base del tipo de cambio vigente el día del desembolso⁵⁹.

Mediante la primera y segunda pregunta, el órgano jurisdiccional remitente quería saber –según la reformulación llevada a cabo por el TJUE– si el artículo 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece requisitos procesales específicos, como los requisitos a los que se refiere el litigio principal para las demandas interpuestas por los consumidores que celebraron contratos de préstamo en moneda extranjera que contienen una cláusula relativa al diferencial cambiario o una cláusula relativa a la opción de modificación unilateral.

Mediante la tercera pregunta el Tribunal de la Capital pregunta si los tribunales de los Estados miembros deben aplicar el Derecho de la Unión en materia de protección de consumidores incluso a hechos que no revisten carácter transfronterizo, esto es, puramente internos o bien debe considerarse que, en la

⁵⁹ En mayo de 2008, el consumidor Sr. Sziber como deudor y la Sra. Szeder como codeudora suscribieron con ERSTE Bank el contrato de préstamo para la adquisición de una vivienda, denominado y registrado en francos suizos, pero desembolsado y reembolsado en forintos. El contrato de préstamo tomó como base el tipo de cambio del día y llevaba incorporado un contrato de garantía hipotecaria. El contrato de préstamo establecía un diferencial entre el tipo de cambio aplicable al desembolso del préstamo (tipo de cambio de compra) y el tipo de cambio aplicable a su amortización (tipo de cambio de venta) denominado diferencial cambiario. Además, ERSTE Bank disponía de una opción de modificación unilateral que le permitía aumentar los intereses, gastos y comisiones. El consumidor solicitó al órgano judicial, como pretensión principal, que declarase la nulidad del contrato de préstamo por tener como objeto una prestación imposible, ya que el contrato no contenía ni el importe de las mensualidades ni los respectivos importes del capital prestado y de los intereses y porque no es posible ingresar un importe en moneda extranjera en una cuenta de crédito en forintos. También se apoyaba su pretensión en el hecho de que ERSTE Bank no había cumplido la obligación de evaluar adecuadamente el préstamo con respecto a la solvencia del prestatario y de que el consumidor no podía apreciar la magnitud del riesgo del tipo de cambio al no disponer de una información clara y comprensible. Como pretensión subsidiaria, el consumidor solicitó la declaración de invalidez de determinadas cláusulas (relativas al tipo de cambio, determinación de las mensualidades, tipo de interés y su grado de variabilidad, derecho de la entidad bancaria a aumentar los intereses, entre otras). El Tribunal de la Capital de Hungría indicó al Sr. Sziber que debía subsanar las deficiencias de su demanda, a la vista, en particular, del artículo 37 de la Ley XL de 2014 y precisar, por una parte, la consecuencia jurídica que deseaba obtener a raíz de la eventual declaración de invalidez del préstamo en cuestión, y, por otra, completar la liquidación de cuentas a que se refiere el artículo 38.6 del mismo texto legal, para precisar los importes que considera haber pagado como consecuencia de las cláusulas eventualmente abusivas. El Sr. Sziber modificó su demanda, pero, a pesar de la invitación del órgano judicial, no aportó la memoria justificativa de su demanda. Esta expresión responde a nuestra traducción de la versión francesa de la sentencia ya que la versión en lengua española de la sentencia no parece tener sentido y reza así: «Pues bien, aunque el órgano jurisdiccional remitente señala que el Sr. Sziber modificó en varias ocasiones su demanda, este último, a pesar de la invitación hecha en ese sentido por dicho órgano jurisdiccional, no presentó ningún escrito procesal de modificación de su demanda» (apdo. 23). En base a la circunstancia de no haber aportado la memoria justificativa de la demanda, el tribunal remitente señaló que sería preciso, en principio, sobreseer el procedimiento sin entrar a conocer del fondo del asunto. No obstante, lo que hizo el Tribunal de la Capital de Hungría ante las dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión que le generaba esa situación fue plantear la correspondiente petición de decisión prejudicial. El tribunal remitente planteó tres preguntas con un contenido extremadamente extenso y poco claro.

medida en que los contratos de crédito a los que se refiere la primera cuestión prejudicial son «contratos de crédito basados en una moneda extranjera», solo por esta circunstancia se trata de un asunto de carácter transfronterizo.

Doctrina. Con carácter previo, el TJUE aclaró que no era de aplicación la Directiva 2008/48 –mencionada por el tribunal remitente– ni la que le precedió, Directiva 87/102, relativas a los créditos al consumo, por tratarse el litigio principal de un préstamo garantizado por hipoteca destinado a la adquisición de vivienda, situación que está expresamente excluida de ambas Directivas⁶⁰. Por ello, el examen del TJUE se centró en la compatibilidad de la normativa nacional con la Directiva 93/13 y con el artículo 47 de la Carta, si bien este último no fue mencionado en el fallo de la sentencia.

Según el TJUE, el legislador húngaro pretende calificar como abusivos dos tipos de cláusulas contenidas en la mayoría de los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera y celebrados entre un consumidor y un profesional, uno relativo al diferencial cambiario y otro relativo a una opción de modificación unilateral. Dado el elevado número de contratos denominados en moneda extranjera celebrados con consumidores, el legislador húngaro pretendió acortar y simplificar el procedimiento que debe seguirse ante los tribunales. Considera el TJUE que los requisitos procesales controvertidos no pueden considerarse menos favorables que los relativos a las demandas similares que no afecten a derechos derivados del Derecho de la Unión, por lo que, sin perjuicio de las comprobaciones que deba efectuar el juez nacional, tales requisitos no pueden considerarse incompatibles con el principio de equivalencia⁶¹.

Remitiéndose a *Banco Primus*⁶² y a *ERSTE Bank*⁶³, el TJUE manifiesta que la protección del consumidor no es absoluta y el hecho de que un procedimiento particular implique determinados requisitos procesales que el consumidor debe cumplir para hacer valer sus derechos no significa que no se beneficie de una tutela judicial efectiva, de forma que el respeto del principio de tutela judicial efectiva no se opone, en principio, a que el juez nacional invite al consumidor a presentar determinados datos en apoyo de sus pretensiones⁶⁴.

Así, aunque las normas procesales controvertidas en el litigio principal exigen un esfuerzo adicional al consumidor, no es menos cierto que, en la

⁶⁰ *Ibid.*, apdo. 28.

⁶¹ *Ibid.*, apdo. 48.

⁶² Asunto C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.

⁶³ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank*.

⁶⁴ Asunto C-483/16. STJUE de 31 de mayo de 2018, *Sziber*, apdo. 50.

medida en que pretenden desahogar el sistema judicial, dichas normas responden a una situación excepcional, debido a la gran cantidad de litigios a los que afectan y persiguen el interés general de una recta administración de justicia, debiendo prevalecer esas normas sobre los intereses particulares⁶⁵.

En el litigio principal esa actuación del consumidor sería presentar una pretensión cuantitativamente determinada consistente, al menos parcialmente, en una liquidación de cuentas ya efectuada por la entidad bancaria de que se trate y de precisar la consecuencia jurídica que solicita que el juez nacional aplique en el supuesto de que se declare la invalidez del contrato de préstamo en cuestión o de determinadas cláusulas de este, por lo que el TJUE considera que no afecta desproporcionadamente al derecho a la tutela judicial efectiva, si bien corresponde al juez nacional verificar ese extremo⁶⁶.

De la misma forma, habrá de ser el juez nacional, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, quien determine si otras limitaciones impuestas por la normativa procesal controvertida afectan desproporcionadamente al principio de tutela judicial efectiva. Así, la imposibilidad de que el consumidor solicite al juez que ordene el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato de préstamo⁶⁷.

Según el TJUE, si bajo la normativa procesal controvertida, el consumidor no solo puede solicitar el reembolso de los importes pagados indebidamente como consecuencia de la aplicación por parte de la entidad financiera de las dos cláusulas abusivas específicas, sino también obtener la reparación de las consecuencias de otras cláusulas abusivas o si existe otra vía procesal efectiva abierta al consumidor que permita solicitar la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de dichas cláusulas, la normativa controvertida no sería incompatible con la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, correspondiendo al juez nacional su comprobación⁶⁸.

Por todo ello, el TJUE considera que el artículo 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional que establece requisitos procesales específicos, como los controvertidos en el litigio principal, para las demandas interpuestas por los consumidores que hayan celebrado contratos de préstamo denominados en moneda extranjera que contengan cláusulas relativas al diferencial cambiario o a la opción de modificación unilateral, siempre que la apreciación del carácter

⁶⁵ *Ibid.*, apdo. 51.

⁶⁶ *Ibid.*, apdo. 52.

⁶⁷ *Ibid.*, apdo. 53.

⁶⁸ *Ibid.*, apdo. 54.

abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato permita restablecer la situación de hecho y, de Derecho, en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dichas cláusulas abusivas.

Con relación a la tercera y última cuestión planteada, el TJUE reformula la pregunta del Tribunal de la Capital entendiendo que este pretende que se aclare si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se aplica también a las situaciones que no contienen ningún elemento transfronterizo. El TJUE, después de señalar que las disposiciones del TFUE relativas a la circulación no son aplicables a una situación en la que todos sus elementos está circunscritos al interior de un único Estado miembro, afirma –remitiéndose a lo expresado por el Abogado General– que el asunto principal no se refiere a las disposiciones del Tratado relativas a esas libertades de circulación, sino a la legislación de la Unión que armoniza en los Estados miembros un ámbito específico del Derecho, de forma que las normas de dicha legislación se aplican independientemente del carácter meramente interno de la situación controvertida. Por ello, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se aplica también a situaciones que no presentan ningún elemento transfronterizo.

Comentarios. Es de reseñar que el Abogado General Sr. Wahl⁶⁹ considera que la petición es inadmisibile, dado que la descripción del contexto jurídico y fáctico no ofrece un nivel de detalle suficiente para permitir que el Tribunal de Justicia facilite una respuesta útil con arreglo al artículo 267 TFUE. No obstante, el Abogado General presenta sus conclusiones sobre las preguntas formuladas para el supuesto de que el TJUE considere la petición admisible, como así sucedió. Dichas conclusiones son esencialmente similares a las que después alcanzó el TJUE, entendiendo el Abogado General que la normativa nacional controvertida no es incompatible con la Directiva 93/13 y que al tratarse el asunto de legislación de la Unión que armoniza en todos los Estados miembros un ámbito específico del Derecho, estas normas comunitarias se aplican independientemente del carácter puramente interno de la situación controvertida en el litigio principal, por lo que el hecho de que los contratos de crédito estuvieran denominados en una moneda extranjera resulta irrelevante para la aplicabilidad de las disposiciones de la Directiva 93/13, aplicándose estas a situaciones en las que no existe ningún elemento transfronterizo. El litigio principal deviene precisamente a resultas de la legislación procesal húngara promulgada tras la sentencia *Kásler* del Tribunal de Justicia que dio lugar a que los jueces nacionales

⁶⁹ Asunto C-483/16. Conclusiones presentadas por el Abogado General sr. Nils Wahl el 16 de enero de 2018.

calificaran como abusivas una serie de cláusulas impuestas por las entidades bancarias en los préstamos a consumidores denominados en moneda extranjera –más propiamente, indexados a moneda extranjera–. Hemos de observar que al efectuar el habitual test sobre la legislación procesal interna reguladora de la cuestión, al no existir normativa procesal armonizada a nivel comunitario, el TJUE alude al principio de equivalencia y a la garantía de una tutela judicial efectiva establecida en el artículo 47 de la Carta, es decir, no menciona el principio de efectividad como tal, sino que dicha referencia la sustituye por el principio de tutela judicial efectiva del artículo 47.

También merece la pena comentar que el TJUE considera compatible con este principio de tutela judicial efectiva el hecho de que se le exija al consumidor que presente determinados datos y cálculos en el marco de una demanda interpuesta por el consumidor contra el profesional. Se entiende, por tanto, que el primero va a contar con un abogado que podrá facilitar los cálculos exigidos por la normativa procesal a fin de que el juez se limite a comprobar, frente a la eventual contradicción del representante de la entidad bancaria, la corrección de los cálculos presentados. Parece bastante adecuada la respuesta del TJUE para el que la premisa básica es que se permita el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido las cláusulas abusivas, de forma que es primordial la preservación del derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de dichas cláusulas. La consabida fórmula del TJUE «en principio» deja margen para pensar que una legislación procesal que exigiera al consumidor unos cálculos excesivamente complejos o que fueran avalados por un informe de un experto contable sí podría dar lugar a considerar que se vulnera el principio de tutela judicial efectiva del consumidor al imponer requisitos demasiado gravosos.

Dentro de la correcta configuración del problema por el TJUE, la otra pieza, igualmente importante y acertada, es atribuir al juez nacional del litigio la función de verificar que las limitaciones impuestas por la normativa procesal interna no contradicen el derecho a la tutela judicial efectiva.

En los términos planteados era relativamente previsible la respuesta del TJUE, por lo que hubiera entrañado quizá una mayor dificultad para el TJUE resolver la cuestión si por parte del órgano jurisdiccional remitente se hubiera enlazado la cuestión a la doctrina del TJUE sobre la obligación del juez nacional de actuar de oficio en defensa de los intereses de los consumidores y se hubiera justificado de alguna forma por la representación procesal del consumidor o por el propio consumidor la imposibilidad de presentar los cálculos exigidos por las disposiciones húngaras. En ese hipotético supuesto, hubiera

sido muy interesante conocer la postura adoptada por el TJUE, debiendo de ponderar entre el principio de autonomía procesal del Estado miembro, la tutela judicial efectiva y la doctrina de la tutela judicial de oficio. En un sentido similar al que nos expresamos se manifiestan Kas y Esposito⁷⁰ al afirmar que en esta sentencia el TJUE guarda silencio con respecto a la relación entre la legislación especial húngara y la doctrina de la tutela judicial de oficio, no siendo clara dicha relación que es relevante para la arquitectura del Derecho de consumo de la Unión Europea.

Por último, resulta muy útil –por obvia que parezca– la distinción que lleva a cabo el TJUE al enunciar que mientras que las disposiciones del TFUE relativas a libertades de circulación no se aplican a una situación sin elemento transfronterizo, es decir, en la que todos los elementos están circunscritos a un único Estado miembro, la legislación de la Unión que armoniza en los Estados miembros un ámbito específico del Derecho (en este caso, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas dentro de la protección de consumidores que es competencia compartida entre UE y los Estados miembros con arreglo al artículo 4 TFUE), se aplica con independencia del carácter interno de la situación, es decir, aunque no presente ningún elemento transfronterizo.

De cualquier forma, llama la atención que la pregunta al respecto haya sido planteada por el Tribunal de la Capital de Hungría, al que se le presuponen unos conocimientos en Derecho de la Unión Europea suficientes como para tener clara esa cuestión en el año 2016 (Hungría entró en la Unión el 1 de mayo de 2004). Igualmente, haber pedido la interpretación de la Directiva 2008/48 relativa a los contratos de crédito al consumo, teniendo el pleito principal como objeto un procedimiento hipotecario que está expresamente excluido de la aplicación de dicho instrumento, denota un nivel de manejo del Derecho de la Unión quizá por debajo del exigible a un tribunal de esa instancia. Una vez más, estos detalles –más bien anecdóticos– transmiten la necesidad de una mayor divulgación del Derecho de la Unión entre los operadores jurídicos.

Caso 71. *Dunai*⁷¹: El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a la legislación nacional húngara que impide al juez que conoce del asunto, en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, estimar

⁷⁰ KAS, B., y ESPOSITO, F., «European Union Litigation», *European Review of Contract Law*, De Gruyter, 14 (3), 2018, p. 280.

⁷¹ Asunto C-118/17, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de marzo de 2019. Zsuzsanna Dunai contra ERSTE Bank Hungary Zrt., petición de decisión prejudicial planteada mediante resolución de 9 de enero de 2017, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Budai Központi Kerületi Bíróság (Tribunal Central de Distrito de Buda), Hungría. EU: C:2019:207. El asunto fue juzgado oídas las conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, que fueron presentadas el 15 de noviembre de 2018.

una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, cuando se aprecie su carácter abusivo y la imposibilidad de que el contrato subsista sin ella.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la Sra. Zsuzsanna Dunai y ERSTE Bank Hungary Zrt., en relación con el carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual por la que se pactó que el tipo de cambio aplicable en el momento de desembolsar un préstamo denominado en divisas se basara en el tipo de compra utilizado por el banco, mientras que el tipo de cambio aplicable en el momento de su devolución se correspondiera con el tipo de venta⁷². Nos encontramos en el marco de un

⁷² En mayo de 2007, la Sra. Dunai celebró con la entidad bancaria ERSTE Bank un contrato de préstamo denominado en francos suizos (CHF), estipulándose que el préstamo debía ponerse a disposición en forintos húngaros (HUF), al tipo de cambio CHF-HUF basado en el tipo de compra aplicado por el banco ese día, lo que implicaba el desembolso de un importe de 14.734.000 HUF, ascendiendo a 115.573 CHF el correspondiente importe del préstamo en francos suizos. Se pactó asimismo en ese contrato que las cuotas de devolución del préstamo debían pagarse en forintos húngaros, si bien, a estos efectos, el tipo de cambio aplicable era el tipo de venta fijado por la entidad bancaria. El riesgo del tipo de cambio asociado a la fluctuación del tipo de cambio de las divisas en cuestión, que se materializó en una depreciación del forinto húngaro con respecto al franco suizo, recaía sobre la Sra. Dunai. Las partes del litigio principal elevaron a documento notarial el contrato, de modo que el incumplimiento del deudor bastaba para que el contrato adquiriera fuerza ejecutiva sin necesidad de seguirse un procedimiento judicial ante un tribunal húngaro. El 12 de abril de 2016, el notario ordenó, a petición del banco, la ejecución forzosa del contrato. La Sra. Dunai formuló oposición ante el órgano jurisdiccional remitente contra esta ejecución forzosa invocando la nulidad del contrato porque, en su opinión, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 213, apartado 1, letra c), de la Ley Hpt (Ley relativa a las entidades de crédito), no precisaba el diferencial de tipos de cambio existente entre el tipo de cambio aplicable en el momento de la puesta a disposición de los fondos y el tipo de cambio aplicable en el momento de la amortización del préstamo. El banco solicitó la desestimación de la oposición. El órgano jurisdiccional remitente señala que, en 2014, el legislador húngaro adoptó varias leyes en materia de contratos de préstamo denominados en divisas, destinadas a dar cumplimiento a una resolución de la Kúria (Tribunal Supremo) dictada para la unificación de la doctrina civil, con fundamento en el artículo 25, apartado 3, de la Ley Fundamental, tras el pronunciamiento de la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*. Mediante dicha resolución, la Kúria (Tribunal Supremo) declaró abusivas algunas cláusulas, como la contenida en el contrato de préstamo objeto del litigio principal, en virtud de las cuales debía aplicarse el tipo de cambio de compra en el momento de la puesta a disposición de los fondos y el tipo de cambio de venta a efectos de su devolución. Según el órgano jurisdiccional remitente, dichas leyes –aplicables al litigio principal– preveían, en particular, que se suprimieran de tales contratos las cláusulas que permitían al banco aplicar sus propios tipos de cambio de compra y de venta de divisas y que estos quedaran sustituidos por el tipo de cambio oficial fijado por el Banco Nacional de Hungría para la divisa correspondiente. Esta intervención del legislador tuvo como consecuencia eliminar la diferencia entre los distintos tipos de cambio basados en los tipos de compra y de venta. El órgano jurisdiccional remitente precisó que, debido a esta legislación particular, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto ya no puede declarar la invalidez del contrato de préstamo denominado en divisas, puesto que dicha legislación puso fin a la situación que generaba un motivo de invalidez, lo que conlleva, por tanto, la validez del contrato y, en consecuencia, la obligación del consumidor de soportar la carga económica derivada del riesgo del tipo de cambio. Dado que esa es precisamente la obligación de la que quería liberarse el consumidor al presentar una demanda contra el banco, el órgano jurisdiccional remitente estima que sería contrario a los intereses del consumidor que declarase válido dicho

contrato de crédito indexado a moneda extranjera. La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del punto 3 del fallo de la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*⁷³, relativo a la compatibilidad con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 de la sustitución por parte del juez nacional de la cláusula abusiva nula por una disposición supletoria de Derecho nacional cuando el contrato concluido no puede subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva⁷⁴. El mismo tribunal remitente había planteado otra cuestión prejudicial días antes de formular esta, relativa a temática similar, que dio lugar al asunto GT⁷⁵ que fue resuelto con posterioridad al presente asunto. Hablando de forma más particular, el tribunal remitente pretendía que el TJUE interpretase el Derecho de la Unión con relación a la cláusula sobre el riesgo del tipo de cambio y la cláusula del diferencial de los tipos de cambio del contrato controvertido en conexión con las normas correctoras dictadas por el legislador húngaro.

Mediante sus cuestiones prejudiciales primera a tercera, que fueron analizadas conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente preguntó, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional que impide al juez que conoce del asunto estimar una pretensión de anulación de un contrato de préstamo denominado en divisas basada en el carácter abusivo de una cláusula del mismo que hace recaer en el consumidor los costes asociados al diferencial de tipos de cambio existente entre el tipo de venta y el tipo de compra

contrato. Según el órgano jurisdiccional remitente, es evidente que el legislador húngaro modificó expresamente el contenido de los contratos de préstamo para, de este modo, ejercer una influencia que favoreciera a los bancos en las resoluciones que dictaran los tribunales competentes. Se pregunta si esta situación es conforme con la interpretación que el Tribunal de Justicia ha hecho del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. Por lo que se refiere a las resoluciones que puede adoptar la Kúria (Tribunal Supremo) para la unificación de doctrina civil, entre las que se cuenta, en particular, la resolución n.º 6/2013 PJE, de 16 de diciembre de 2013, que impone, según el órgano jurisdiccional remitente, que los contratos de préstamo como el que constituye el objeto del litigio principal se consideren válidos, el órgano jurisdiccional remitente indica que en la adopción de estas resoluciones por parte de la Kúria (Tribunal Supremo) ni se garantiza el recurso al juez determinado por la ley ni se observan las exigencias de un procedimiento justo. Pues bien, a pesar de que el procedimiento que debe seguirse para su adopción no tiene carácter contradictorio, tales resoluciones son vinculantes para los jueces que conocen de procedimientos contradictorios de naturaleza contradictoria. El juzgado remitente considera que las resoluciones aprobadas en Hungría en el marco del procedimiento de «unificación de doctrina» son cuestionables desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

⁷³ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*.

⁷⁴ *Ibid.*, El punto tercero del fallo reza: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

⁷⁵ Asunto C-38. STJUE de 5 de junio de 2019, *GT*.

de la divisa en cuestión, aun cuando ese juez estime que el mantenimiento del contrato es contrario a los intereses del consumidor, ya que este último continúa soportando el riesgo del tipo de cambio consistente en la carga económica asociada a la eventual devaluación de la moneda nacional, que sirve de moneda de pago, respecto de la divisa en la que debe devolverse el préstamo.

Mediante las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, el órgano jurisdiccional remitente, según reformulación efectuada por el TJUE, pregunta si el Derecho de la Unión, en particular, los principios de tutela judicial efectiva y del proceso equitativo, se oponen, habida cuenta del objetivo de la Unión de garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores, a que los órganos jurisdiccionales nacionales inferiores queden formalmente vinculados, en el ejercicio de su función jurisdiccional, por resoluciones de carácter abstracto y general dictadas por un tribunal superior, como la Kúria (Tribunal Supremo), en aras de una interpretación uniforme del Derecho.

Doctrina. Para responder a las cuestiones primera a tercera, el TJUE comienza por señalar que la consumidora invoca el carácter abusivo de la cláusula relativa al diferencial de tipos de cambio para liberarse del riesgo de tipo de cambio. Dice el TJUE que es preciso responder a las preguntas desde la perspectiva del examen de una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio. Dado que el tribunal remitente cuestiona en sus preguntas primera a tercera sobre el mantenimiento o no de la validez del contrato de préstamo y sobre la circunstancia de que el consumidor siga debiendo soportar el riesgo del tipo de cambio, el TJUE centra el asunto en la invocación por parte del consumidor del carácter abusivo de la cláusula relativa al diferencial de tipos de cambio para liberarse del riesgo del tipo de cambio. Incluso, plantea el TJUE la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda verse abocado a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula referida al riesgo del tipo de cambio. Por tanto, observa el TJUE que es preciso responder a las preguntas primera a tercera también desde la perspectiva del examen de una pretensión de anulación de un contrato de préstamo, como el que es objeto del litigio principal, basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio. El TJUE lleva a cabo una primera evaluación en relación con la cláusula relativa al diferencial de tipos de cambio. Al respecto, expone la configuración resultante de las normas correctoras aprobadas por el legislador húngaro con posterioridad a la celebración del contrato de préstamo para dar cumplimiento a la resolución núm. 2 para la unificación de doctrina dictada por la Kúria a consecuencia de la sentencia *Kásler*. Estas leyes consideran en

particular abusivas y nulas las cláusulas relativas al diferencial de tipos de cambio incluidas en los contratos de préstamo definidos en dichas leyes, sustituyen con efecto retroactivo estas cláusulas por cláusulas que aplican el tipo de cambio oficial fijado por el Banco Nacional de Hungría para la divisa correspondiente y convierten, con efectos *ex nunc*, el importe del préstamo pendiente en un importe denominado en moneda nacional. Por lo que se refiere a estas últimas cláusulas, que pasaron con carácter retroactivo y en virtud de dichas leyes a formar parte de los contratos de préstamo en cuestión, el TJUE recuerda lo dicho en *OTP Bank y OTP Faktoring* en el sentido de que tales cláusulas, que reflejan disposiciones legales imperativas, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, ya que esta no se aplica a las condiciones incluidas en el contrato entre un profesional y un consumidor que están determinadas por una normativa nacional. El TJUE señala que las tres cuestiones prejudiciales no se refieren a las cláusulas contractuales incorporadas a posteriori por dicha legislación a los contratos de préstamo como tales, sino a la incidencia de esta legislación en las garantías de protección que se derivan del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en relación con la cláusula relativa al diferencial de tipos de cambio que figuraba inicialmente en los contratos de préstamo en cuestión. El TJUE observa que el enfoque adoptado por el legislador húngaro consistente en poner remedio a los problemas asociados a la práctica con arreglo a la cual las entidades financieras celebraban contratos de préstamo dotados de cláusulas relativas al diferencial de tipos de cambio mediante la modificación de estas cláusulas por vía legislativa, manteniendo al mismo tiempo la validez de los contratos de préstamo, se ajusta al objetivo perseguido por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 93/13 y, en particular, de su artículo 6, apartado 1. No obstante, recuerda el TJUE que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, con el consiguiente restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que este se encontraría de no haber existido dicha cláusula. A continuación, el TJUE pone en relación los artículos 6.1 y 7.1 afirmando que si bien el artículo 7.1 no impide que los Estados miembros hagan cesar a través de una medida legislativa el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, no es menos cierto que el legislador debe, en este contexto, respetar las exigencias que se derivan del artículo 6.1 de la Directiva. El TJUE también sienta una premisa importante al determinar que la circunstancia de que, a través de una medida legislativa, determinadas cláusulas contractuales hayan sido declaradas abusivas y nulas y hayan sido sustituidas por nuevas cláusulas para mantener la existencia del contrato en

cuestión no puede tener el efecto de debilitar la protección otorgada a los consumidores ⁷⁶. Descendiendo al asunto controvertido, manifiesta el TJUE que en la medida en que la demanda presentada por la Sra. Dunai tiene su origen en la cláusula relativa al diferencial de tipos de cambio que figuraba inicialmente en el contrato de préstamo celebrado con el banco, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la legislación nacional que declaró abusivas las cláusulas de esta naturaleza ha permitido que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría la Sra. Dunai de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de los beneficios obtenidos indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de dicha cláusula abusiva ⁷⁷.

Concluye el TJUE en relación a la cláusula del diferencial de tipos de cambio que el artículo 6.1 de la Directiva no se opone a una legislación nacional que impide al juez que conoce del asunto estimar una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al diferencial de tipos de cambio, como la controvertida en el litigio principal, siempre que la apreciación del carácter abusivo de tal cláusula permita restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva ⁷⁸.

En relación a las cláusulas relativas al riesgo del tipo de cambio, recuerda el TJUE lo ya dicho en *OTP Bank* y *OTP Faktoring* en el sentido de que los efectos de las normas correctoras no significan que las cláusulas relativas al riesgo del tipo de cambio queden, en su totalidad, excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, ya que las modificaciones derivadas del artículo 3, apartado 2, de la Ley DH 1 (Ley XXXVIII de 2014) y del artículo 10 de la Ley DH 3 (Ley LXXVII de 2014) no pretendían dirimir exhaustivamente la cuestión del riesgo del tipo de cambio por lo que respecta al período transcurrido entre el momento de la celebración del contrato de préstamo de que se trata y el de su conversión a forintos húngaros en virtud de la Ley DH 3. Expone el TJUE que el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la premisa de que las disposiciones de las Leyes DH 1, DH 2 y DH 3 le vedan la posibilidad de anular el contrato de préstamo objeto del litigio principal cuando se constate el carácter abusivo de una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, y pregunta si tal imposibilidad es conforme con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. El TJUE recuerda al tribunal remitente que en lo referente

⁷⁶ Asunto C-118/17. STJUE de 14 de marzo de 2019, *Dunai*, apdos. 35 a 43.

⁷⁷ *Ibid.*, apdo. 44.

⁷⁸ *Ibid.*, apdo. 45.

a las cláusulas contractuales relativas al riesgo del tipo de cambio, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que a tales cláusulas, en cuanto definen el objeto principal del contrato de préstamo, les resulta de aplicación el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, quedando excluidas de la apreciación de su carácter abusivo solo en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible.

El TJUE explica de forma didáctica el proceso a seguir indicando que si el órgano jurisdiccional remitente considera que la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio controvertida en el litigio principal no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicho artículo 4, apartado 2, le incumbe examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si esta causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato en detrimento del consumidor de que se trate.

En cuanto a las consecuencias que deben extraerse del carácter eventualmente abusivo de tal cláusula, declara el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva exige que los Estados miembros establezcan que no vincularán al consumidor, en las condiciones determinadas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Planteada la cuestión de que si un contrato de préstamo como el que constituye el objeto del litigio principal debe ser anulado en su conjunto cuando se aprecie que una de sus cláusulas es abusiva, señala el TJUE que, por una parte, el artículo 6.1 tiene por objeto restablecer el equilibrio entre las partes y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. Por otra parte, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible, debiendo apreciarse esta circunstancia según un criterio objetivo⁷⁹.

Descendiendo nuevamente a las especificaciones del asunto, el TJUE reitera que la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio define el objeto principal del contrato. Así, en tal supuesto, no parece jurídicamente posible mantener la existencia del contrato, siendo este un extremo que, no obstante, debe apreciar el órgano jurisdiccional remitente. A este respecto, señala el TJUE que de la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente

⁷⁹ *Ibid.*, apdos. 46 a 51.

parece desprenderse que una de las disposiciones de las leyes nacionales controvertidas en el litigio principal, concretamente el artículo 37, apartado 1, de la ley DH 2, implica que, cuando el consumidor invoque el carácter abusivo de cualquier otra cláusula diferente a la relativa al diferencial de tipos de cambio o a la que permite un incremento unilateral de los intereses, los gastos y las comisiones, este debe también solicitar que el juez que conoce del asunto declare válido el contrato hasta la fecha en la que dicte su resolución. Así, esta disposición impediría, en contra de lo ordenado en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que el consumidor no quedara vinculado por la cláusula abusiva en cuestión, en su caso a través de la anulación en su conjunto del contrato correspondiente cuando no pueda subsistir sin dicha cláusula. Declara el TJUE que debe precisarse que si bien ha reconocido al juez nacional, en su sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional para mantener la existencia del contrato, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que esta posibilidad queda limitada a los supuestos en que la anulación del contrato en su totalidad podría acarrear consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor, de modo que este sería penalizado⁸⁰. Subraya el TJUE que resulta de las apreciaciones efectuadas por el órgano jurisdiccional remitente que el mantenimiento del contrato sería contrario a los intereses de la Sra. Dunai. En consecuencia, la sustitución contemplada en el anterior apartado no parece aplicable al presente asunto⁸¹. De esta forma, concluye el TJUE en relación con las cláusulas sobre el riesgo de los tipos de cambio que el artículo 6.1 de la Directiva 93/3 ha de interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional que impide al juez que conoce del asunto, en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, estimar una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, cuando se aprecie su carácter abusivo y la imposibilidad de que el contrato subsista sin ella.

En cuanto a la contestación a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, en las que el tribunal remitente expone sus dudas sobre la conformidad con el Derecho de la Unión del procedimiento de interpretación uniforme de la Kúria, el TJUE indica que el tribunal húngaro se ha referido en particular al artículo 47 de la Carta y que las cuestiones prejudiciales guardan relación con la organización del sistema judicial húngaro y con los medios previstos por el

⁸⁰ *Ibid.*, apdos. 52 a 54.

⁸¹ *Ibid.*, apdo. 55.

mismo para garantizar la uniformidad de la doctrina jurisprudencial nacional. El TJUE sigue lo dicho por el Abogado General en el sentido de que las preguntas tienen una relación muy remota con el litigio principal, que tiene por objeto la pretensión de una consumidora de quedar liberada del contrato de préstamo que suscribió por existir en el mismo una cláusula abusiva, y, por otra parte, la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente parece sugerir que actualmente son las leyes DH 1 (Ley XXXVIII de 2014), DH 2 (Ley XL de 2014) y DH 3 (Ley LXXVII de 2014) las que vinculan a los tribunales húngaros en materia de protección de los consumidores contra cláusulas abusivas como las controvertidas en el litigio principal, y no las resoluciones de la Kúria (Tribunal Supremo) relativas a esta materia, ya que las mencionadas leyes fueron adoptadas para ejecutar las resoluciones de la Kúria.

El TJUE centra la cuestión en el sentido de que lo que pretende el tribunal remitente es que se dilucide si la Directiva 93/13, interpretada a la luz del artículo 47 de la Carta, se opone a que un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro adopte, en aras de una interpretación uniforme del Derecho, resoluciones vinculantes acerca de las condiciones de ejecución de esa Directiva. El TJUE señala que eso ocurriría si las resoluciones de la Kúria no permitieran al juez competente asegurar la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva 93/13, dejando inaplicada si fuera necesario, y por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, aun posterior –incluida cualquier práctica judicial contraria–, sin que deba solicitar o esperar su previa eliminación por vía legislativa o judicial, o mediante cualquier otro procedimiento constitucional, y de que, por otra parte, se viese obstaculizada la facultad de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Frente a esa posibilidad, el TJUE explica que de los autos no se desprende que el órgano jurisdiccional remitente no pueda apartarse de tales resoluciones cuando lo estime necesario para garantizar la plena eficacia de la Directiva 93/13 ni, como lo prueba el propio procedimiento prejudicial, que dicho órgano jurisdiccional tenga vedado plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia en este sentido. Añade a ello el TJUE que ningún elemento de los autos pone de manifiesto que el órgano jurisdiccional remitente no sea capaz de ofrecer a la demandante en el litigio principal un recurso efectivo para proteger los derechos que la Directiva 93/13 le pueda reconocer⁸². Como último argumento el TJUE recuerda lo ya dicho en la sentencia *Banco Santander y Escobedo Cortés*⁸³ en el sentido

⁸² *Ibid.*, apdos. 57 a 62.

⁸³ Asunto C-96/16 y C-94/17. STJUE de 7 de agosto de 2018. *Banco Santander y Escobedo Cortés*.

de que no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, para elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales⁸⁴.

Por todo ello, el TJUE concluye al respecto que la Directiva 93/13, interpretada a la luz del artículo 47 de la Carta, no se opone a que un órgano jurisdiccional superior de un Estado miembro adopte, en aras de una interpretación uniforme del Derecho, resoluciones vinculantes acerca de las condiciones de aplicación de esta Directiva, siempre que no impidan al juez competente asegurar la plena eficacia de las disposiciones de dicha Directiva y ofrecer al consumidor un recurso efectivo para la protección de los derechos que esa norma le pueda reconocer ni le impidan plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia en este sentido, extremo este cuya apreciación corresponde, en cualquier caso, al órgano jurisdiccional remitente⁸⁵.

Comentarios. Con carácter previo es de señalar la valentía del tribunal remitente que está poniendo en evidencia tanto la actitud del legislador húngaro a través de las normas correctoras como la actuación de la Kúria al dictar las resoluciones para la unificación de la doctrina. Según lo que reporta el TJUE en el apartado «litigio principal y cuestiones prejudiciales», el Tribunal Central de Distrito de Buda denuncia que las resoluciones para la unificación de doctrina sean cuestionables desde la perspectiva de los derechos fundamentales y, además, del tenor de las preguntas, se deduce su desacuerdo con el mecanismo sobre el que se asienta el dictado de dichas resoluciones e incluso su funcionamiento. Así, en su pregunta quinta literalmente dice: «[...] ¿respeto el ámbito de las competencias que la Unión Europea tiene atribuidas para garantizar un elevado nivel de protección a los consumidores y es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, [...] cuando el nombramiento de los miembros del consejo de unificación no se produce de forma transparente con arreglo a normas establecidas previamente; cuando el procedimiento ante dicho consejo no es público, y cuando no es posible conocer posteriormente ese procedimiento, esto es, las aportaciones periciales realizadas o las obras doctrinales utilizadas o el sentido del voto – concordante o discrepante– de sus miembros?»⁸⁶.

⁸⁴ Asunto C-118/17. STJUE de 14 de marzo de 2019, *Dunai*, apdo. 63

⁸⁵ *Ibid.*, apdo. 64.

⁸⁶ Asunto C-118/17. STJUE de 14 de marzo de 2019, *Dunai*, apdo. 28, cuestión prejudicial quinta.

Cabe incluso interpretar esa pregunta como una denuncia de prácticas de corruptelas en el proceso de constitución de los miembros del consejo de unificación y en el proceso de elaboración y dictado de las resoluciones. Habida cuenta de las restricciones y limitaciones que sufren las libertades y derechos democráticos en la sociedad húngara desde hace ya algunos años, es indudable el arrojo del tribunal al plantear estas cuestiones y en la forma en la que lo ha hecho. Dicho ello, hay que distinguir dos aspectos fundamentales en la cuestión prejudicial. Un primer aspecto, más particular, centrado en la posibilidad de declarar la invalidez del contrato a fin de que el consumidor no soporte las cláusulas relativas al tipo de cambio frente a lo dispuesto por las normas correctoras húngaras y un segundo aspecto, más general, relativo a la compatibilidad o no con el Derecho de la Unión de la práctica consistente en el dictado de las resoluciones para la unificación de doctrina emitidas por la Kúria.

Es de observar que el TJUE se ha mostrado bastante más sensible a las cuestiones planteadas por el tribunal remitente que el Abogado General Sr. Wahl, quien ha transmitido una postura de condescendencia o aprobación en relación con las disposiciones húngaras controvertidas y con respecto a la práctica de la Kúria sobre las resoluciones para la unificación de doctrina.

Dentro del primer aspecto al que hemos hecho referencia, el TJUE procede a diferenciar dos cuestiones, la relativa a la cláusula del diferencial de los tipos de cambio y la concerniente a la cláusula del riesgo del tipo de cambio.

En cuanto al primer punto, es significativa la conclusión adoptada por el TJUE en el sentido de que es compatible con el artículo 6.1 de la Directiva la legislación nacional que impide al juez que conoce del asunto estimar una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al diferencial de tipos de cambio, como la controvertida en el litigio principal, condicionando ello a que la apreciación del carácter abusivo de tal cláusula permita restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva. Es decir, para que la legislación nacional sea compatible con el artículo 6.1 debe dejar al consumidor en la misma situación que si no hubiera existido cláusula abusiva. En cuanto al segundo punto del primer aspecto, la conclusión del TJUE es la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la legislación húngara que impide al juez que conoce del asunto, en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, estimar una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, cuando se aprecie su carácter abusivo y la imposibilidad de que el contrato subsista sin ella. Parece clave para la respuesta dada por el TJUE que este haya seguido la interpretación del tribunal remitente en

relación al artículo 37.1 de la Ley XL de 2014, deduciendo de dicha norma que cuando el consumidor invoque el carácter abusivo de cualquier otra cláusula diferente a la relativa al diferencial de tipos de cambio o a la que permite un incremento unilateral de los intereses, los gastos y las comisiones, este debe también solicitar que el juez que conoce del asunto declare válido el contrato hasta la fecha en la que dicte su resolución. De esa forma, esa disposición impide que el consumidor no quede vinculado por la cláusula abusiva en cuestión a través de la anulación en su conjunto del contrato correspondiente cuando no pueda subsistir sin dicha cláusula. Ello infringe el artículo 6.1 de la Directiva según el TJUE. Por tanto, este tiene en cuenta que las cláusulas sobre riesgo de tipos de cambio forman parte del objeto principal del contrato y únicamente serán objeto de apreciación sobre su naturaleza abusiva si no están redactadas de forma clara y comprensible. En el supuesto de falta de transparencia y de apreciar su naturaleza abusiva, llevarían en principio a la nulidad del contrato, ya que forman parte del objeto principal del mismo. En la medida en que las normas correctoras húngaras no permiten la nulidad del contrato, solicitada por la propia consumidora, serían incompatibles con la Directiva 93/13.

El TJUE no sigue las conclusiones del Abogado General Sr. Wahl que no contemplaba ninguna incompatibilidad entre la legislación húngara controvertida y el Derecho de la Unión. En cualquier caso, la alta complejidad técnica de la cuestión es fácilmente constatable. En ese sentido, es de observar que el Abogado General Sr. Wahl afirmó en sus conclusiones: «Este conjunto de sentencias [*OTP Bank* y *OTP Faktoring*, *Sziber*, *Kásler*] confirma que, si bien la apreciación e invalidación de las cláusulas abusivas son imperativas, el juez que conoce del asunto no está facultado, en cambio, para anular en su totalidad los contratos denominados en divisas extranjeras. En otras palabras, cuando el juez que conoce del asunto se vea obligado a declarar que una cláusula relativa al diferencial cambiario es abusiva y, por tanto, a no aplicarla y a sustituirla, eventualmente, por una disposición supletoria, ese juez no puede cuestionar al mismo tiempo las estipulaciones contractuales esenciales relativas al riesgo del tipo de cambio»⁸⁷.

En vista del fallo emitido por el TJUE en *Dunai*, no parece que fuera completamente correcta esa apreciación del Abogado General sobre lo dicho por el TJUE en sentencias anteriores, o bien, por el contrario, cabría deducir que el TJUE ha dado un moderado cambio. En todo caso, es de elogiar la elaboración técnica del TJUE, dada la complejidad del asunto y las implicaciones de las normas nacionales húngaras con las dificultades que ello conlleva. En

⁸⁷ Asunto C-118/17. Conclusiones del Abogado Sr. Wahl. Apdo.46.

cuanto al segundo aspecto tratado en la sentencia, era de esperar que el TJUE encontrara las resoluciones de unificación de doctrina de la Kúria compatibles con la Directiva 93/13 interpretada a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta. No obstante, resultan muy útiles los condicionantes establecidos por el TJUE, a saber, que no impidan al juez competente asegurar la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva, ofrecer al consumidor un recurso efectivo para la protección de los derechos que la Directiva le reconoce y plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en ese sentido, correspondiendo al juez remitente su valoración y aplicación.

En especial, tienen importancia los dos primeros condicionantes, ya que pueden ser utilizados tanto por el juez remitente como por otros jueces húngaros para poder poner en cuestión aspectos que hayan sido determinados por la Kúria en sus resoluciones. Ello sin perjuicio de la absoluta trascendencia del derecho a plantear cuestión prejudicial, que no ha sido discutido al ser este asunto el resultado del ejercicio de dicho derecho. En la cuestión planteada por el Tribunal Central de Distrito de Buda —que varias semanas antes había planteado otra que dio lugar al asunto GT⁸⁸—, se trasluce una postura muy beligerante frente a la Kúria y al poder legislativo húngaro.

Se puede deducir que detrás de las resoluciones de la Kúria para la unificación de doctrina y de las normas correctoras destinadas aparentemente a favorecer a los consumidores y evitar mayor litigación en los tribunales, se encontraba la intención de proteger los intereses de las entidades bancarias, tratando de hacer inexpugnable la posición de los bancos en cuanto a las posibles reclamaciones de los consumidores por las enormes sumas de dinero perdidas a consecuencia de la fuerte depreciación de los forintos húngaros frente a las divisas extranjeras, a resultas de la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio y una eventual declaración de su naturaleza abusiva, previa consideración de que no estaban redactadas de manera clara y comprensible al no informar a los consumidores de las consecuencias económicas aparejadas a la misma.

De lo dicho por el TJUE al contestar a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta puede deducirse que si un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro adopta, en aras de una interpretación uniforme del Derecho, una resolución vinculante acerca de las condiciones de ejecución de la Directiva 93/13 y un órgano inferior estima que dicha resolución es contraria a esta, el juez competente debe asegurar la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva 93/13, dejando inaplicada si fuera necesario, y por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, aun posterior —incluida

⁸⁸ Asunto C-38. STJUE de 5 de junio de 2019, GT.

cualquier práctica judicial contraria—, no debiendo solicitar o esperar su previa eliminación por vía legislativa o judicial, o mediante cualquier otro procedimiento constitucional, pudiendo ejercer, así mismo, la facultad de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Por tanto, los tribunales supremos nacionales al ejercer su función de armonización en la interpretación de la Directiva 93/13 establecen criterios con los que los tribunales inferiores pueden no estar de acuerdo por entender que no aseguran la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva 93/13 y, en ese caso, tienen la obligación de actuar en consecuencia, es decir, resolver el correspondiente asunto con arreglo a su propio criterio —apartándose de la postura del tribunal supremo nacional— o bien, si tienen dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, plantear cuestión prejudicial.

Caso 72. *GT*⁸⁹: El tribunal remitente debería considerar nulo el contrato de préstamo en contra de lo previsto por la legislación húngara, tal como la interpreta la Kúria, si comprueba que se dan de forma acumulativa las circunstancias de que la cláusula controvertida —relativa a la fijación del tipo de cambio— no ha sido redactada de manera clara y comprensible, tiene naturaleza abusiva y el contrato de préstamo no puede subsistir sin ella.

Hechos. La cuestión prejudicial fue planteada en el contexto de un litigio entre GT, una sociedad de arrendamiento financiero (en lo sucesivo, «sociedad»), y HS, en calidad de prestatario, relativo a la nulidad del contrato de préstamo celebrado entre estas partes por no indicar el tipo de cambio aplicado en el momento de desembolso del préstamo⁹⁰. El asunto tal y como lo delimita

⁸⁹ Asunto C-38/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de junio de 2019. GT contra HS. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de los Distritos Urbanos del Centro de Buda (Hungría). EU: C:2019:461. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

⁹⁰ En febrero de 2006, la sociedad celebró con HS, en calidad de prestatario, un contrato de préstamo destinado a financiar la compra de un vehículo. El préstamo estaba denominado en divisas, en concreto en francos suizos (CHF). El importe de dicho préstamo se fijó a partir de la cantidad solicitada en forintos húngaros (HUF), en este caso 3.859.000 HUF, aplicando el tipo de cambio vigente en la fecha de desembolso del préstamo. De conformidad con dicho contrato, «las partes firman el contrato con el contenido correspondiente a la comunicación de aprobación del acreedor». La comunicación de aprobación se envió posteriormente al prestatario, tras la firma del contrato de préstamo, el 7 de abril de 2006. Esta comunicación, que, según señala el órgano jurisdiccional remitente, no fue firmada por el prestatario, establecía el tipo de cambio aplicable al crédito desembolsado (1 CHF = 164,87 HUF). A tenor de este contrato, el préstamo debía reembolsarse en forintos húngaros y el importe de las cuotas dependía del tipo de cambio entre el franco suizo y el forinto húngaro aplicable en la fecha de pago de dichas cuotas, de modo que el prestatario soportaba el riesgo del tipo de cambio. El 4 de marzo de 2013, al considerar que el prestatario no había cumplido su obligación de reembolso, la sociedad resolvió el contrato de préstamo.

el TJUE se refiere a una situación en la que un consumidor ha celebrado un contrato de préstamo denominado en divisas y el importe exacto de dicho préstamo en divisas no ha sido determinado hasta después de la celebración del contrato, mediante el tipo de cambio fijado por la entidad financiera en un documento separado y aplicado a la cantidad que figuraba en la solicitud de financiación formulada por el consumidor, expresada en moneda nacional.

El TJUE considera que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 3.1, 4.2 y 6.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, tal como la interpreta el órgano jurisdiccional supremo de dicho Estado miembro, en virtud de la cual no adolece de nulidad un contrato de préstamo denominado en divisas que, aunque precisa la cantidad expresada en moneda nacional que corresponde a la solicitud de financiación del consumidor, no indica el tipo de cambio que se aplica a dicha cantidad a efectos de determinar el importe definitivo del préstamo en divisas, al tiempo que, en una de sus cláusulas, establece que el prestamista fijará ese tipo de cambio tras la celebración del contrato en un documento separado.

Doctrina. El TJUE parte de la consideración del tribunal remitente en el sentido de que la cláusula contractual controvertida en el litigio principal, que establece cómo se determina el importe del préstamo denominado en divisas, define el objeto principal del contrato de préstamo, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. En consecuencia, caso de estar

A continuación, demandó al prestatario ante el órgano jurisdiccional remitente solicitando su condena al pago de 1.463.722 HUF en concepto de capital prestado e intereses.

En su defensa, invocando, en particular, el artículo 213, apartado 1, letra a), de la Ley Hpt el prestatario opuso una excepción de nulidad del contrato por el motivo de que este no indicaba el objeto del préstamo, dado que el tipo de cambio entre el franco suizo y el forinto húngaro aplicado con ocasión del desembolso del préstamo solo figuraba en la comunicación de aprobación, firmada únicamente por la sociedad.

El órgano jurisdiccional remitente considera que, en el asunto del que conoce, procede aplicar las resoluciones de la Kúria (Tribunal Supremo) dictadas para la unificación de doctrina, entre las que figura la resolución núm. 1/2016, que vinculan a los órganos jurisdiccionales inferiores. Según dicha resolución, cuando el propio contrato no precisa el tipo de cambio aplicable en el momento del desembolso del préstamo, debe reconocerse al tipo de cambio determinado unilateralmente por la sociedad en la comunicación de aprobación el mismo valor jurídico que el que se atribuye a una cláusula contractual. De esta misma resolución se desprende que carece de relevancia a este respecto que el deudor no firmara la comunicación de aprobación y que el prestamista no estuviera obligado a demostrar la recepción de dicha comunicación por el deudor. El órgano jurisdiccional remitente precisa que, en caso de admitirse la validez del contrato, se cargaría al prestatario con las consecuencias económicas derivadas del riesgo del tipo de cambio. Por este motivo, sería contrario a los intereses económicos del prestatario que el juez que conoce del asunto reconociera la validez de tal contrato de préstamo denominado en divisas con arreglo al citado artículo 213, apartado 1, letra a). Por consiguiente, dicho órgano jurisdiccional desea asegurarse de que la resolución núm. 1/2016 no es contraria a las disposiciones del Derecho de la Unión destinadas a proteger a los consumidores.

redactada de forma clara y comprensible estará excluida de la apreciación de su eventual naturaleza abusiva. Señala el TJUE que la exigencia de redacción clara y comprensible debe entenderse de manera extensiva. Recuerda el TJUE la consabida premisa de que el consumidor ha de estar en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Descendiendo al litigio principal, manifiesta el TJUE que en esa situación en la que la determinación del importe prestado depende del tipo de cambio en vigor en la fecha de desembolso del préstamo y fijado por el prestamista con posterioridad a la celebración del contrato, dicha exigencia requiere que el mecanismo de cálculo del importe prestado, expresado en divisas, y el tipo de cambio aplicable se expongan de modo transparente, de tal forma que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda evaluar sobre la base de criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se derivan para él de ese contrato, entre ellas el coste total de su préstamo. En este punto, el TJUE se remite a la competencia del tribunal remitente para evaluar esa cuestión a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo. En particular, deberá comprobar si habida cuenta de todos los elementos de hecho pertinentes, el consumidor estaba en condiciones de comprender cómo debían determinarse el importe del préstamo denominado en divisas y el tipo de cambio aplicable, así como las consecuencias económicas que de ello podían derivarse para él. A ello añade el TJUE una precisión: no puede exigirse que el profesional especifique todos estos elementos de manera concreta en el momento de la celebración del contrato.

Siguiendo con el test que debe hacer el tribunal remitente, señala el TJUE que si a raíz de la evaluación resulta que la cláusula relativa a la fijación del tipo de cambio no está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, solo procederá declarar la nulidad del contrato en cuestión en caso de que, por una parte, se demuestre el carácter abusivo de esa cláusula, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, y, por otra parte, el contrato no pueda subsistir sin esa cláusula, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, de la mencionada Directiva⁹¹.

En cuanto al carácter abusivo de la cláusula de que se trata, dice el TJUE que incumbe al juez nacional determinar si, contrariamente a las exigencias de la buena fe, dicha cláusula causa, en detrimento del consumidor,

⁹¹ Asunto C-38/17. STJUE de 5 de junio de 2019, *GT*, apdo. 37.

un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, debiendo tener en cuenta, de conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración.

Expone el TJUE otra indicación al manifestar que las circunstancias a las que se refiere el citado artículo 4, apartado 1, son aquellas que el profesional podía conocer en el momento de la celebración del contrato y que podían influir en la posterior ejecución de este, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que solo se manifieste cuando se ejecuta el contrato.

Situado ya en la última fase del proceso, observa el TJUE que en el supuesto de que se declarase el carácter abusivo de dicha cláusula, esta no vinculará al consumidor, conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en las condiciones fijadas por el Derecho nacional. Sin embargo, según dicha disposición, el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si puede subsistir sin esa cláusula. Recuerda el TJUE que el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible, debiendo verificarse esta circunstancia según un criterio objetivo⁹².

En ese punto el TJUE se retrotrae al comienzo de su exposición para recordar que el tribunal remitente sostiene que la cláusula controvertida en el litigio principal define el objeto principal del contrato en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Sobre esa base, declara el TJUE que el mantenimiento del contrato no parece jurídicamente posible tras la supresión de esta cláusula, lo que, sin embargo, corresponderá valorar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente⁹³.

De esta forma, el TJUE enlaza con el problema planteado por el tribunal remitente acerca de la posible incompatibilidad de la legislación nacional. El TJUE afirma que una normativa nacional como la referida por el órgano jurisdiccional remitente solo será incompatible con la Directiva 93/13 en la medida en que no permita, de conformidad con la interpretación de dicha normativa efectuada por el órgano jurisdiccional remitente, la declaración de invalidez de un contrato de préstamo en relación con el cual se cumplen los requisitos

⁹² *Ibid.*, apdos. 38 a 42.

⁹³ *Ibid.*, apdo. 43.

recordados en el apartado 37 de la sentencia, es decir, cuando se demuestra el carácter abusivo de la cláusula y el contrato no pueda subsistir sin ella ⁹⁴.

El TJUE concluye que los artículos 3.1, 4.2 y 6.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro, tal como la interpreta el órgano jurisdiccional supremo de dicho Estado miembro, en virtud de la cual no adolece de nulidad un contrato de préstamo denominado en divisas que, aunque precisa la cantidad expresada en moneda nacional que corresponde a la solicitud de financiación del consumidor, no indica el tipo de cambio que se aplica a dicha cantidad a efectos de determinar el importe definitivo del préstamo en divisas, al tiempo que, en una de sus cláusulas, establece que el prestamista fijará ese tipo de cambio tras la celebración del contrato en un documento separado, siempre y cuando dicha cláusula haya sido redactada de manera clara y comprensible, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, y tanto el mecanismo de cálculo del importe total prestado como el tipo de cambio aplicable se expongan de modo transparente, de tal forma que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda evaluar sobre la base de criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se derivan para él de ese contrato, entre ellas el coste total de su préstamo; o, si resulta que dicha cláusula no está redactada de manera clara y comprensible, siempre y cuando dicha cláusula no sea abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 o, en caso de que lo sea, el contrato de que se trate pueda subsistir sin ella de conformidad con el artículo 6, apartado 1, de la misma Directiva ⁹⁵.

Comentarios. El TJUE somete la compatibilidad de la legislación nacional húngara con la Directiva 93/13 al hecho de que o bien la cláusula haya sido redactada de manera clara y comprensible —con lo que no procedería el test para evaluar la naturaleza abusiva de la cláusula— o bien, aun cuando no lo haya sido, dicha cláusula no se considere abusiva o bien, incluso siendo considerada abusiva, el contrato pueda subsistir sin la cláusula abusiva.

Dicho de otra forma, la normativa húngara en cuestión sería incompatible con la Directiva 93/13 si el juez nacional considera que la cláusula controvertida no está redactada de manera clara y comprensible, tiene naturaleza abusiva y el contrato no puede subsistir sin ella. Es decir, las tres circunstancias han de darse de forma acumulativa en la apreciación realizada por el juez nacional.

⁹⁴ *Ibid.*, apdo. 44.

⁹⁵ *Ibid.*, apdo. 45.

También el TJUE da criterios para el caso concreto en relación a lo que debe entenderse por redacción clara y comprensible, en el sentido de que tanto el mecanismo de cálculo del importe total prestado como el tipo de cambio aplicable se expongan de modo transparente, de tal forma que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda evaluar sobre la base de criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se derivan para él de ese contrato, entre ellas el coste total de su préstamo.

El Tribunal remitente habrá de llevar a cabo esas evaluaciones y si considera que se dan todas las circunstancias indicadas por el TJUE, puede pensarse que, a pesar de las normas correctoras húngaras y de la interpretación de estas efectuada por la Kúria, el tribunal remitente debería anular el contrato de préstamo controvertido tal y como solicita el consumidor-prestatarario.

Como decíamos en *Dunai*, también se constata en este asunto su elevada complejidad técnica. Prueba de esa complejidad es la actitud de la Comisión al solicitar la inadmisibilidad de la cuestión, puesto que parece no haber entendido el trasfondo del asunto. Lógicamente, extraña la postura de la Comisión que suele alinearse con la posición de los consumidores. En este asunto, la Comisión alegó la inadmisibilidad de la cuestión, basándose, entre otros argumentos, en que los elementos del Derecho de la Unión cuya interpretación solicitaba el tribunal remitente no tienen relación alguna con el litigio principal debido a que la adopción de las Leyes DH 1 y DH 3 dio lugar a la exclusión de las cláusulas relativas al tipo de cambio y al riesgo del tipo de cambio recogidas en los contratos de préstamo, como el controvertido en el litigio principal, del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de esta, de modo que dicha Directiva no era aplicable al caso de autos.

La falta de entendimiento de la cuestión por parte de la Comisión se deduce del hecho de que pone en la misma tesitura la cláusula del diferencial del tipo de cambio y la cláusula del riesgo del tipo de cambio, cuando es lo cierto que las normas correctoras del legislador húngaro únicamente habían dispuesto la sustitución de la primera por la disposición legal imperativa, excluyéndola de esta forma del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 por mor del artículo 1.2 de la misma, pero no había sucedido lo mismo con la cláusula del riesgo del tipo de cambio.

Por ese motivo el TJUE contesta la alegación de la Comisión desestimándola y admitiendo la cuestión, argumentando que debido a la interpretación estricta de la que debe ser objeto el artículo 1.2 de la Directiva, otra cláusula contractual, como la controvertida en el litigio principal –que define cómo ha

de determinarse el importe del préstamo denominado en divisas— no tiene por qué estar excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva, dado que no resulta evidente que la citada Directiva no sea aplicable a la cláusula controvertida en el litigio principal.

Por otro lado, centrándonos en el fallo, nos llama la atención que la conclusión expresada por el TJUE lo haya sido en un sentido negativo.

Parece que hubiera sido más claro partir en un sentido positivo y afirmar que la Directiva 93/13 debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa del Estado miembro tal y como la interpreta la Kúria en virtud de la cual no es nulo un contrato de préstamo denominado en divisas que aunque precisa la cantidad expresada en moneda nacional que corresponde a la solicitud de financiación del consumidor, no indica el tipo de cambio que se aplica a dicha cantidad a efectos de determinar el importe definitivo del préstamo en divisas, al tiempo que, en una de sus cláusulas establece que el prestamista fijará ese tipo de cambio tras la celebración del contrato en un documento separado, siempre y cuando dicha cláusula no haya sido redactada de manera clara y comprensible y tanto el mecanismo de cálculo del importe total prestado como el tipo de cambio aplicable no se expongan de modo transparente, de tal forma que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda evaluar sobre la base de criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se derivan para él de ese contrato, entre ellas, el coste total de su préstamo y, además, siempre que la cláusula sea abusiva en el sentido del artículo 3.1 y el contrato no pueda subsistir sin ella.

En cualquier caso, para una mayor divulgación de las sentencias del TJUE quizá debería haber utilizado una redacción menos farragosa que la empleada para contestar esta cuestión. Como sucede en otros asuntos resueltos por el TJUE relativos a la nulidad del contrato de préstamo nos preguntamos por las consecuencias prácticas de la misma, en la medida en que en principio la suma prestada se vuelve exigible e ignoramos la capacidad financiera del consumidor para devolver el préstamo. En ese sentido, debemos preguntarnos hasta qué punto no puede subsistir el contrato por el hecho de que una cláusula que define el objeto principal del contrato falte. Una cosa es que el riesgo del tipo de cambio forma parte del objeto principal del contrato y otra cosa es que en la medida en que en ese contrato hay cláusulas que se refieren a los forintos húngaros el juez nacional pueda encontrar la forma de que el contrato subsista como un préstamo desembolsado y reembolsado en forintos, debiendo el banco liquidar con el consumidor los importes correspondientes. De esa forma, el riesgo del cambio no recaería en el consumidor.

Dicho todo ello, en el caso de autos es el propio consumidor el que pide la nulidad del contrato por lo que nuestro razonamiento cedería ante la voluntad expresada por el consumidor.

Caso 73. *Dziubak*⁹⁶: El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, tras haber constatado el carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera, considere, conforme a su Derecho interno, que ese contrato no puede subsistir sin tales cláusulas debido a que su supresión tendría como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato.

Hechos. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre los consumidores-prestatarios y una entidad financiera acerca del carácter supuestamente abusivo de cláusulas atinentes al mecanismo de indexación utilizado en un contrato de préstamo hipotecario indexado a francos suizos⁹⁷.

⁹⁶ Asunto C-260/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019. Kamila Dziubak, Justyna Dziubak contra Raiffeisen Bank International AG. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Regional de Varsovia, Polonia. EU: C:2019:819. El Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella presentó sus conclusiones el 14 de mayo de 2019.

⁹⁷ En 2008 los prestatarios celebraron como consumidores un contrato de préstamo hipotecario con la entidad Raiffeisen, denominado en eslotis polacos (PLN) pero indexado a francos suizos (CHF), siendo la duración del préstamo de 40 años. Las normas de indexación de dicho préstamo a la moneda en cuestión estaban determinadas por el reglamento de préstamo hipotecario utilizado por Raiffeisen e incorporado al contrato. El apartado 7, punto 4, del citado reglamento prevé, en esencia, que la puesta a disposición del préstamo controvertido en el litigio principal se efectuará en PLN sobre la base de un tipo de cambio al menos igual al de compra PLN-CHF que figura en el cuadro de tipos de cambio aplicable en el referido banco en el momento del desembolso de los fondos, estando el importe pendiente del préstamo denominado en CHF sobre la base de este tipo. Según el apartado 9, punto 2, del mismo reglamento, las cuotas mensuales de devolución de este préstamo se denominarán en CHF y se cargarán en la cuenta bancaria en PLN en la fecha de su vencimiento, esta vez sobre la base del tipo de cambio de venta PLN-CHF que figura en dicho cuadro. El tipo de interés del préstamo controvertido en el litigio principal estaba fijado sobre la base de un tipo de interés variable, definido como la suma del tipo de referencia LIBOR CHF 3M y del diferencial fijo de Raiffeisen. Los prestatarios interpusieron recurso ante el órgano jurisdiccional remitente solicitando, con carácter principal, que se declare la nulidad del contrato de préstamo controvertido en el litigio principal, debido al carácter supuestamente abusivo de las cláusulas referentes al mecanismo de indexación descrito anteriormente. Los consumidores alegan que estas cláusulas son ilícitas por cuanto permiten a Raiffeisen determinar libre y arbitrariamente el tipo de cambio. Arguyen que, en consecuencia, este banco determina de manera unilateral el importe pendiente de ese préstamo denominado en CHF, así como el importe de las cuotas denominado en PLN. A juicio de los consumidores, una vez suprimidas dichas cláusulas, es imposible determinar un tipo de cambio correcto, de tal modo que el contrato no puede subsistir. Con carácter subsidiario, aquellos afirman que el contrato de préstamo controvertido en el litigio principal puede ser ejecutado sin estas mismas cláusulas sobre la base del importe del préstamo denominado en PLN y del tipo de interés previsto en ese contrato basado en el tipo variable LIBOR y en el diferencial fijo del banco. Raiffeisen niega el carácter abusivo de las cláusulas en cuestión y alega que, tras la eventual supresión de estas, las partes seguirán vinculadas por las demás disposiciones del contrato de préstamo controvertido en el

El órgano jurisdiccional remitente parte de la constatación de que las cláusulas son abusivas y por tanto no vinculan a los prestatarios y que, sin las citadas cláusulas, es imposible determinar el tipo de cambio y por tanto ejecutar el contrato de préstamo en cuestión. A este respecto, el juzgado remitente se pregunta, antes de nada, remitiéndose a la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*⁹⁸, si, en caso de que la anulación de dicho contrato sea desfavorable para el consumidor, se permite subsanar la laguna de ese contrato sobre la base de disposiciones nacionales, no de Derecho supletorio, sino de carácter general, que hacen referencia a la costumbre y a los usos, como las previstas en los artículos 56 y 354 del Código Civil polaco. Si bien es posible que la costumbre y los usos permitan considerar que el tipo de cambio aplicable es el aplicado por Raiffeisen, como resulta de las cláusulas impugnadas, podría admitirse igualmente, según el órgano jurisdiccional remitente, que se trata del tipo de cambio de mercado o del fijado por el banco central.

Mediante la cuarta cuestión prejudicial, que fue contestada en primer lugar por el TJUE, el tribunal remitente preguntó en sustancia si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, tras haber constatado el carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera y con un tipo de interés directamente vinculado al tipo interbancario de la moneda de que se trate, considere, conforme a su Derecho interno, que tal contrato no puede subsistir sin esas cláusulas debido a que su supresión tendría como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato.

A través de la segunda cuestión prejudicial el juzgado polaco pedía que se determinase si el artículo 6.1 de la Directiva debía interpretarse en el sentido de que, por una parte, las consecuencias sobre la situación del consumidor provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad, tal como se contemplan en la sentencia *Kasler y Kaslerne Rabai*, deben apreciarse a la luz de las circunstancias existentes en el momento de la celebración de ese contrato en lugar de las existentes o previsibles en el momento del litigio, y de que, por otra parte, a efectos de esta apreciación, la voluntad que el consumidor haya expresado al respecto es determinante.

litigio principal. En lugar de las cláusulas suprimidas y a falta de normas supletorias que determinen las modalidades de fijación del tipo de cambio, deberían aplicarse los principios generales resultantes de los artículos 56, 65 y 354 del Código Civil. La entidad bancaria cuestiona, además, que la supresión de dichas cláusulas pueda tener como consecuencia que se ejecute el contrato de préstamo controvertido en el litigio principal como préstamo denominado en PLN sin dejar de aplicar el tipo de interés determinado sobre la base del LIBOR.

⁹⁸ Asunto C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*.

Mediante la primera pregunta el juzgado remitente quería saber si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se puedan suplir las lagunas de un contrato, provocadas por la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en este, sobre la única base de disposiciones nacionales de carácter general que dispongan que los efectos expresados en un acto jurídico son completados, en particular, por los efectos dimanantes del principio de equidad o los usos.

Finalmente, a través de la tercera cuestión prejudicial, que es contestada en último lugar por el TJUE, el juzgado polaco pide que se aclare si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone al mantenimiento de las cláusulas abusivas que figuran en un contrato cuando su supresión llevaría a la anulación y el juez estima que tal anulación causaría efectos desfavorables para el consumidor.

Doctrina. El TJUE contesta en primer lugar la cuarta pregunta afirmando que de la resolución de remisión se desprende que la indexación se efectúa de tal manera que los prestatarios deben soportar los costes relacionados con el diferencial cambiario entre el tipo de cambio de compra de dicha moneda utilizado para el desembolso de los fondos y el tipo de cambio de venta de esta utilizado para las cuotas de devolución. Habiendo constatado el juzgado remitente que estas cláusulas son abusivas, se pregunta sobre la posibilidad de hacer subsistir el contrato de préstamo controvertido sin dichas cláusulas, en la medida en que la ejecución de ese contrato, una vez eliminado el mecanismo de indexación elegido, equivaldría a ejecutar un contrato diferente al celebrado por las partes⁹⁹.

Según el órgano jurisdiccional remitente, el contrato de préstamo controvertido en el litigio principal ya no estaría indexado a la mencionada moneda extranjera, mientras que el tipo de interés seguiría basado en el tipo, más bajo, de esta misma moneda. Tal modificación, que afectaría al objeto principal de dicho contrato, podría ser contraria a los principios generales que limitan la libertad contractual previstos por el Derecho polaco y, en particular, al artículo 353 del Código Civil¹⁰⁰.

El TJUE recuerda que el contrato debe subsistir sin ninguna otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, pudiendo mantenerse el contrato en la medida en que, conforme a las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sin las cláusulas abusivas sea jurídi-

⁹⁹ Asunto C-260/18 STJUE de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, apdo. 35.

¹⁰⁰ *Ibid.*, apdo. 36.

camente posible, debiendo apreciarse esta circunstancia según un criterio objetivo. A partir de ahí, el TJUE considera, siguiendo el criterio del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella¹⁰¹, que procede examinar a la luz de los criterios previstos por el Derecho nacional, en una situación concreta, la posibilidad del mantenimiento de un contrato del que han sido invalidadas algunas de sus cláusulas¹⁰².

También recuerda el TJUE que la posición de una de las partes en el contrato no puede considerarse, en Derecho nacional, el criterio determinante que decida sobre el ulterior destino del contrato¹⁰³.

El TJUE viene a sostener que si un órgano jurisdiccional nacional estima que, en aplicación de las disposiciones pertinentes de su Derecho interno, no es posible el mantenimiento de un contrato sin las cláusulas abusivas, el artículo 6.1 de la Directiva no se opone en principio a que el contrato sea anulado¹⁰⁴. El TJUE se centra en el hecho de que las cláusulas relativas al riesgo del tipo de cambio definen el objeto principal de un contrato de préstamo como el controvertido en el asunto principal, de modo que la posibilidad objetiva del mantenimiento del contrato de préstamo controvertido resulta, en esas circunstancias, incierta¹⁰⁵.

Responde a la pregunta cuarta el TJUE manifestando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, tras haber constatado el carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera y con un tipo de interés directamente vinculado al tipo interbancario de la moneda de que se trate, considere, conforme a su Derecho interno, que ese contrato no puede subsistir sin tales cláusulas debido a que su supresión tendría como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión prejudicial, el TJUE comienza por considerar que si el juez nacional, conforme a su Derecho interno, entiende que es imposible mantener el contrato tras la supresión de las cláusulas abusivas, el contrato no podrá subsistir y tendrá que ser anulado.

A continuación, el TJUE recuerda lo dicho en la sentencia *Kasler* en el sentido de que el artículo 6.1 no se opone a que el juez nacional tenga la

¹⁰¹ Asunto C-260/18 Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella el 14 de mayo de 2019

¹⁰² Asunto C-260/18 STJUE de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, apdo. 40.

¹⁰³ *Ibid.*, apdo. 41.

¹⁰⁴ *Ibid.*, apdo. 43.

¹⁰⁵ *Ibid.*, apdo. 44.

posibilidad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición de Derecho interno de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo de las partes al contrato en cuestión, estando esta posibilidad limitada a los supuestos en los que la supresión de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, exponiendo al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales de tal modo que este último sería penalizado ¹⁰⁶.

Por lo que se refiere al momento en el que las consecuencias deben apreciarse, dice el TJUE que la posibilidad de sustitución sirve para garantizar la aplicación efectiva de la protección del consumidor, salvaguardando sus intereses de las consecuencias eventualmente perjudiciales que puedan resultar de la anulación del contrato en cuestión en su totalidad, siendo preciso constatar que estas consecuencias deben apreciarse en relación con las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, para tener en cuenta sus intereses actuales y reales y para evaluar las consecuencias resultantes de la anulación del contrato existentes o previsibles en el momento del litigio ¹⁰⁷.

La segunda parte de la pregunta se refiere a la importancia que debe concederse a la voluntad expresada por el consumidor, recordando el TJUE lo dicho en la sentencia *Banif Plus Bank* ¹⁰⁸ en el sentido de que el juez no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado por el juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a esa cláusula. Es decir, cuando el consumidor prefiere no valerse del sistema de protección instaurado por la Directiva 93/13, no se aplicará ¹⁰⁹.

A partir de ahí, el TJUE llega al razonamiento para contestar la pregunta. Así, considera que, de manera análoga, el consumidor deberá tener con mayor motivo el derecho de oponerse, en aplicación de ese mismo sistema, a ser protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección ¹¹⁰.

De esta forma, el TJUE responde a la pregunta segunda concluyendo que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, las consecuencias sobre la situación del consumidor provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad, tal como se contem-

¹⁰⁶ *Ibid.*, apdo. 48.

¹⁰⁷ *Ibid.*, apdos. 50 y 51.

¹⁰⁸ Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013. *Banif Plus Bank*.

¹⁰⁹ Asunto C-260/18 STJUE de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, apdos. 53 y 54.

¹¹⁰ *Ibid.*, apdo. 55.

plan en la sentencia *Kasler*, deben apreciarse a la luz de las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, y de que, por otra parte, a efectos de tal apreciación, la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto es determinante ¹¹¹.

En relación con la primera pregunta, el TJUE parte de la premisa expresada anteriormente en la propia sentencia en el sentido de que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no se opone a que cuando la anulación de un contrato en su totalidad exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional ponga remedio a la nulidad de las cláusulas abusivas que figuran en ese contrato sustituyéndolas por una disposición de Derecho interno de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes de dicho contrato.

Señala el TJUE que esa posibilidad de sustitución es una excepción a la regla general según la cual el contrato en cuestión solo seguirá obligando a las partes si puede subsistir sin las cláusulas abusivas que contiene. Añade el TJUE que la excepción está limitada a las disposiciones de Derecho interno de carácter supletorio o aplicables en caso de acuerdo entre las partes y se basa, en particular, en que se presume que tales disposiciones no contienen cláusulas abusivas ¹¹². Además, según el TJUE, esas disposiciones reflejan el equilibrio que el legislador nacional ha querido establecer entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes de determinados contratos para los casos en que las partes o bien no se han apartado de una regla estándar prevista por el legislador nacional para los contratos de que se trate, o bien han escogido expresamente la aplicabilidad de una regla establecida por el legislador nacional a tal fin. A partir de ahí, el TJUE marca la diferencia entre las disposiciones a que se refiere la sentencia *Kasler* (disposición de Derecho interno de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo de las partes al contrato en cuestión) y las disposiciones a que se refiere el órgano jurisdiccional remitente (disposiciones nacionales de carácter general que dispongan que los efectos expresados en un acto jurídico son completados, en particular, por los efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos). Afirmar el TJUE, siguiendo al Abogado General, que las disposiciones a las que se refiere el juez remitente no gozan de la presunción de carácter no abusivo contemplada en el apartado 59 de la misma sentencia (se remite a las disposiciones referidas por la sentencia *Kasler*), ya que no han sido objeto de una evaluación específica del

¹¹¹ *Ibid.*, apdo. 56.

¹¹² *Ibid.*, apdos. 58 y 59.

legislador a fin de establecer el equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes ¹¹³.

El TJUE concluye que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se puedan suplir las lagunas de un contrato, provocadas por la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en este, sobre la única base de disposiciones nacionales de carácter general que dispongan que los efectos expresados en un acto jurídico son completados, en particular, por los efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos, que no son disposiciones supletorias ni disposiciones aplicables en caso de acuerdo entre las partes del contrato ¹¹⁴.

En cuanto a la última pregunta analizada por el TJUE que se corresponde con la tercera pregunta formulada por el juzgado remitente, el TJUE aclara que se refiere al supuesto en el que no quepa la aplicación de norma supletoria con arreglo a la sentencia *Kasler*. También observa el TJUE que la obligación de no aplicar una cláusula abusiva tiene como única excepción el supuesto en que el consumidor manifiesta expresamente su intención de no invocar el carácter abusivo de la cláusula otorgando un consentimiento libre e informado al respecto, siguiendo lo dispuesto por el TJUE en *Banif Plus Bank* ¹¹⁵. A partir del razonamiento de que si el consumidor no consiente o incluso se opone expresamente al mantenimiento de la cláusula abusiva, como ocurre en el litigio principal, la excepción anterior no resulta aplicable, concluye el TJUE que el 6.1 de la Directiva 93/3 debe interpretarse en el sentido de que se opone al mantenimiento de las cláusulas abusivas que figuran en un contrato cuando su supresión llevaría a la anulación del contrato y el juez estima que esta anulación causaría efectos desfavorables para el consumidor, si este no ha consentido tal mantenimiento ¹¹⁶.

Comentarios. La importancia de esta resolución viene justificada, entre otras razones, por tratarse de la primera cuestión prejudicial planteada por tribunales polacos en relación con los préstamos de consumidores en francos suizos, teniendo en cuenta que entre 2006 y 2008 casi un millón de contratos de préstamos de consumidores con riesgo de moneda extranjera fueron celebrados en Polonia ¹¹⁷.

¹¹³ *Ibid.*, apdo. 61.

¹¹⁴ *Ibid.*, apdo. 62.

¹¹⁵ *Ibid.*, apdo. 66.

¹¹⁶ *Ibid.*, apdos. 67 y 68.

¹¹⁷ WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A., «Unfair Contract Terms in CHF Mortgage Loans, Case C-260/18 Dziubak – where do we go from here?», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2020, p. 206.

Mediante la sentencia *Dziubak* el TJUE analiza distintos aspectos relativos a las consecuencias de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula de indexación a una moneda extranjera en un préstamo concedido a los esposos consumidores polacos, teniendo en cuenta que el órgano judicial remitente estima que con arreglo al Derecho interno el contrato no puede subsistir sin esa cláusula debido a que su supresión tendría como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal de contrato. La respuesta del TJUE se ve condicionada por el hecho de que los consumidores como demandantes en el pleito subyacente solicitan como petición principal la nulidad del préstamo dado que el contrato no puede subsistir sin las cláusulas controvertidas –cuya consideración como abusivas ha sido constatada por el juez remitente–. Al entender el juzgado nacional que la supresión de las cláusulas abusivas tiene como consecuencia con arreglo al Derecho interno modificar la naturaleza del objeto principal del contrato, se vería abocado a declarar la nulidad del préstamo. En esas circunstancias el TJUE considera que si con arreglo a la legislación nacional un contrato debe ser declarado nulo cuando la eliminación de la cláusula abusiva modifica la naturaleza del contrato al afectar a su objeto principal, esa legislación nacional es compatible con la Directiva. Esta afectación del objeto principal sucedería si un interés indexado a una moneda extranjera se convierte en un interés variable regular. Al estar pidiendo los consumidores la nulidad del préstamo, el TJUE se posiciona en el sentido de que la nulidad del contrato debe ser el resultado cuando el consumidor así lo prefiere dado que la jurisprudencia del TJUE le confiere la última palabra al consumidor, siendo decisión del consumidor el mantenimiento o no del contrato, una vez que el juez haya llegado a la conclusión, sobre la base de un criterio objetivo, de que el contrato no puede subsistir. Esta sentencia nos deja una serie de interrogantes, partiendo del propio planteamiento de los consumidores-actores del litigio ante el juzgado polaco. Estos presentan como petición principal la nulidad del préstamo suscrito y, como petición subsidiaria, la eliminación de las cláusulas abusivas de forma que el préstamo pasaría a ser un préstamo en slotis polacos, pero con el diferencial de tipo de interés que aplicaba el banco a los préstamos indexados en francos suizos, que era menor. Es decir, continuaría la vida del préstamo sin estar indexado a moneda extranjera, pero sujeto al tipo de interés más bajo que aplica el banco a los préstamos indexados en moneda extranjera. Por tanto, la naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas generaría un perjuicio al banco que las ha dispuesto. Esta petición –planteada como subsidiaria– sí tiene mucho sentido. Probablemente, en ese supuesto quedaría abierta la posibilidad de que los consumidores reclamasen en un nuevo litigio las cantidades pagadas de más desde el comienzo del devengo de

intereses hasta la declaración judicial de abusividad, todo ello con arreglo a los eventuales mecanismos procesales polacos y las normas sustantivas de Derecho polaco. Lo que no terminamos de comprender es que se articule por los consumidores como acción principal la nulidad del préstamo y como acción subsidiaria la conversión del préstamo indexado en un préstamo en slotis polacos, pues la estimación de la pretensión principal parece que llevaría al escenario de devolución del principal pendiente del préstamo como primera consecuencia. La única explicación que encontramos en ese planteamiento procesal es que los consumidores disfrutan de una situación económica o un acuerdo con otra entidad bancaria que les permite reintegrar el principal del préstamo y que van a solicitar a la entidad bancaria el pago todos los intereses y gastos abonados como consecuencia del préstamo nulo. Otra alternativa podría ser que con arreglo al Derecho polaco puedan pedir la reintegración del principal a través de cuotas en lugar de hacerlo en un solo pago.

Hasta ahí, nuestro ejercicio de ficción. Lo que resulta evidente es que ese planteamiento no es aplicable a la inmensa mayoría de los préstamos de consumidores, puesto que llegar a una situación de nulidad del préstamo y, en consecuencia, de reintegro del principal, llevaría a un escenario angustioso a casi todos los consumidores afectados. Esa situación –que sería mucho más frecuente en la práctica– es descrita por el Abogado General en el apartado 36 de sus conclusiones al afirmar que «la anulación de un contrato de préstamo tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe pendiente de devolución, en una cuantía que podría exceder la capacidad económica del consumidor, y por esa razón penalizaría a este más que al prestamista, a quién, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca».

Por tanto, la primera conclusión que obtenemos de esta sentencia es que el TJUE parece responder satisfactoriamente al caso planteado que constituye un escenario excepcional, pero, sin embargo, no parece que proporcione una salida a aquellos supuestos a los que se refiere el Abogado General y que serán mucho más frecuentes en la práctica. De la lectura de la sentencia parece deducirse que al consumidor tan solo le cabe o bien aceptar la nulidad de la cláusula abusiva, cuya supresión modifica la naturaleza del contrato y por tanto conduce a la nulidad de todo el contrato, que, tratándose de un contrato de préstamo, conlleva la exigibilidad de la devolución del principal pendiente de este, o bien, consentir expresamente el mantenimiento de la cláusula abusiva para evitar tener que reintegrar el principal del préstamo. A nuestro modo de ver, el TJUE tendría que haber propuesto alguna otra salida para los consumidores afectados. Hemos de admitir que contempladas de manera estricta las

preguntas formuladas por el juez remitente, ello supondría salirse de los márgenes discutidos, pero también es de reseñar que cuando el TJUE lo ve necesario, efectúa pronunciamientos que van más allá de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

Consideramos que cuando se dé la doble circunstancia de que el legislador nacional no haya dispuesto normas supletorias y el consumidor no pueda reintegrar el principal del préstamo –que es la situación más frecuente–, la protección del consumidor no estaría garantizada al verse obligado a consentir el mantenimiento de la cláusula abusiva de indexación dentro del contrato de préstamo. Esa situación infringiría lo prescrito por el artículo 7 de la Directiva 93/13, ya que, en lugar de perseguir el cese del uso de cláusulas abusivas, estaría facilitando su utilización por los profesionales en la medida en que o bien se mantendría la cláusula abusiva a pesar de su naturaleza o bien pondría al consumidor en la complicada situación de tener que devolver el principal, lo que en ningún caso incentivaría al profesional para dejar de usar las cláusulas abusivas. También es de hacer constar los problemas inherentes a dejar al criterio de los Derechos nacionales la respuesta a la situación de la posible subsistencia del contrato sin las cláusulas abusivas, ya que conduce a diferentes soluciones en función del Estado miembro en que surja el problema lo que supone una merma a la debida interpretación uniforme del Derecho de la Unión¹¹⁸, sin perjuicio de que es el juez nacional el que está en mejor posición para determinar si el contrato puede subsistir o no al calificar como nula por abusiva una cláusula que define el objeto principal del contrato. Es difícil encontrar una salida a los diferentes problemas planteados. No obstante, el TJUE debería haber encontrado otra solución acorde con los postulados de la Directiva 93/13 y de la necesaria protección de los consumidores. En otro orden de cosas, sí consideramos adecuada la respuesta a la pregunta sobre el momento que ha de tenerse en cuenta para apreciar las consecuencias de la nulidad del contrato, ya que el TJUE lo sitúa en el momento del litigio como no podía ser de otra manera. La situación del consumidor al suscribir el contrato ha podido cambiar por lo que la situación determinante es la ostentada al tiempo del litigio y no la existente en el momento de celebración del contrato. También pensamos que es correcta la consideración del TJUE en el sentido de que es determinante la voluntad que el consumidor exprese en relación con la anulación de un contrato en su totalidad, una vez que el juez nacional haya determinado la imposibilidad de su subsistencia. En cuanto a los efectos

¹¹⁸ Como ejemplo, con relación a las cláusulas suelo, nuestro Tribunal Supremo considera que la cláusula suelo de un contrato de préstamo hipotecario define el objeto principal del contrato (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 189) y al ser declarada nula por abusiva no supone la imposibilidad de subsistencia del contrato (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 275), sino que conlleva la eliminación de la cláusula abusiva.

dimanantes del principio de equidad o de los usos, esta sentencia aclara que no van a poder ser aplicados para suplir las lagunas de un contrato, provocadas por la supresión de las cláusulas abusivas. De esta forma, se produce una clara diferenciación frente a las normas supletorias que sí van a poder ser utilizadas con aquella finalidad con arreglo a lo que dispuso el TJUE en *Kasler*. El TJUE sigue el criterio del Abogado General. Dado que la norma general es que el juez nacional está obligado a excluir la aplicación de la cláusula abusiva, cualquier otro escenario constituirá una excepción como la enunciada por el TJUE en la sentencia *Kasler*, que recogía como tal una situación en la que el legislador nacional, previa evaluación específica para establecer el equilibrio entre las partes, instauraba unas normas supletorias. Sin embargo, el escenario analizado en la pregunta referenciada como primera, concerniente a las normas consuetudinarias, no puede, a criterio del TJUE, entrar dentro de la excepción ya que, entre otras circunstancias, no ha existido un análisis previo del legislador atinente al equilibrio de derechos entre las partes, que legitime a los usos o a la equidad para ocupar el lugar de las cláusulas abusivas eliminadas. Hemos de admitir que podría tratarse de un planteamiento correcto, pero el problema sigue siendo qué hacer cuando no existe la disposición supletoria, y estamos ante un supuesto en el que la nulidad del contrato tiene consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor y este no dispone de medios para reintegrar el principal. Una cosa es que el consumidor no quiera hacer valer voluntariamente el sistema de protección de la Directiva 93/13 como decía la sentencia *Banif Plus Bank* y otra cosa es que no tenga más remedio que renunciar a la protección de la Directiva 93/13 porque en caso contrario tiene que hacer la devolución del préstamo en su totalidad. Tendremos que estar pendientes de futuras resoluciones, puesto que pensamos que el TJUE –como ha hecho en multitud de ocasiones– tratará de encontrar una salida a esa situación que garantice la adecuada protección del consumidor. Todo ello sin perjuicio de las soluciones que proporcionen los tribunales nacionales en cada asunto en función de las circunstancias concurrentes en el mismo. En ese sentido, hemos de traer a colación la postura reflejada por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de noviembre de 2019¹¹⁹, en la que precisamente cita la sentencia *Dziubak*. En dicha resolución, referida a un préstamo denominado en divisa extranjera –concretamente en yenes japoneses–, nuestro Tribunal Supremo declara la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. Declara el TS que la nulidad total del contrato de préstamo supondría en ese

¹¹⁹ STS número 607/2019 de 14 de noviembre (ES: TS:2019:3627).

caso un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente. Sigue argumentando el TS que si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente. Esta solución, afirma el TS, supone la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establecía desde un principio la posibilidad de que el capital esté denominado en euros, como de hecho lo estuvo a partir de un determinado momento) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los artículos 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias. Por ello, concluye el TS que no existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo¹²⁰. En cuanto al litigio principal, según Wiewiórowska, una vez recibida la sentencia del TJUE, el tribunal remitente decidió anular el contrato, de acuerdo con la pretensión de los consumidores y la sugerencia del TJUE. Esto es un reflejo de una tendencia general después de la sentencia *Dziubak*, según la cual los tribunales polacos han cambiado su actitud hacia las consecuencias de la abusividad (en los contratos de préstamo en francos suizos) y se han mostrado más dispuestos a anular los contratos en lugar de mantenerlos. Ello resulta un cambio en relación con la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo de Polonia, según la cual un préstamo (denominado) en CHF puede seguir existiendo después de eliminar el término que trata sobre el riesgo de cambio, como un préstamo en PLN con LIBOR¹²¹. La citada autora también señala que los tribunales polacos tienen reservas a la hora de anular los préstamos en francos suizos porque ello implicaría la necesidad de devolver la parte pendiente del préstamo y los tribunales polacos están todavía estudiando el desarrollo de la posibilidad de determinar la devolución mediante plazos¹²².

¹²⁰ *Ibid.*, fundamento jurídico séptimo, apdo. 16.

¹²¹ WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A., «Unfair Contract Terms in CHF Mortgage Loans...», *Op. cit.*, p. 210.

¹²² *Ibid.*, p. 211

Caso 74. *Topaz*^{123 124-}: Cláusulas eventualmente abusivas en el marco de un contrato de promesa de compraventa de inmueble: el juez nacional no puede remediar la nulidad de tales cláusulas abusivas sustituyéndolas por su propia decisión, a menos que el contrato no pueda subsistir en caso de que se eliminen las cláusulas abusivas y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Hechos. Esta petición se presentó en el marco de un litigio que enfrenta a la entidad SC Topaz Desarrollo SRL (en adelante «Topaz») con los consumidores Sr. y Sra. Juncu, habiendo formulado el profesional Topaz una demanda de resolución de un contrato de compra de un inmueble y de reclamación del pago de una indemnización en base a una cláusula de rescisión expresa y una cláusula penal consideradas abusivas por el Sr. y la Sra. Juncu¹²⁵. Por esa

¹²³ Asunto C-211/17. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de octubre de 2019., SC Topaz Development SRL contra Constantin Juncu, y Raisa Juncu... Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Apelación de Bacău, Rumanía. EU: C:2019:906. Este asunto fue juzgado sin la presentación de conclusiones por parte del Abogado General Szpunar, al que le fue asignado.

¹²⁴ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas rumano y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

¹²⁵ En septiembre de 2011, la entidad Topaz, como promitente de venta y los sres Juncu como promitentes de compra celebraron un contrato de promesa de compra-venta, relativo a un inmueble situado en el municipio de Bacău (Rumanía) (en lo sucesivo, «el contrato en cuestión»). Se desprende del punto 2 del contrato en cuestión que el promitente de venta se compromete a vender a los promitentes de compra un inmueble, que estos últimos se comprometen a comprar, por un precio de venta de 63.044 euros, de conformidad con las condiciones previstas en dicho contrato. Los puntos 3.2.2 y 7.1 del contrato en cuestión prevén en particular una cláusula expresa de resolución que autoriza la resolución automática del contrato en caso de que los promitentes de compra incumplan sus obligaciones de pago. Esta cláusula expresa de resolución va acompañada de una cláusula penal, exclusivamente a favor de la entidad promitente de venta. Así, en los términos de estos puntos del contrato en cuestión: « En el caso de que, por cualquier causa, el promitente de compra se encuentre en mora de más de cinco días hábiles en el pago de cualquier pago (cualquiera que sea su importe, aunque sean pequeñas sumas, que representen menos del 1 % del precio de venta), el promitente de venta tiene derecho a considerar que esta promesa de contrato de compraventa se resuelve automáticamente, sin la intervención de ninguna autoridad o notificación formal u otra formalidad previa (esta cláusula es un pacto comisario de nivel IV). En tal caso, el promitente de venta retiene automáticamente las sumas pagadas por el promitente de compra como anticipo hasta esa fecha y, además, el promitente de compra pagará al promitente de venta una penalidad fijada por acuerdo en el 30 % del precio de venta. Sin perjuicio de lo anterior, el pago de la penalidad antes mencionada no impide que el promitente de venta reclame y reciba del promitente de compra los perjuicios e intereses (directos o indirectos, incluso por lucro cesante) por los actos y / u omisiones del promitente de compra». Se trata de cláusulas estandarizadas que Topaz ha insertado sistemáticamente en los contratos de promesa de compraventa celebrados con los consumidores. Topaz, que, según el tribunal remitente, es un profesional en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13, redactó previamente todas las cláusulas del contrato controvertido. Topaz sostiene que, antes de la celebración del contrato en cuestión, en una fecha no especificada, presentó a los sres. Juncu un modelo de contrato de compraventa para que pudieran realizar un examen preliminar, circunstancia con la que discrepan los sres. Juncu. A partir de enero de 2012, según Topaz, los Sres Juncu comienzan a sufrir retrasos en los pagos. A partir de marzo de 2013, la morosidad

razón los consumidores formularon una acción solicitando que fueran declaradas abusivas una serie de cláusulas del contrato. Después de la acumulación de las demandas y una estimación parcial de las mismas, ambas partes recurrieron en apelación y el Tribunal de Apelación de Bacau, durante la tramitación del recurso, al tener dudas en la interpretación del Derecho de la Unión, presentó cuestión prejudicial.

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 2, y el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, la simple firma de un contrato celebrado por un consumidor con un profesional, estipulando que, por este, el consumidor acepta todas las cláusulas contractuales redactadas previamente por dicho profesional, conlleva la revocación de la presunción de que dichas cláusulas no fueron negociadas individualmente.

Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13, leído conjuntamente con el anexo de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de resolución expresa y una cláusula penal como las controvertidas en el litigio principal, contenidas en un contrato celebrado por un consumidor con un profesional, constituido exclusivamente a favor de este último y que este haya redactado previamente, pueden constituir cláusulas abusivas, a las que se refiere el punto 1, letras d) a f) y i), del anexo.

Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando una cláusula de resolución expresa y una cláusula penal contenidas en un contrato de promesa de compraventa celebrado entre un

también habría afectado a las cuotas trimestrales por un importe de 2.550 euros, así como a las cuotas de mantenimiento. Mediante carta de 4 de abril de 2013, Topaz informó al Sr. y la Sra. Juncu de las deudas siguientes: 2.549,33 euros que representan la cuota del mes de febrero de 2013; una suma de 26,77 euros que representa la sanción por demora para el vencimiento trimestral de febrero a abril y una suma de 190,17 RON (aproximadamente 41 euros) que representan los gastos de mantenimiento del edificio para los meses de enero y febrero de 2013. El 20 de agosto de 2014, Topaz interpuso ante el Tribunal de Gran Instancia de Bacau una acción contra el Sr. y la Sra. Juncu, en la que solicitaba la declaración de resolución de pleno derecho del contrato de promesa de compraventa. Además, Topaz exigió retener las sumas pagadas por el Sr. y la Sra. Juncu hasta el 20 de agosto de 2014, es decir, 25.404,66 euros, así como que los sres. Juncu le abonaran 18.913,20 euros, es decir, el 30 % del precio de venta del inmueble, en concepto de penalidad contractual, y una suma de 1.032,23 euros, que constituye el equivalente a la parte de los gastos de manutención, impuestos y seguros. En octubre de 2014, Topaz también solicitó ante el mismo tribunal el lanzamiento de los sres. Juncu del inmueble. Anteriormente, en agosto de 2014, los sres. Juncu habían formulado una acción solicitando que fueran declaradas abusivas una serie de cláusulas del contrato. Esa demanda, presentada inicialmente ante otro juzgado, fue posteriormente acumulada a la demanda de Topaz y tramitadas conjuntamente por el Tribunal de Gran Instancia de Bacau.

consumidor y un profesional se consideran abusivas, el órgano jurisdiccional nacional podrá subsanar la nulidad de dichas cláusulas abusivas sustituyéndolas por su propia decisión, de tal manera que estas cláusulas ya no serán aplicables entre las partes en las situaciones y según los procedimientos establecidos por esta decisión.

Doctrina. El TJUE procede a contestar la primera pregunta y afirma que considerar automáticamente que la mera firma del contrato es prueba de la existencia de una negociación individual de cláusulas contractuales equivaldría a privar al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13, y en particular a su último párrafo, de su efecto útil. Sigue argumentando al respecto que el hecho de que el contrato firmado por el consumidor haya sido autenticado por un notario, como sucedió en el caso de autos, no puede cuestionar tal apreciación. De hecho, la firma por parte del consumidor del contrato, incluso autenticado, solo acredita que este contrato fue celebrado y de ninguna manera establece que las cláusulas impugnadas hayan sido objeto de una negociación individual, en el marco de la cual el consumidor ha tenido la oportunidad de influir en el contenido de dichas cláusulas. Además, la negociación de las condiciones del contrato no debe confundirse con la información previa a los consumidores, que se basa en la obligación de transparencia establecida en el artículo 5 de la Directiva 93/13 y que el Tribunal consideró de fundamental importancia, en la medida en que es a partir de esta información cuando los consumidores deciden si desean estar sujetos a las condiciones previamente establecidas por el comerciante. A ello añade el TJUE que, en consecuencia, el hecho de que, de conformidad con la obligación de transparencia establecida en el artículo 5 de la Directiva 93/13, el contrato fuera transmitido al consumidor antes de su celebración no es, en sí mismo, determinante para considerar que las cláusulas impugnadas posteriormente por el consumidor fueran objeto de negociación individual. Resuelve la pregunta el TJUE declarando que el artículo 3, apartado 2, y el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, la simple firma de un contrato celebrado por un consumidor con un profesional, estipulando que, por este, el consumidor acepta todas las cláusulas contractuales redactadas previamente por el profesional, no da lugar a una revocación de la presunción de que tales cláusulas no han sido objeto de negociación individual.

En relación con la segunda pregunta, señala el TJUE que, en el caso de autos, del expediente presentado ante el Tribunal de Justicia se desprende que, en virtud del contrato de que se trata, el comerciante puede considerar que ha quedado resuelto de pleno derecho por la falta de pago del consumidor

cualquiera que sea la cantidad involucrada. En tal caso, el comerciante también puede retener las sumas pagadas por el consumidor como anticipo, sin que el consumidor pueda reclamar ninguna compensación al respecto. En consecuencia, al autorizar al comerciante a retener las cantidades abonadas por el consumidor cuando este renuncia a celebrar o ejecutar el contrato de que se trate, sin prever el derecho del consumidor a percibir una indemnización equivalente por parte del comerciante cuando sea este último el que pueda ser responsable de incumplimientos de contrato, la cláusula de rescisión expresa y la cláusula penal contenidas en este contrato parecen estar comprendidas en el anexo, punto 1, letra d), de la Directiva 93/13.

A continuación, examina el TJUE lo relativo a la letra e) del anexo (indemnización desproporcionadamente alta) afirmando que de conformidad con el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13, leído juntamente con el anexo, punto 1, letra e), de dicha Directiva, contempla una cláusula cuyo objeto o efecto es imponer al consumidor que no cumple con sus obligaciones una cuantía desproporcionada de indemnización. En este caso, en el supuesto de que el consumidor se demore más de cinco días hábiles en el abono de cualquier pago y sea cual sea su importe, el contrato de que se trata prevé que deberá abonar una sanción fijada convencionalmente en el 30% del precio de venta. Además, el pago de esta sanción no impide que el comerciante pida al consumidor una indemnización. Por tanto, las cláusulas del contrato en cuestión, que parecen establecer sanciones automáticas y desproporcionadas con respecto a la naturaleza del posible incumplimiento por parte del consumidor, deben poder declararse abusivas, sobre la base del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13, leído conjuntamente con el anexo, punto 1, letra e).

Pasando al examen de la letra f), señala el TJUE que con arreglo al artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13, leído conjuntamente con el anexo, punto 1, letra f), de dicha Directiva, puede calificarse de abusiva una cláusula cuyo objeto o efecto sea autorizar al comerciante a rescindir el contrato de forma discrecional, mientras que la misma opción no se le otorga al consumidor, así como permitir al comerciante retener las sumas pagadas con respecto a los servicios aún no realizados por él, cuando sea el propio profesional quien rescinde el contrato. Declara el TJUE que en ese caso la cláusula de resolución expresa prevista por el contrato en cuestión permite al comerciante solicitar la resolución automática de este contrato en caso de incumplimiento menor, como, por ejemplo, retraso en el pago de más de cinco días hábiles, dándose la circunstancia de que se trata de un contrato inmobiliario que abarca varios años. Dado que, por el contrario, tal posibilidad de resolución no parece estar prevista en beneficio de los consumidores, esta cláusula parece entrar en el

ámbito de aplicación del punto 1, letra f), del anexo de la Directiva 93/13. En cuarto lugar, el TJUE se refiere al artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13, leído juntamente con el anexo, punto 1, letra i), de dicha Directiva, que dispone que una cláusula puede considerarse abusiva si su finalidad o efecto es establecer irrefutablemente la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no tuvo la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. En este caso, el TJUE considera que ni la cláusula resolutoria ni la cláusula penal responden al contenido de la letra i) del anexo. A todo ello, añade el TJUE que corresponde al juez nacional apreciar sobre la base, en particular, de la información facilitada por el Tribunal de Justicia en los apartados anteriores, si la cláusula resolutoria y la cláusula penal contenidas en el contrato pueden calificarse de abusivas. En base a todo ello, concluye el TJUE que el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13, leído conjuntamente con el anexo de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de resolución expresa y una cláusula penal, como las controvertidas en el litigio principal, contenidas en un contrato celebrado por un consumidor con un profesional, constituidas exclusivamente a favor de este último y que este ha redactado previamente, pueden constituir las cláusulas abusivas a que se refiere en el punto 1, letras d) a f), de dicho anexo, lo que debe verificar el órgano jurisdiccional nacional.

Para contestar la tercera pregunta, inicialmente, el TJUE se refiere a su doctrina de no integración de la cláusula abusiva, reproduciendo las premisas clásicas al respecto. No obstante, a ello añade el supuesto en el que concurriendo las dos premisas (imposibilidad de subsistir del contrato y consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor derivadas de ello), el juez nacional puede sustituir la cláusula abusiva nula por una disposición supletoria de Derecho nacional.

Descendiendo al asunto enjuiciado, dice el TJUE que el contrato en cuestión es un contrato de promesa de compraventa de inmueble, que se resuelve automáticamente si el promitente de compra se encuentra en mora por más de cinco días hábiles, sea cual sea el importe adeudado. En tal situación, la cláusula de resolución expresa y la cláusula penal contenidas en el contrato en cuestión permiten al promitente de venta retener automáticamente las sumas ya pagadas por el promitente de compra, a lo que se suma una penalización fijada en el 30 % del precio de venta. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar, de conformidad con las normas de Derecho interno y con un enfoque objetivo si la supresión de esta cláusula tendría como consecuencia que el contrato no podría subsistir. Continúa el TJUE afirmando que, en tal caso, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente examinar si la

anulación del contrato controvertido expondría a los consumidores afectados a consecuencias especialmente perjudiciales. De ser así, el órgano jurisdiccional nacional podría decidir sustituir las cláusulas controvertidas por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio. En cambio, si el órgano jurisdiccional remitente dictaminara que el contrato de que se trata puede subsistir sin la cláusula de resolución expresa y la cláusula penal, cuando considere abusivas dichas cláusulas, lo haría para excluir la aplicación de estas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga. De hecho, este contrato debe existir, en principio, sin ninguna modificación que no sea la resultante de la supresión de cláusulas abusivas, en la medida en que, de acuerdo con las normas de derecho interno, dicha persistencia del contrato sea legalmente posible. En consecuencia, el TJUE responde la pregunta declarando que el artículo 6 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando una cláusula de resolución expresa y una cláusula penal contenidas en un contrato de promesa de compraventa celebrado entre un consumidor y un profesional se consideran abusivas, el juez nacional no puede remediar la nulidad de tales cláusulas abusivas sustituyéndolas por su propia decisión, a menos que este contrato no pueda subsistir en caso de supresión de estas cláusulas abusivas y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Comentarios. Resulta sorprendente el último razonamiento del TJUE porque no se refiere a la posibilidad de sustituir la cláusula nula por una disposición supletoria de Derecho nacional, sino que se refiere a la sustitución de la cláusula nula por la propia decisión del juez nacional que es lo que le pide el tribunal nacional al formular la cuestión. La traducción literal de la declaración del TJUE es «el juez nacional no puede remediar la nulidad de tales cláusulas abusivas sustituyéndolas por su propia decisión, a menos que este contrato no pueda subsistir en caso de supresión de estas cláusulas abusivas y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales»¹²⁶. *A sensu contrario*, caso de concurrir las dos premisas, el juez va a poder sustituir las cláusulas abusivas por su propia decisión, lo que no necesariamente implica una norma nacional supletoria, sino que puede ser la medida que considere oportuna el juez. Ignoramos la trascendencia de

¹²⁶ Es nuestra traducción de la declaración final del TJUE que figura como 3) en el apartado 75 y que en su versión en francés –única disponible junto con la versión en rumano– reza: «le juge national ne peut pas remédier à la nullité de telles clauses abusives en y substituant sa propre décision sauf si ce contrat ne peut subsister en cas de suppression de ces clauses abusives et que l'annulation dudit contrat dans son ensemble expose le consommateur à des conséquences particulièrement préjudiciables».

esta declaración efectuada en un auto que únicamente figura en francés y rumano, pero es de señalar que hay autores como Farina¹²⁷ que defienden esa alternativa, descartando otras opciones como instar a las partes a renegociar la cláusula declarada abusiva. Es evidente que cuando no existe norma nacional supletoria y concurren las dos premisas, la situación tiene difícil solución por lo que esa alternativa que tiene un matiz diferente a integrar la cláusula abusiva puede ser una solución válida. En el caso de autos, parece claro que el contrato puede subsistir sin la cláusula penal y en cuanto a la cláusula resolutoria sí pueden generarse algunas dudas que habrán de ser resueltas por el juez nacional conforme al Derecho rumano. En cualquier caso, el asunto es muy interesante al ser una de las escasas resoluciones que interpretan la Directiva 93/13 en el marco de la compraventa de inmueble o, con más precisión, en relación con un contrato de promesa de compraventa de inmueble, ámbito en el que –como hemos indicado en otras ocasiones en el presente trabajo– todavía no existe una concienciación ni de los consumidores ni de los profesionales sobre la necesidad de eliminar las cláusulas abusivas, razón por la cual resoluciones como *Topaz* deberían tener mayor trascendencia pública.

*Caso 75. Kanyeba*¹²⁸: En relación con una cláusula penal de aplicación a un viajero en tren sin billete, se opone a la Directiva 93/13 que un juez nacional sustituya la cláusula –en caso de ser abusiva– por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, salvo que el contrato controvertido no pueda subsistir en caso de supresión de la cláusula abusiva y si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias particularmente perjudiciales.

Hechos. Las cuestiones prejudiciales se han presentado en el contexto de litigios entre la Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) [Sociedad Nacional de los Ferrocarriles Belgas (NMBS)] y el Sr. Mbutuku Kanyeba (asunto C-349/18), la Sra. Larissa Nijs (asunto C-350/18) y el

¹²⁷ Como indicamos al comentar la sentencia *Banca B.*, Farina propone la corrección judicial del contrato, es decir, que el juez sustituya la cláusula nula por una nueva disposición redactada por él sobre la base del asunto concernido (FARINA, M. «Unfair Terms and Supplementation of the Contract», *European Review of Private Law*, 3-2021, 2021 Kluwer Law International BV.p. 456).

¹²⁸ Asuntos acumulados C-349/19 a C-351/18 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2019. Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) contra Mbutuku Kanyeba (asunto C-349/18), Larissa Nijs (asunto C-350/18) y Jean-Louis Anita Dedroog (asunto C-351/18). Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Paz de Amberes, Bélgica, EU: C:2019:936. El Abogado General Sr. Pitruzzella presentó sus conclusiones el 11 de junio de 2019.

Sr. Jean-Louis Anita Dedroog (asunto C-351/18) en relación con los recargos reclamados a estos por haber viajado en tren sin título de transporte ¹²⁹.

El juzgado remitente plantea como primera cuestión prejudicial la siguiente: ¿Debe interpretarse el artículo 9, apartado 4, del [Reglamento n.º 1371/2007], en relación con los artículos 2, letra a), y 3 de la Directiva 93/13, en el sentido de que se establece siempre una relación jurídica contractual entre la empresa de transporte y el viajero aun cuando este utilice los servicios del transportista sin adquirir un título de transporte?

Mediante sus cuestiones prejudiciales tercera y quinta, que son examinadas conjuntamente, según el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un juez nacional que constata el carácter abusivo de una cláusula penal pactada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor module el importe de la sanción que esa cláusula impone al consumidor o sustituya dicha cláusula por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio. En tales circunstancias, dicho órgano jurisdiccional se pregunta también si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en circunstancias como las del litigio principal, el juez

¹²⁹ En 2015, el Sr. Kanyebe fue denunciado en cuatro ocasiones por haber realizado otros tantos trayectos en tren sin haber adquirido un título de transporte (asunto C-349/18) en contravención de lo dispuesto en los artículos 156 a 160 de las condiciones de transporte de la NMBS aplicables en esa época. En 2013 y 2015, la Sra. Nijs (asunto C-350/18) fue denunciada cinco veces en circunstancias similares. Asimismo, el Sr. Dedroog fue denunciado en once ocasiones por hechos similares durante los años 2014 y 2015 (asunto C-351/18). La NMBS ofreció a cada una de estas personas la posibilidad de regularizar su situación pagando bien inmediatamente el precio del trayecto más un recargo denominado «tarifa a bordo», bien, en un plazo de catorce días desde la constatación de la infracción, el importe a tanto alzado de 75 euros o, en lo que respecta a las infracciones anteriores a 2015, el precio del transporte incrementado en 60 euros. Una vez transcurrido ese plazo de catorce días, los demandados en los litigios principales tenían aún la posibilidad de pagar un importe a tanto alzado de 225 euros o, en lo que atañe a las infracciones anteriores a 2015, el precio del transporte incrementado en 200 euros. Al no haber hecho uso de esas posibilidades ninguno de los demandados en los litigios principales, la NMBS presentó demanda contra cada uno de ellos ante el Juez de Paz de Amberes, solicitando que se les condenase a pagarle, en los asuntos C-349/18 a C-351/18, las cantidades de 880,20 euros, 1.103,90 euros y 2.394,00 euros respectivamente, más las costas judiciales en cada caso. En dichas demandas, la NMBS alega que las relaciones jurídicas entre ella y cada uno de los demandados en los litigios principales no son de carácter contractual, sino reglamentario, ya que estos no habían adquirido un título de transporte. Los demandados en los litigios principales no comparecieron ante el órgano jurisdiccional remitente. El tribunal considera que está obligado a examinar de oficio la aplicación de las normas relativas a las cláusulas abusivas cuando el servicio se presta a un consumidor y se pregunta cuál es la naturaleza de la relación jurídica entre la NMBS y los demandados en los litigios principales, y, en consecuencia, si se ha celebrado un contrato de transporte o no. El juzgado remitente indica que tanto el Tribunal Constitucional belga como el Tribunal de Casación han declarado que la teoría de las cláusulas abusivas se aplica también a una relación jurídica reglamentaria, por lo que dicha teoría resulta de aplicación tanto si se considera que la relación entre la empresa de transporte y el viajero que no ha adquirido billete es considerada puramente contractual como si es considerada reglamentaria al no haber adquirido el billete.

nacional aplique, además, disposiciones de su Derecho nacional relativas a la responsabilidad extracontractual.

Doctrina. Mediante su primera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pretende que se interprete el artículo 9, apartado 4, del Reglamento núm. 1371/2007 a la luz de la Directiva 93/13. Sin embargo, el TJUE declara que el referido Reglamento no contiene ninguna remisión a la Directiva 93/13. Además, de la comparación de sus respectivos artículos 1 se desprende que dicho Reglamento y la referida Directiva tienen objetos diferentes. Por lo tanto, las disposiciones de la Directiva 93/13 no son pertinentes para la interpretación del Reglamento núm. 1371/2007. Tras analizar las disposiciones de dicho Reglamento, el TJUE declara que el artículo 3, punto 8, del Reglamento núm. 1371/2007 debe interpretarse en el sentido de que una situación en la que un viajero accede a un tren de acceso libre con el fin de realizar un trayecto sin haber adquirido un billete está comprendida dentro del concepto de «contrato de transporte», en el sentido de dicha disposición.

En relación a las cuestiones tercera y quinta, el TJUE comienza por aclarar que, según lo indicado en las peticiones de decisión prejudicial, la cláusula penal que, en su caso, el órgano jurisdiccional remitente podría declarar abusiva forma parte de las condiciones generales de transporte de la NMBS, respecto de las que dicho tribunal precisa que se «consideran de aplicación general en virtud de su naturaleza reglamentaria» y que son objeto de «comunicación en una publicación oficial del Estado». Por ello, el TJUE recuerda que conforme al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen, en particular, disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de esta. Después de traer a colación un conjunto de afirmaciones sentadas por el TJUE reiteradamente en resoluciones que han interpretado el artículo 1.2 de la Directiva, el TJUE afirma que le corresponde analizar las cuestiones tercera y quinta sobre la base de la premisa, cuya exactitud ha de comprobar el órgano jurisdiccional remitente, de que la cláusula que este pretende declarar abusiva no está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 en virtud de su artículo 1, apartado 2. Es de reseñar que esta advertencia no es incluida en la declaración final o fallo de la sentencia comentada. A continuación, reproduce también las premisas clásicas relativas a que apreciada la naturaleza abusiva de una cláusula el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la derivada de la supresión de las cláusulas abusivas si, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible, refiriéndose también a la excepción que se produce en los supuestos en los que la

declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez nacional a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que representen para este una penalización. A ello añade que, en los litigios principales, y sin perjuicio de las comprobaciones que el órgano jurisdiccional remitente deba realizar a este respecto, no parece que la posible anulación de la cláusula penal controvertida pueda dar lugar a la anulación de los contratos en su totalidad y exponer de este modo a los consumidores a consecuencias particularmente perjudiciales. Aborda también el TJUE la cuestión de si en circunstancias como las de los litigios principales sería posible que el órgano jurisdiccional remitente aplicara normas de su Derecho nacional relativas a la responsabilidad extracontractual. Al respecto, afirma el TJUE que, con arreglo al artículo 1, apartado 1 de la Directiva 93/13, esta tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores y que no contiene ninguna disposición relativa a la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, la cuestión de si a circunstancias como las de los litigios principales cabe aplicar, adicionalmente, el Derecho de la responsabilidad extracontractual no debe resolverse aplicando la Directiva 93/13, sino el Derecho nacional. Por consiguiente, no procede examinar dicha cuestión en el marco de las presentes peticiones de decisión prejudicial. En base a las consideraciones anteriores, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales tercera y quinta declarando que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone, por una parte, a que un juez nacional que constata el carácter abusivo de una cláusula penal pactada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor module el importe de la sanción que dicha cláusula impone al consumidor y, por otra parte, a que, con arreglo a principios de su Derecho contractual, un juez nacional sustituya la referida cláusula por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, salvo que el contrato controvertido no pueda subsistir en caso de supresión de la cláusula abusiva y si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias particularmente perjudiciales.

Comentarios. El TJUE trata de sintetizar las cuestiones presentadas con cierta complejidad por parte del juzgado belga. En primer lugar, el TJUE deja claro que el juzgado nacional tiene que verificar si resulta de aplicación la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva. Parece que en la resolución de remisión se hace referencia a que la cláusula penal controvertida puede formar parte de las condiciones generales de transporte de la NMBS que pueden tener naturaleza

reglamentaria y que son objeto de comunicación en una publicación oficial del Estado. Parece que el juez remitente no ha sido muy preciso. Con toda lógica, el TJUE le recuerda que, si la cláusula refleja una disposición legal o reglamentaria, ya sea imperativa o ya sea supletoria, entonces queda fuera de la Directiva 93/13. Al afectar a un servicio público de transporte, es bastante probable que sean disposiciones reglamentarias imperativas y que el legislador las ha establecido teniendo en cuenta el equilibrio entre consumidor y profesional por lo que no cabría hablar en ningún caso de cláusula abusiva. Curiosamente, la advertencia sobre la posible exclusión de la cláusula en aplicación del artículo 1.2 no es reproducida por el TJUE en su fallo. Hecha esta advertencia, el TJUE se limita a echar mano de sus premisas clásicas. Deja sentado que es muy probable que el contrato de transporte pueda subsistir sin la cláusula de penalización. A nuestro modo de ver, parece evidente que en cualquier contrato de transporte la eliminación de una cláusula que fija una serie de sanciones a un viajero que no ha adquirido el billete no impide que el contrato de transporte siga subsistiendo, si bien corresponde al juzgado nacional su apreciación. De hecho, la eliminación de la cláusula penal abusiva conllevaría que el juzgado desestimase la reclamación del profesional. También matiza el TJUE que únicamente sería de aplicación la sustitución de la cláusula abusiva por una disposición nacional supletoria en caso de que se den conjuntamente las dos circunstancias ya declaradas en reiteradas sentencias: a) imposibilidad de subsistencia del contrato sin la cláusula y b) consecuencias particularmente perjudiciales para el consumidor por la anulación del contrato. En definitiva, la aparente complejidad del asunto no es tal. Ha de comprobarse primeramente si la cláusula refleja una disposición legal o reglamentaria imperativa o supletoria, en cuyo caso el juez debe aplicar la cláusula. Si no opera la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva, entonces, el juez puede valorar si las cláusulas controvertidas definen el objeto principal del contrato. Si considera que no lo definen, procedería directamente a efectuar el juicio de abusividad. Si el juez nacional considera que la cláusula es abusiva por ser una indemnización desproporcionadamente alta o por otro motivo que genere un desequilibrio importante entre las partes en contra de las exigencias de la buena fe, el juez debería declarar la nulidad de la cláusula, manteniendo, previsiblemente, subsistente el contrato. Al eliminar la cláusula penal la conducta no tendría sanción y la reclamación del profesional, eventualmente, sería desestimada. Dicho todo ello sin perjuicio de otros planteamientos y soluciones posibles. También nos gustaría referirnos a las conclusiones del Abogado General ¹³⁰ ya

¹³⁰ Asuntos acumulados C-349/19 a C-351/18, conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Pitruzzella el 11 de junio de 2019.

que añade algunos aspectos interesantes. Así, con respecto a la exclusión del artículo 1.2, se remite a las observaciones escritas de la Comisión en las que se sostiene que el Reino de Bélgica no ha incorporado a su ordenamiento interno el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 8 de la Directiva¹³¹⁻¹³². Por ello, dice el Abogado General que en caso de que sea así, lo que corresponde verificar al juez nacional, este tendrá que evaluar el carácter abusivo o no de la cláusula. El Abogado General también se implica en esa valoración y afirma que parece legítimo dudar de la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones cuando las cláusulas, aun ofreciendo ventajas a la parte que las redactó, estén dictadas por necesidades justificadas de organización y de gestión de la empresa, a falta de las cuales esta última no podría desarrollar su actividad de modo eficiente y rentable. Es decir, el Abogado General considera que la cláusula no produce desequilibrio importante y, por tanto, no es abusiva. Por otro lado, con relación a las restantes cuestiones tercera a quinta, el Abogado General se refiere al carácter excepcional de la sustitución de la cláusula abusiva por la disposición supletoria con las dos condiciones consabidas. También hace constar el carácter antijurídico de la conducta del consumidor. Finalmente, en su propuesta, el Abogado General afirma: «[...] el órgano jurisdiccional nacional deberá, de conformidad con el Derecho interno, comprobar si la relación tiene o no naturaleza contractual y valorar si la normativa sobre las cláusulas abusivas puede aplicarse a cualquier relación entre profesionales y consumidores, incluso a las de naturaleza extracontractual [...]»¹³³. Es decir, el Abogado General no descarta que la Directiva 93/13 se aplique a relaciones de carácter extracontractual lo que en nuestra opinión resulta contradictorio con la naturaleza de la Directiva. Como parecía lo procedente, en la sentencia el TJUE descartó rotundamente esa posibilidad¹³⁴.

¹³¹ *Ibid.*, apdo. 57. Por nuestra parte, apreciamos una contradicción entre lo sostenido por la Comisión en el procedimiento ante el TJUE y lo que indica la propia Comisión en su publicación denominada «Notificación under Article 8a of Directive 93/13/EEC». Como sabemos, en dicho instrumento la Comisión hace públicas las disposiciones de cada Estado miembro que proporcionan al consumidor un mayor nivel de protección que el conferido por la Directiva 93/13. En la publicación mencionada se señala que Bélgica únicamente ha notificado conforme al artículo 8a la existencia en su legislación de una lista de cláusulas que se consideran siempre abusivas (lista negra).

Disponible en: https://ec.europa.eu/info/notifications-under-article-8a-directive-93-13-eeec_es

¹³² Parece que en ese supuesto más que hacer uso de la facultad prevista en el artículo 8 de la Directiva 93/13, en caso de que un legislador nacional no incorpore en su ordenamiento interno el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 estaría aplicando el artículo 169.4 TFUE, ya que las cláusulas previstas en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 no entran dentro del ámbito de aplicación de esta y, por tanto, no les resulta de aplicación su artículo 8.

¹³³ *Ibid.*, apdo. 80

¹³⁴ En el apdo. 72 de la sentencia el TJUE señaló que la Directiva 93/13 tiene por objeto aproximar la legislación de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores y no contiene ninguna disposición relativa a la responsabilidad extracontractual.

Caso 76. *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (también referenciada como Caixabank –contra CY–)* ¹³⁵: Sobre la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que regulan el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula determinante de dicho reparto y sobre la incompatibilidad con la Directiva 93/13 del artículo 394.2 LEC en materia de costas.

Hechos. Estas peticiones se han presentado en el contexto de dos litigios, el primero, entre CY y Caixabank, S. A., y, el segundo, entre LG y PK, por una parte, y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (en lo sucesivo, «BBVA»), por otra, en relación con cláusulas abusivas incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria ¹³⁶.

El TJUE agrupa las quince cuestiones prejudiciales planteadas en los dos asuntos acumulados en cinco partes; esto es, la primera, relativa a la cláusula correspondiente a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca; la segunda, relativa a la cláusula que impone una comisión de apertura; la tercera, relativa al eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de tal cláusula; la cuarta, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva,

¹³⁵ Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, CY contra Caixabank, S. A. (C-224/19) y LG, PK contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (C-259/19). Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca (C-224/19) y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C-259/19), EU: C:2020:578. Este asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr Saugmandsgaard Oe, al que le fue asignado el mismo.

¹³⁶ Con relación al asunto C-224/19 es necesario tener en cuenta que en mayo de 2000 CY celebró con la entidad financiera Caixabank un contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado ante notario por una cantidad inicial de 81.136,63 euros y que contemplaba el pago de intereses variables. La cláusula cuarta de ese contrato impone al prestatario el pago de una «comisión de apertura», la cláusula quinta hace recaer sobre el prestatario el pago de todos los gastos de constitución y cancelación de hipoteca. En marzo de 2018, CY presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca solicitando, con fundamento en la normativa en materia de protección de los consumidores, la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas cuarta y quinta del contrato en cuestión (en lo sucesivo, «cláusulas controvertidas»), y la devolución de las cantidades íntegras satisfechas en aplicación de estas cláusulas. Al tener dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial con una serie de preguntas. Con respecto al asunto C-259/19 puede observarse que el 1 de julio de 2011, LG y PK celebraron con la entidad financiera Banco Bilbao Vizcaya Argentaria un contrato de préstamo hipotecario que incluía una cláusula que estipulaba que todos los gastos de formalización y cancelación de la hipoteca correrían a cargo del prestatario. Los demandantes en el litigio principal presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta una demanda solicitando que se declarara la nulidad, por abusiva, de dicha cláusula. El juzgado de Ceuta plantea cuestión prejudicial con base en motivos sustancialmente análogos a los invocados por el juzgado de Palma de Mallorca.

y la quinta, relativa al régimen nacional de distribución de las costas en el marco de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas.

En cuanto al primer grupo de cuestiones son reformuladas por el TJUE en el sentido de que los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan si el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula.

Por lo que se refiere al segundo grupo de cuestiones, el TJUE las reformula en el sentido de que el juzgado remitente pregunta si el artículo 3, el artículo 4.2 y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional que excluye la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura por la razón de que tal comisión es un elemento del precio del contrato en el sentido del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva, y que al mismo tiempo considera que tal cláusula cumple por sí misma la exigencia de transparencia que impone esta última disposición.

En relación al tercer grupo—que estaría constituido por la undécima cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19—, el TJUE considera que el juez de Palma de Mallorca pregunta si el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido.

En relación al cuarto grupo —constituido por la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el referido asunto— el TJUE considera que el juez de Palma de Mallorca pregunta si el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que prevé que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, aunque, en virtud de la legislación nacional, la acción para declarar la nulidad absoluta de una cláusula contractual abusiva sea imprescriptible.

La quinta y última parte de las cuestiones prejudiciales está constituida por la duodécima cuestión prejudicial del asunto C-224/19. Mediante dicha

cuestión el juzgado remitente pregunta si el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo.

Doctrina. En relación a la cláusula correspondiente a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el TJUE recuerda que una cláusula contractual declarada abusiva debe considerarse como que nunca ha existido, de manera que no puede tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

El TJUE enlaza con el Derecho nacional al afirmar que tiene declarado que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho interno, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor. En particular, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

Añade el TJUE que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6.1 ni el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar.

El TJUE concluye que el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en

defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos ¹³⁷.

Dicho ello, el TJUE pasa a analizar la comisión de apertura y al respecto observa que el juez remitente al plantear las cuestiones parte de la premisa de que no se ha transpuesto al ordenamiento jurídico español el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. El TJUE declara no ser necesario entrar en el debate sobre si se ha producido o no la transposición. Partiendo de la dicción del artículo 4.2. de la Directiva 93/13 que reza que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», el TJUE señala que el control de abusividad de la cláusula de la comisión de apertura solo puede limitarse cuando se refiere a alguno de esos dos aspectos.

A continuación, el TJUE delimita cada uno de estos dos aspectos. Así, observa que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto, correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal.

No obstante, el TJUE procede a facilitar criterios orientadores. Así, precisa que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (publicada en el DOUE de 22 de mayo de 2008). Así, declara el TJUE que una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este. Pasando al segundo aspecto, el TJUE analiza la exclusión representada por aquellas cláusulas referidas a la adecuación entre

¹³⁷ *Ibid.*, apdos. 49 a 55.

precio y servicio o producto, indicando que tiene un alcance reducido, dejando fuera de la exclusión, es decir, susceptibles de ser consideradas abusivas, las relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista.

A ello añade el TJUE que la exigencia de que sea clara y comprensible se aplica a todas las cláusulas, deteniéndose en la transparencia material (el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él), que ha de ser valorada por el juez remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. A ello añade que una cláusula contractual no puede considerarse en sí misma transparente sin hacer el examen antes indicado, –lo que resulta obvio–. La conclusión del TJUE es que incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifiquen la retribución correspondiente a esta comisión y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.

Por ello, responde la cuestión manifestando que el artículo 3, el artículo 4.2 y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal

del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro ¹³⁸.

Para responder a la pregunta sobre el eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de una cláusula que impone el pago de una comisión de apertura, de entrada, el TJUE deja claro que se va a limitar a dar indicaciones al respecto, correspondiendo al juez nacional la calificación concreta de la cláusula.

El TJUE va desgranando los factores referidos en el artículo 3.1. de la Directiva. Así, señala en relación con el cumplimiento de las exigencias de la buena fe, que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia recuerda que tiene declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

También incide el TJUE en el hecho de que, conforme al artículo 4.1 de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración de este, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.

El TJUE observa que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009, las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello deduce el TJUE que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

¹³⁸ *Ibid.*, apdos. 56 a 71.

Por todo ello, el TJUE concluye que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente ¹³⁹.

Con relación al problema de la limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva mediante el establecimiento de un plazo de prescripción, recuerda el TJUE que la protección que la Directiva otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. Sin perjuicio de ello, también hace constar que tiene reconocido que la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión.

A ese respecto, dado que no existe normativa específica de la Unión en la materia, alude el TJUE a la aplicación del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, por lo que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

Centrándose en el principio de efectividad, se refiere el TJUE a que el órgano jurisdiccional remitente indica que se plantea la eventual aplicación del plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva de un contrato de préstamo hipotecario. Dado que plazos de prescripción de tres años o de dos años han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, considera el TJUE que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no

¹³⁹ *Ibid.*, apdos. 72 a 79.

parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los principios en los que se basa el sistema judicial nacional, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

Dicho ello, el TJUE procede al análisis acerca de si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica, una jurisprudencia nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva comienza a correr a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula, extremo cuya comprobación corresponde al órgano jurisdiccional remitente. A este respecto, declara el TJUE que procede tener en cuenta la circunstancia de que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13. Por ello, señala el TJUE que la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula—, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

El TJUE llega a la conclusión de que el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución¹⁴⁰.

En cuanto a la última cuestión relativa a las costas procesales, el TJUE tiene en cuenta que la aplicación del artículo 394 de la LEC podría tener el efecto de que no se condenara al profesional al pago íntegro de las costas cuando se estime plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual abusiva ejercitada por un consumidor, pero solo se estime parcialmente la acción

¹⁴⁰ *Ibid.*, apdos. 80 a 92.

de restitución de las cantidades pagadas en virtud de esta cláusula. Ante esa situación observa el TJUE que la distribución de las costas de un proceso judicial sustanciado ante los órganos jurisdiccionales pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. En ese sentido, señala que el artículo 394 LEC no se aplica de manera diferente en función de que sea el Derecho de la Unión o el Derecho interno el que confiera el derecho en cuestión. Sin embargo, por lo que concierne al principio de efectividad, declara el TJUE que es preciso pronunciarse sobre si es compatible con dicho principio el hecho de hacer que recaigan sobre el consumidor las costas de un procedimiento dependiendo de las cantidades que se le restituyen, aunque se haya estimado su pretensión en relación con el carácter abusivo de la cláusula impugnada. Partiendo de la idea de que la Directiva 93/13 reconoce al consumidor el derecho de acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual y para que se deje sin aplicar, considera el TJUE que condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial. Por ello, concluye el TJUE que el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales ¹⁴¹.

Comentarios. Con respecto al primer grupo de cuestiones relativas a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, la solución proporcionada por el TJUE constituye una excepción a su jurisprudencia, dado que desde *Kásler* tiene declarado que únicamente se aplica una disposición supletoria de Derecho nacional cuando se dan las dos premisas: nulidad del contrato en su conjunto y graves perjuicios para el consumidor. En *Caixabank*, el TJUE sostiene que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de

¹⁴¹ *Ibid.*, apdos. 93 a 99.

Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes (apdo. 54). De esta forma, está dando un trato diferente sin apoyarse en sentencia alguna y sin advertirlo. Parece evidente que la nulidad de la cláusula que impone los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en ningún caso conlleva la nulidad del contrato de hipoteca al tratarse de cláusulas que no afectan al objeto principal del contrato, sino que tienen carácter accesorio, por lo que la consecuencia debería ser su eliminación y la subsistencia del contrato. Es por lo que al remitirse el TJUE a la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca no sigue su propia jurisprudencia ni tampoco justifica el cambio operado. Bien podría haberse justificado esta situación por el hecho de que se trata de gastos a abonar a terceros ajenos al profesional y al consumidor. Así, incluso eliminada la cláusula que impone esos gastos al consumidor, subsiste la obligación de pagar a los terceros afectados (notario, registro, autoridades fiscales que perciben el impuesto de Actos Jurídicos Documentados) por lo que resulta necesario aplicar las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de dichos gastos. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2020 ¹⁴² recogió las declaraciones de *Caixabank (contra CY)* y afirmó que la corrección de la doctrina de la Sala ha resultado plenamente confirmada por dicha sentencia *Caixabank (contra CY)*.

En relación con las declaraciones efectuadas por el TJUE sobre la cláusula que impone la comisión de apertura es de señalar que el Tribunal Supremo no quedó conforme con la respuesta dada por el TJUE sobre dicho problema y decidió plantear cuestión prejudicial al respecto mediante auto de 10 de septiembre de 2021 ¹⁴³, basando su remisión prejudicial, entre otros extremos, en que pudo tener consecuencias en el pronunciamiento del TJUE sobre la comisión de apertura la exposición inexacta, incompleta y distorsionada de las normas de Derecho nacional y de la jurisprudencia del TS por parte del órgano judicial remitente, a juicio del Alto Tribunal. El auto de remisión del Tribunal Supremo dio lugar al asunto C-565/21 resuelto mediante la STJUE de 16 de marzo de 2023 (*Caixabank –contra X–*) ¹⁴⁴, en la que el TJUE, por un lado, en contra de lo sostenido por el TS, confirma que la comisión de apertura no regula un elemento esencial del contrato, sino que es cláusula accesorio, y, por otro lado, matiza sus declaraciones anteriores y viene a afirmar que para valorar la

¹⁴² STS número 457/2020 de 24 de julio de 2020 (ES: TS:2020:2495), F. J. tercero, apartado 8.

¹⁴³ Auto del Tribunal Supremo 10856/2021 de 10 de septiembre. ES: TS:2021:10856A.

¹⁴⁴ Asunto C-565/21. STJUE de 16 de marzo de 2023, *Caixabank –contra X–*.

transparencia de una cláusula de comisión de apertura el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen ¹⁴⁵.

Con respecto al plazo de prescripción no da una respuesta el TJUE, sino que se limita a declarar que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución. Dado que el plazo de cinco años lo considera adecuado, el problema no solucionado se centraría en el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de los cinco años que según el juzgado remitente establece la legislación española. Ante esta situación de incertidumbre el Tribunal Supremo ha elevado cuestión prejudicial ante el TJUE mediante auto de Pleno de 22 de julio de 2021 ¹⁴⁶, tramitándose actualmente ante el TJUE como asunto C-561/21, *Banco Santander (contra BG, GP)*. En la cuestión prejudicial el TS ofrece varias alternativas para la fecha en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva: a) fecha de la declaración de nulidad de la cláusula, b) fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019) y c) fecha de las sentencias del TJUE que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a plazo de prescripción (STJUE de 9 de julio de 2020 *Raiffeisen Bank* o STJUE de 16 de julio de 2020 *Caixabank*).

Finalmente, en cuanto al régimen de costas del artículo 394 LEC es muy significativa la declaración del TJUE que viene a declarar su incompatibilidad con la Directiva 93/13 y con el principio de efectividad en la medida en que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo. Se refiere fundamentalmente al supuesto en el que una sentencia judicial declare el carácter abusivo de la cláusula y, por ende, su nulidad, pero no estime la totalidad de la demanda al no concederse en su integridad las cantidades

¹⁴⁵ Las declaraciones del TJUE en *Caixabank –contra X–* son comentadas ampliamente en el apartado que dedicamos a la cláusula de comisión de apertura en el presente trabajo.

¹⁴⁶ Auto del Tribunal Supremo 10157A/2021 de 22 de julio. ES: TS:2021:10157A.

reclamadas como pretensión complementaria a la declaración de nulidad de la cláusula abusiva. Por aplicación del artículo 394 LEC en su apartado 2, al ser parcial la estimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Como consecuencia de la declaración del TJUE en *Caixabank (contra CY)* ha de entenderse que, estimándose totalmente la acción de declaración de nulidad de la cláusula y parcialmente la acción restitutoria, procede la condena en costas al profesional. Así lo viene considerando nuestro Tribunal Supremo¹⁴⁷.

Caso 77. Banca B¹⁴⁸: Tras la anulación de la cláusula abusiva, cuando el contrato no puede subsistir y no hay disposición nacional supletoria, el juez puede emplazar a las partes a negociar siempre que establezca el marco para las negociaciones y estas se dirijan a establecer un equilibrio real.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la entidad bancaria Banca B. SA y el consumidor A. A. A. en relación con el carácter supuestamente abusivo y la nulidad radical de varias cláusulas que figuran en un contrato de préstamo personal celebrado entre ambas partes¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Entre otras, cabe citar la STS número 578/2023 de 20 de abril (ES: TS:2023:1552), en la que el TS declara: «Las exigencias previstas en los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y los principios de no vinculación y de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretados por nuestras sentencias, en especial la núm. 35/2021, de 27 de enero, conducen a que, estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, aunque no se hayan estimado las pretensiones restitutorias, proceda la imposición de las costas de la primera instancia al banco demandado. Ello es conforme con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19».

¹⁴⁸ Asunto C-269/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de noviembre de 2020 (texto rectificado mediante auto de 20 de enero de 2021) Banca B. SA contra A. A. A. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Cluj, Rumanía. EU: C:2020:954. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. G. Pitruzzella al que le fue asignado.

¹⁴⁹ En junio de 2007 el consumidor celebró un contrato de préstamo con Banca B. Dicho préstamo estaba garantizado por una primera hipoteca, por importe de 182.222 euros, de los que 179.000 euros correspondían al préstamo denominado «Maxicredit», a tipo fijo durante un año, y 3.222 euros correspondían a la comisión de concesión de dicho préstamo, por un período de 300 meses. El préstamo contenía una serie de cláusulas relativas al interés aplicable y a otros aspectos que fueron consideradas abusivas por parte del consumidor, por lo que en 2017 este presentó una demanda contra la entidad bancaria ante el Tribunal Especializado de Cluj por la que solicitaba que este declarase el carácter abusivo y, por tanto, la nulidad radical de las cláusulas del contrato de préstamo controvertido relativas al tipo de interés variable y anulase, en consecuencia, el calendario de pagos establecido en virtud de dichas cláusulas. Asimismo, solicitó que dicho tribunal requiriera a la entidad demandada para que modificara las mencionadas cláusulas y le condenase a devolver la cantidad percibida en exceso resultante de la declaración del carácter abusivo de estas. El consumidor sostenía que las cláusulas controvertidas permitían a la entidad bancaria modificar arbitrariamente el importe del tipo de interés, perjudicando así sus intereses legítimos como consumidor. El juzgado estimó parcialmente la demanda, siendo recurrida la sentencia por la entidad bancaria. El Tribunal Superior de Cluj, que debía conocer el recurso, planteó

El TJUE refundió las 4 preguntas formuladas por el Tribunal Superior de Cluj en una y consideró que se preguntaba, esencialmente, si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, tras haberse declarado el carácter abusivo de las cláusulas que definen el mecanismo de determinación del tipo de interés variable en un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal y cuando ese contrato no puede subsistir tras la supresión de las cláusulas abusivas de que se trata y no existe ninguna norma de Derecho nacional de carácter supletorio que pueda reemplazar dichas cláusulas, la citada disposición se opone a que el juez nacional establezca un nuevo método de cálculo del tipo de interés o a que emplace a las partes a negociar con el fin de determinar un nuevo método de cálculo de dicho tipo de interés, sin establecer un marco para dichas negociaciones.

Doctrina. El TJUE parte de la doctrina de la no integración afirmando que cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, ese juez no puede integrar el contrato modificando el contenido de esa cláusula, porque ello 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. No obstante, cuando un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia ha admitido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización. Tal sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13. En efecto, se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.

cuestión prejudicial ante el TJUE conteniendo cuatro preguntas al tener dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión aplicable al caso.

El TJUE se refiere al supuesto en el que el juez nacional no pudiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, señalando que el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. Ese sería el caso de un contrato de préstamo, ya que tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca. A todo ello, añade el TJUE que también ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a que se puedan suplir las lagunas de un contrato, derivadas de la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en este, sobre la única base de disposiciones nacionales de carácter general¹⁵⁰ —que no han sido objeto de una evaluación específica del legislador a fin de establecer un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes y que, por ello, no gozan de la presunción de carácter no abusivo— que dispongan que los efectos expresados en un acto jurídico son completados, en particular, por los efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos, que no son disposiciones supletorias ni disposiciones aplicables en caso de acuerdo entre las partes del contrato¹⁵¹.

El Tribunal de Justicia centra la discusión del asunto enjuiciado en el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente le pregunta sobre las facultades que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 confiere al juez nacional en el supuesto de que el contrato no pudiera subsistir sin las cláusulas abusivas, pero el juez nacional no pudiera sustituirlas por una disposición supletoria del Derecho nacional.

El TJUE alude a la finalidad de la Directiva de conceder un elevado nivel de protección a los consumidores y las indicaciones contenidas en su artículo 7.1 y en el considerando vigésimo cuarto en el sentido de que las autoridades, en particular judiciales, deben disponer de medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

¹⁵⁰ El TJUE se remite a la sentencia Dziubak, C-260/18, STJUE de 3 de octubre de 2019, lo que nos sirve para comprender lo que pretende decir el TJUE con la expresión «disposiciones nacionales de carácter general». En *Dziubak* se trataba de «disposiciones nacionales de carácter general que dispongan que los efectos expresados en un acto jurídico son completados, en particular, por los efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos, que no son disposiciones supletorias ni disposiciones aplicables en caso de acuerdo entre las partes del contrato». En cualquier caso, no nos parece una expresión suficientemente clara.

¹⁵¹ *Ibid.*, apdos. 30 a 35.

consumidores. Con ello, el TJUE enuncia que la declaración del carácter abusivo de una cláusula debe permitir alcanzar dos objetivos. Por un lado, el juez debe velar por que pueda restablecerse la igualdad entre las partes del contrato, puesta en peligro por la aplicación al consumidor de una cláusula abusiva. Por otro lado, es preciso cerciorarse de que el profesional se ve disuadido de incluir tales cláusulas en los contratos que ofrece a los consumidores. Continúa afirmando el TJUE que la Directiva 93/13 no pretende preconizar soluciones uniformes respecto a las consecuencias que deben extraerse de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual. Así pues, en la medida en que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, las cláusulas abusivas no pueden vincular a los consumidores, esos objetivos han podido alcanzarse, según los casos y el marco jurídico nacional, mediante la mera inaplicación frente al consumidor de la cláusula abusiva de que se trate o, cuando el contrato no hubiera podido subsistir sin dicha cláusula, mediante la sustitución de esta por disposiciones supletorias de Derecho nacional. A ello añade el TJUE que esas consecuencias de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual no tienen carácter exhaustivo, es decir, no son una lista cerrada. Por ello, cuando ninguna de esas dos eventuales soluciones puede operar, procede considerar que, en la medida en que el consumidor no haya expresado su deseo de mantener las cláusulas abusivas y la anulación del contrato expondría a dicho consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, el elevado nivel de protección del consumidor que debe quedar garantizado conforme a la Directiva 93/13 exige que, con el fin de restablecer el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones recíprocos de las partes, el juez nacional adopte, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación del contrato controvertido podría provocar, en particular debido a la exigibilidad inmediata del crédito del profesional frente a este ¹⁵².

Llega el TJUE a la conclusión definitiva en el sentido de que nada se opone, en particular, a que el juez nacional emplace a las partes a negociar con el objetivo de determinar el modo de cálculo del tipo de interés, siempre que establezca el marco para dichas negociaciones y estas últimas vayan encaminadas a establecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes que tenga en cuenta, en particular, el objetivo de la protección del consumidor que subyace a la Directiva 93/13 ¹⁵³.

¹⁵² *Ibid.*, apdos. 36 a 41.

¹⁵³ *Ibid.*, apdo. 42.

Dicho ello, el TJUE precisa que las facultades del juez no pueden ir más allá de lo estrictamente necesario para restablecer el equilibrio contractual entre las partes del contrato y proteger así al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que podría provocar la anulación del contrato de préstamo de que se trata. Dice el TJUE que, si se permitiera al juez modificar o moderar libremente el contenido de las cláusulas abusivas, tal facultad podría poner en peligro la consecución del conjunto de objetivos mencionados anteriormente ¹⁵⁴.

Concluye el TJUE declarando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, tras haberse declarado el carácter abusivo de las cláusulas que definen el mecanismo de determinación del tipo de interés variable en un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal y cuando ese contrato no pueda subsistir tras la supresión de las cláusulas abusivas en cuestión, la anulación de dicho contrato tenga consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor y no exista ninguna disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, el juez nacional debe adoptar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias con el fin de proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación de ese contrato podría provocar. En circunstancias como las del litigio principal, nada se opone, en particular, a que el juez nacional emplace a las partes a negociar con el fin de determinar el modo de cálculo del tipo de interés, siempre que establezca el marco para dichas negociaciones y estas últimas vayan encaminadas a establecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes que tenga en cuenta, en particular, el objetivo de protección del consumidor que subyace en la Directiva 93/13 ¹⁵⁵.

Comentarios. A pesar del aparente giro dado por el TJUE en *Caixa-bank (contra CY)*, en la sentencia ahora comentada comienza la contestación a las cuestiones prejudiciales reafirmandose en su doctrina de la no integración. Entendemos que esa aparente contradicción responde al hecho de que el TJUE configura la Directiva 93/13 como un instrumento cuya interpretación no pretende alcanzar soluciones taxativas respecto a las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula, de forma que los dos escenarios que habitualmente se disponen (inaplicación de la cláusula abusiva o sustitución de esta por la disposición supletoria de Derecho nacional) no son una lista cerrada

¹⁵⁴ *Ibid.*, apdo. 44.

¹⁵⁵ *Ibid.*, apdo. 45.

y no tienen carácter exhaustivo. Por ello, el TJUE se refiere a la adopción por parte del juez nacional de todas las medidas necesarias –tomando en consideración la totalidad del Derecho interno– para proteger al consumidor de las consecuencias perjudiciales de la anulación del contrato. Dentro de esas medidas puede estar la llamada o emplazamiento de las partes a la negociación –en este caso para determinar el modo de cálculo del tipo de interés–, determinando el juez el marco para las negociaciones y que vayan encaminadas a establecer un equilibrio real entre las partes. Resulta evidente la dificultad que implica en el ámbito de los préstamos de entidad bancaria a consumidor poner en práctica la doctrina de la no integración cuando el contrato no puede subsistir y no hay disposición supletoria. La anulación del contrato implica la devolución del préstamo, lo que no está al alcance de la inmensa mayoría de los consumidores. Es necesario que el TJUE y los tribunales nacionales arbitren medidas distintas a la de soportar la cláusula abusiva, opción «indeseable» de la que en cualquier caso dispone el consumidor. La postura adoptada por el TJUE en el asunto comentado es positiva ya que ofrece una alternativa, el emplazamiento a la negociación estableciendo el juez el marco de las negociaciones. Ahora bien, determinar en cada caso lo que el TJUE configura como «el establecimiento del marco para las negociaciones» no va a ser tarea fácil para el juez. Una fuerte implicación del órgano jurisdiccional y la determinación de un marco ajustado pueden ser la clave para que las partes materialicen en un acuerdo esas negociaciones, debiendo el juez mantener el papel de mediador sin posicionarse en uno u otro sentido. El equilibrio necesario para todo ello es muy complicado y el juez habrá de actuar con enorme habilidad. No obstante, el TJUE sigue sin poner a disposición de los jueces nacionales una alternativa, en el contexto de la aplicación de la doctrina de la no integración, cuando el contrato no puede subsistir, no existe disposición de Derecho nacional de carácter supletorio para sustituir a la cláusula abusiva y una eventual negociación entre las partes haya fracasado. Qué puede hacer el juzgador en esa situación es una cuestión por dilucidar.

Sin referirse a este asunto en particular, Farina¹⁵⁶ no considera adecuada la alternativa de la negociación. Según este autor obligar al profesional a renegociar la cláusula abusiva no restablece el equilibrio entre las partes, sino que vuelve a exponer al consumidor a los mismos riesgos ontológicos a los que estaba expuesto cuando celebró la negociación con el profesional y de hecho será el profesional el que tenga la posición preeminente en la negociación.

¹⁵⁶ FARINA, M., «Unfair Terms and Supplementation of the Contract», *European Review of Private Law*, 3-2021, Kluwer Law International BV., 2021, p. 456.

Sostiene que es muy discutible que sea un remedio adecuado con arreglo al artículo 7.1 de la Directiva y propone otra solución alternativa consistente en que el contrato sea suplementado mediante la intervención judicial, de forma que el juez que declara la cláusula abusiva como no vinculante la sustituye por una nueva disposición redactada sobre la base del asunto concernido y que sea adecuada para restablecer el equilibrio justo entre las obligaciones y derechos de las partes. No obstante, el propio autor admite que la corrección judicial del contrato implica un difícil equilibrio entre efectividad del remedio, libertad contractual de las partes y seguridad jurídica.

A nuestro juicio, una posible solución al complejo problema que se plantea cuando no existe disposición supletoria de Derecho nacional que pueda sustituir la cláusula abusiva y la anulación del contrato conlleva consecuencias perjudiciales para el consumidor sería el establecimiento de una mediación activa y efectiva por parte del juez –sin abandonar la imparcialidad y objetividad–, siguiendo los cánones fijados por el TJUE en *Banca B*, con advertencia a las partes de que en caso de que no alcancen un acuerdo sería el propio juzgador el que elaborase la cláusula o mecanismo para sustituir la cláusula abusiva –con arreglo a la propuesta de Farina–. De este modo, agotadas las posibilidades de alcanzar un acuerdo, el juzgador emitiría su decisión sustituyendo la cláusula abusiva por una cláusula o mecanismo elaborado por él, que vendría justificado por la necesidad de adopción por parte de este de las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación del contrato controvertido podría provocar.

Debo admitir que esa solución no dista mucho de la integración del contrato, pero la obligada y efectiva mediación previa bajo el mandato judicial sin la consecución de un acuerdo que restablezca el equilibrio real entre las partes legitima al juez para adoptar la decisión que posibilite ese restablecimiento.

Dentro de esa intensa confrontación doctrinal entre la integración y la no integración de la cláusula abusiva, debería prevalecer, a nuestro modo de ver, una postura flexible tendente a garantizar la protección del consumidor de forma que cuando es imposible la subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva y no existe norma dispositiva que la sustituya, el juzgador debe habilitar una alternativa que no sea la renuncia del consumidor a los beneficios inherentes a la declaración de abusividad ni tampoco conlleve la devolución del préstamo. Esa alternativa puede estar constituida por el obligado emplazamiento a negociar determinando los márgenes de la negociación y cuando ello no tiene frutos, la elaboración directa por parte del juez de una cláusula o mecanismo que sustituya a la cláusula abusiva, estableciendo un equilibrio real entre los derechos y obligaciones del profesional y del consumidor.

En cualquier caso, consideramos adecuado que en el futuro el TJUE diseñe soluciones a los problemas analizados, aunque conlleven una atenuación de la prohibición de integración del contrato, lo que no tiene por qué ser negativo si van encaminadas a elevar la protección del consumidor.

Caso 78. *Dexia*¹⁵⁷: En el marco de un contrato aleatorio (arrendamiento financiero de acciones), al declararse nula por abusiva una cláusula, no cabe la sustitución por la disposición supletoria nacional y, por ende, no procede la indemnización establecida por dicha disposición supletoria en favor del profesional, si el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva.

Hechos. Los litigios principales tienen su origen en la negativa del consumidor XXX y del consumidor Z a abonar los saldos que figuraban en las liquidaciones finales elaboradas por la entidad Dexia Nederland BV (en lo sucesivo, «Dexia») a raíz de la resolución de los contratos de arrendamiento financiero de acciones que habían celebrado con el predecesor jurídico de Dexia, como consecuencia de los retrasos en el pago de las mensualidades adeudadas a Dexia¹⁵⁸.

Mediante su cuestión prejudicial el Tribunal de Apelación de Ámsterdam pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, si, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 93/13, en un contrato aleatorio, como los contratos de arrendamiento financiero de acciones controvertidos en el litigio principal, la cláusula

¹⁵⁷ Asunto C-229/19 y C-289/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de enero de 2021. *Dexia Nederland BV* contra XXX (asunto C-229/19) y Z (asunto C-289/19). Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Apelación de Ámsterdam (Países Bajos) –asunto C-229/19– y Tribunal de Apelación de La Haya –asunto C-289/19–, EU: C: 2021:68. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Pitruzzella al que le fue asignado.

¹⁵⁸ En este tipo de contratos, el arrendatario, que suele ser un consumidor, toma prestada de un banco, por un período determinado, una cantidad de dinero, designada «principal», con la que dicho banco adquiere acciones por cuenta y en beneficio del arrendatario. El citado banco sigue siendo propietario de esas acciones hasta la devolución íntegra de la cuantía recibida en préstamo, pero los eventuales dividendos se abonan al arrendatario. Mientras dura el contrato de arrendamiento financiero, el arrendatario paga una mensualidad, que corresponde a los intereses imputables al principal y, en determinados supuestos, a la devolución del principal. Al finalizar el contrato, se venden las acciones y el arrendatario percibe los frutos de la venta de esas acciones, previa deducción del saldo del principal y de las mensualidades que pudieran seguir adeudándose al banco. Dexia resolvió anticipadamente los contratos de arrendamiento financiero, como consecuencia de retrasos en el pago, de conformidad con las condiciones particulares de los contratos controvertidos en los litigios principales. Con ocasión de la resolución de dichos contratos, Dexia elaboró las liquidaciones finales, con arreglo a los artículos 6 y 15 de las condiciones particulares. Según los tribunales remitentes, el Tribunal Supremo de los Países Bajos tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad de estas cláusulas con la Directiva 93/13 y declaró, en sentencia de 21 de abril de 2017, que el artículo 6 de las condiciones particulares de los contratos controvertidos en los litigios principales causaba, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Los litigios que dieron lugar a los asuntos acumulados fueron una demanda del consumidor XXX contra Dexia con reconvencción por parte de Dexia y una demanda de Dexia contra el consumidor Z, con reconvencción de este.

que fija de antemano la ventaja de la que disfruta el profesional en caso de resolución anticipada del contrato debe considerarse abusiva por el mero hecho de que, apreciada únicamente en atención a las circunstancias que concurrieron en la celebración del contrato en cuestión, dicha cláusula puede causar un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato mientras este se ejecuta.

Con respecto a las dos cuestiones prejudiciales del Tribunal de Apelación de La Haya, según refundición del TJUE, se pregunta, en esencia, si el profesional que, como vendedor, impuso al consumidor una cláusula declarada abusiva –y, por consiguiente, nula– por el juez nacional, puede reclamar la indemnización establecida en una disposición supletoria del Derecho nacional que se habría aplicado de no existir dicha cláusula.

Doctrina. Recuerda el TJUE que su competencia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 y en el anexo de esta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso, por lo que el Tribunal de Justicia se limita a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate. Después de traer a colación una serie de premisas «clásicas» relativas a los criterios para la apreciación de la naturaleza abusiva de la cláusula¹⁵⁹, el TJUE declara que en el supuesto de que el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sea, por naturaleza, aleatorio, como ocurre con los contratos de arrendamiento financiero de acciones controvertidos en el litigio principal, el juez nacional deberá comprobar también que la cláusula, habida cuenta de la interacción con las demás cláusulas que forman parte del contrato, no conlleve un reparto muy desigual de los riesgos que soportan las partes de dicho contrato¹⁶⁰.

De esta forma, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Amsterdam declarando que las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que una cláusula que figure en un contrato aleatorio celebrado entre un profesional y un consumidor, como los contratos de arrendamiento financiero de acciones, debe considerarse

¹⁵⁹ *Ibid.*, apdos. 46 a 58,

¹⁶⁰ *Ibid.*, apdo. 59.

abusiva si, habida cuenta de las circunstancias que concurrieron en la celebración del contrato en cuestión y situándose en el momento de su celebración, dicha cláusula puede causar un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes durante la ejecución del citado contrato, aun cuando ese desequilibrio solo pudiera producirse si se diesen determinadas circunstancias mientras que, en otras circunstancias, dicha cláusula pudiera incluso beneficiar al consumidor. En este contexto, corresponde al tribunal remitente comprobar si la cláusula que fija de antemano la ventaja de que disfruta el profesional en caso de resolución anticipada del contrato, habida cuenta de las circunstancias que concurrieron en la celebración de ese contrato, podía causar tal desequilibrio desde el momento de la celebración de dicho contrato¹⁶¹.

Por lo que se refiere a lo preguntado por el Tribunal de Apelación de La Haya, el Tribunal de Justicia recuerda que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en el contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. La mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, esas cláusulas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello, descendiendo al litigio principal, señala el TJUE que se desprende de los autos que los contratos de arrendamiento financiero de acciones controvertidos en el litigio principal pueden subsistir sin la cláusula abusiva. Dicho ello, aplicando su jurisprudencia, declara el TJUE que el juez nacional no está facultado para sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho nacional si la declaración de nulidad de dicha cláusula no obliga al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias especialmente perjudiciales, de manera que representarían para este una penalización. Por ello, concluye que procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Apelación de La Haya que las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que el profesional que, como vendedor, impuso a un consumidor una cláusula declarada abusiva –y, por consiguiente, nula– por el juez nacional, no puede reclamar, cuando el contrato pueda subsistir sin dicha cláusula, la indemnización legal establecida por la disposición supletoria del Derecho nacional que habría sido aplicable de no existir dicha cláusula.

¹⁶¹ *Ibid.*, apdo. 60.

Comentarios. En definitiva, si el contrato puede subsistir sin la cláusula nula no cabe la sustitución por la disposición supletoria del Derecho nacional y, en consecuencia, no procede la indemnización legal establecida por dicha disposición supletoria. El *quid* de la cuestión está en evaluar si el contrato puede subsistir o no sin la cláusula nula (circunstancia clave en muchos asuntos como, por ejemplo, las cláusulas de vencimiento anticipado). Debería ser una labor propia del tribunal nacional, sin embargo, en el presente asunto, el TJUE afirma categóricamente que de los autos que obran en su poder se desprende que los contratos de arrendamiento financiero de acciones controvertidos en el litigio principal pueden subsistir sin la cláusula abusiva (apdo. 65), ya sea porque así lo ha manifestado el juzgado remitente en la resolución de remisión o porque el TJUE lo ha apreciado por sí mismo con claridad meridiana.

En cuanto a la otra cuestión, resulta provechosa la conclusión del TJUE, suministrando ciertos criterios para la apreciación de la abusividad. Así, se tendrán en cuenta las circunstancias que concurrieron en la celebración del contrato en cuestión, situándose en el momento de su celebración. Habrá que comprobar si cláusula controvertida puede causar un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes durante la ejecución del citado contrato, aun cuando ese desequilibrio solo pudiera producirse si se diesen determinadas circunstancias mientras que, en otras circunstancias, dicha cláusula pudiera incluso beneficiar al consumidor, justificadas dichas circunstancias por el carácter aleatorio del contrato en el que está enmarcada la cláusula controvertida. Estas aseveraciones del TJUE pueden ser de utilidad para un juez que se enfrente a la apreciación de la naturaleza abusiva de una cláusula insertada en un contrato aleatorio de cualquier índole en el ámbito de Derecho de consumidores.

Caso 79. *Bank BPH*¹⁶²: Es compatible con la Directiva 93/13 que el juez nacional suprima únicamente el elemento abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor siempre que ese elemento consista en una obligación contractual diferenciada y susceptible de ser objeto de un examen individualizado de su carácter abusivo.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por los consumidores I. W. y R. W. contra Bank BPH S. A. en el que los primeros alegaron el carácter abusivo de la indexación del préstamo al franco

¹⁶² Asunto C-19/20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 29 de abril de 2021. I. W. y R. W., por una parte, contra Bank BPH S. A., por otra, con intervención de Rzecznik Praw Obywatelskich. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Regional de Gdansk, 25.ª División de lo Civil, Polonia, EU: C:2021:341. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Saugmandsgaard Øe, al que le fue asignado.

suizo solicitando la anulación del contrato de préstamo hipotecario y el reembolso de todas las cantidades abonadas en concepto de pago de los intereses y gastos derivados de dicho contrato ¹⁶³.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a declarar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, aun cuando el vicio que afecta a dicha cláusula haya sido excluido a raíz de la celebración entre esas partes de un anexo novatorio a ese contrato y la declaración del carácter abusivo de la cláusula en su versión inicial pueda dar lugar a la nulidad del contrato.

Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera, que son examinadas conjuntamente por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el juez nacional suprima únicamente el elemento abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, en particular cuando las disposiciones legales nacionales que regulan su utilización garantizan el objetivo disuasorio que se persigue con la citada Directiva.

Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la anulación de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como efecto de la declaración del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato, constituye una sanción prevista por esa Directiva,

¹⁶³ En 2008, los consumidores I. W. y R. W. celebraron un contrato de préstamo hipotecario con el predecesor jurídico de Bank BPH, siendo la duración de dicho préstamo de 360 meses (30 años). El contrato estaba denominado en eslotis polacos (PLN), pero indexado a una moneda extranjera, a saber, el franco suizo (CHF). De las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que se informó a los referidos prestatarios de que el tipo de cambio del franco suizo podía aumentar, lo que repercutiría en el importe de las cuotas mensuales de reembolso de ese préstamo. Después de que el banco se lo pidiera, los referidos prestatarios presentaron una declaración según la cual deseaban optar por la indexación de su préstamo al tipo de cambio del franco suizo, pese a haber sido debidamente informados de los riesgos que asumían suscribiendo un préstamo concedido en divisas. En virtud de lo estipulado en ese contrato, el reembolso del préstamo se efectuaba en eslotis polacos y el saldo del préstamo y las cuotas mensuales se calculaban sobre la base de la cotización de venta de la divisa CHF, más el margen de venta de la divisa por el banco. El método de determinación del margen del banco no se precisaba en ese contrato. Este contrato de préstamo fue objeto de un anexo firmado por las partes el 7 de marzo de 2011 (en lo sucesivo, «anexo»), que contenía, por una parte, disposiciones que establecían el modo de determinación del margen de Bank BPH. Por otra parte, este anexo establecía que, en adelante, los prestatarios estaban facultados para reembolsar su préstamo en la moneda de indexación elegida, a saber, el franco suizo, que también podían adquirir en el mercado libre. Ante el incremento de la cotización del franco suizo, I. W. y R. W. alegaron el carácter abusivo de la indexación del préstamo al franco suizo ante el órgano jurisdiccional remitente, solicitando la anulación del contrato y el reembolso de todas las cantidades abonadas en concepto de pago de los intereses y gastos derivados de dicho contrato.

derivada de una resolución judicial dictada a petición expresa del consumidor y que genera en este un derecho al reembolso de las cantidades indebidamente percibidas por el profesional, o si tiene lugar de pleno Derecho, con independencia de la voluntad de ese mismo consumidor.

Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional que declara el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor informar a este acerca de las consecuencias jurídicas que pueda entrañar la anulación de tal contrato, con independencia de que el consumidor esté asistido por un representante procesal profesional.

Doctrina. El TJUE recuerda lo dicho en *Ibercaja Banco (contra XZ)* ¹⁶⁴ y afirma que el sistema previsto por la Directiva 93/13 no puede impedir que las partes de un contrato pongan remedio al carácter abusivo de una cláusula que contiene, modificándola por vía contractual, siempre que, por un lado, la renuncia por parte del consumidor a invocar el carácter abusivo proceda de su consentimiento libre e informado y, por otro, la nueva cláusula modificadora no sea por sí misma abusiva, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente. Si el órgano jurisdiccional remitente considerase que en el caso de autos los consumidores no eran conscientes de las consecuencias jurídicas que para ellos se derivan de tal renuncia, procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, con el consiguiente restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que este se encontraría de no haber existido dicha cláusula. Señala el TJUE que, por lo tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente restablecer la situación que habría sido la de I. W. y R. W. de no haber existido la cláusula inicial cuyo carácter abusivo declara. Analizando el resto de la pregunta formulada, indica el TJUE que del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se desprende que, en una situación en la que la renuncia del consumidor a invocar el carácter abusivo proceda de su consentimiento libre e informado, la declaración del carácter abusivo de las cláusulas iniciales del contrato en cuestión tenga por efecto la anulación del contrato en su versión modificada por el anexo, aun cuando, por un lado, la supresión de esas cláusulas hubiera provocado la anulación del contrato en

¹⁶⁴ As. C-452/18. STJUE de 9 de julio de 2020, *Ibercaja Banco (contra XZ)*.

su totalidad, tal como se celebró inicialmente, y, por otro, tal anulación beneficiara al consumidor.

Por ello, concluye el TJUE que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional declarar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, aun cuando esta haya sido modificada contractualmente por esas partes. Tal declaración conlleva el restablecimiento de la situación que habría sido la del consumidor de no haber existido la cláusula declarada abusiva, salvo que este último hubiera renunciado a tal restablecimiento mediante la modificación de esa cláusula abusiva, prestando su consentimiento libre e informado, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, de esta disposición no se desprende que la declaración del carácter abusivo de la cláusula inicial tenga por efecto, en principio, la anulación del contrato, puesto que la modificación de dicha cláusula ha permitido restablecer el equilibrio entre las obligaciones y los derechos de esas partes que se derivan del contrato y excluir el vicio del que adolecía.

Con relación a las preguntas segunda y tercera, señala el TJUE que, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente indica que la supresión del elemento de la cláusula de indexación del préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, relativo al margen del banco, no produce ningún vacío que requiera una intervención positiva por su parte. No obstante, subraya que esta supresión modifica la esencia de la cláusula en su redacción original. A ello añade el Tribunal de Justicia que tiene declarado que las disposiciones de la Directiva 93/13 se oponen a que una cláusula declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia. El juez nacional solo podría suprimir el elemento de la cláusula de indexación del préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, relativo al margen de Bank BPH, si consistiera en una obligación contractual diferenciada de las demás estipulaciones contractuales y susceptible de ser objeto de un examen individualizado de su carácter abusivo. Recuerda el TJUE lo dicho en *Banco Santander y Escobedo Cortés*¹⁶⁵ cuando declaró que el interés remuneratorio seguía aplicándose, habiéndose declarado abusivo el interés moratorio y señala que la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas

¹⁶⁵ As. C-96/16 y C-94/17. STJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander y Escobedo Cortés*.

como tales, ya que el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión. Se desprende de la resolución de remisión que, desde la adopción de la Ley de 29 de julio de 2011, acaecida tras la celebración del contrato y del anexo controvertidos en el litigio principal, los bancos ya no pueden utilizar cláusulas de indexación en una forma como la prevista en el marco del presente asunto. En virtud de las disposiciones de la referida Ley, un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera debe contener en lo sucesivo la información relativa a los métodos y plazos de fijación del tipo de cambio sobre cuya base se calculan el principal del préstamo y las cuotas de reembolso, así como las reglas de conversión de divisas. Declara el TJUE que la adopción por el legislador de disposiciones que regulan la utilización de una cláusula contractual y contribuyen a garantizar el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13 en relación con el comportamiento de los profesionales se entiende sin perjuicio de los derechos reconocidos al consumidor por dicha Directiva. El TJUE declara que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por un lado, no se oponen a que el juez nacional suprima únicamente el elemento abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando las disposiciones legislativas nacionales que regulan su utilización garantizan el objetivo disuasorio que se persigue con la citada Directiva, siempre que ese elemento consista en una obligación contractual diferenciada y susceptible de ser objeto de un examen individualizado de su carácter abusivo. Por otro lado, estas disposiciones se oponen a que el órgano jurisdiccional remitente suprima únicamente el elemento abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, extremo que corresponde comprobar al referido órgano jurisdiccional.

El TJUE responde a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las consecuencias de la declaración judicial de la presencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Derecho nacional y de que la cuestión de la persistencia de tal contrato debe ser apreciada de oficio por el juez nacional según un enfoque objetivo sobre la base de esas disposiciones.

En cuanto a la quinta pregunta, el TJUE declara que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional que declara el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor informar a este, en el marco de las normas procesales nacionales y tras un debate contradictorio, de las consecuencias jurídicas que pueda entrañar la anulación de tal contrato, con independencia de que el consumidor esté asistido por un representante procesal profesional.

Comentarios. El TJUE viene a reiterar lo dicho en *Ibercaja Banco (contra XZ)* con respecto a la novación de la cláusula eventualmente nula, es decir, que si el acuerdo se ha adoptado con el consentimiento libre e informado del consumidor es válido y si no ha sido así el juez nacional tendrá que analizar la cláusula y si la considera abusiva, situar al consumidor en la misma posición que hubiera tenido sin el acuerdo novatorio. También se le pregunta al TJUE sobre la influencia de la postura del propio consumidor en cuanto a la anulación del contrato. Lo que responde el TJUE es que, primeramente, el juez debe determinar las consecuencias de las cláusulas abusivas del contrato desde una perspectiva objetiva, y después, cuando proceda, permitirá decidir al consumidor si prefiere la nulidad del contrato en su conjunto o mantener la cláusula abusiva. Con respecto a la elección del consumidor entre nulidad y mantenimiento de la cláusula abusiva en cuanto a que si el juez debe informar al consumidor sobre sus opciones y las consecuencias de estas o puede hacerlo a su representante legal, dice el TJUE que el juez debe informar al consumidor en el marco de las normas procesales nacionales y tras un debate contradictorio, todo ello con independencia de que esté asistido por un representante profesional. A nuestro modo de ver, esta declaración hay que contextualizarla dentro del marco de la regulación procesal del Estado miembro correspondiente y si el representante procesal ostenta el apoderamiento legal suficiente se entiende que bastaría con la notificación a este último quien tiene la obligación de transmitírselo a su representado, el consumidor, asumiendo la correspondiente responsabilidad en el supuesto de que no traslade la información facilitada por el juzgado.

Caso 80. *OTP Jelzálogbank y otros*¹⁶⁶. Es compatible con la Directiva 93/13 la legislación húngara que obliga al juez nacional a sustituir la cláusula

¹⁶⁶ Asunto C-932/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 2 de septiembre de 2021. JZ contra OTP Jelzálogbank Zrt, OTP Bank Nyrt, OTP Faktoring. Követeléskezelő Zrt Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Győr, Hungría. EU: C:2021:341. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, a la que le fue asignado.

nula relativa al diferencial cambiario por una disposición de Derecho nacional, siempre que el juez nacional pueda comprobar que ello permite restablecer efectivamente la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el consumidor JZ y las entidades bancarias OTP Jelzálogbank Zrt., OTP Bank Nyrt. y OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. (en lo sucesivo, «OTP Jelzálogbank y otros»), relativo a una pretensión de anulación de contratos de préstamo basada en el carácter abusivo de determinadas cláusulas que figuran en ellos¹⁶⁷.

Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional que, con respecto a los contratos de préstamo celebrados con un consumidor, declara nula una cláusula relativa al diferencial cambiario considerada abusiva y obliga al juez nacional competente a sustituir dicha cláusula por una disposición de Derecho nacional que impone la utilización de un tipo de cambio oficial, sin prever la posibilidad de que ese juez estime la pretensión del consumidor afectado de que se anule completamente el contrato de préstamo, incluso cuando dicho juez estime que el mantenimiento de ese contrato sería contrario a los intereses del consumidor, en

¹⁶⁷ En 2007 y 2008 el consumidor JZ celebró tres contratos de préstamo denominados en divisa extranjera con las entidades financieras OTP Bank y OTP Jelzálogbank que cedieron sus créditos a OTP Faktoring Követeléskezelő. El consumidor interpuso una demanda invocando la nulidad de los tres contratos de préstamo alegando el carácter abusivo de las cláusulas de dichos contratos que estipulaban que el tipo de cambio aplicable en el momento del desembolso de los préstamos era diferente del aplicable a efectos de su amortización. La demanda fue desestimada mediante sentencia de 3 de julio de 2019. El consumidor demandante interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal Superior de Győr, alegando, en particular, por un lado, que las consecuencias del carácter abusivo de tales cláusulas relativas a un diferencial cambiario debían determinarse de conformidad con la sentencia de 3 de octubre de 2019, *Dziubak* y, por otro, que la información sobre el riesgo del tipo de cambio que le facilitaron los prestamistas era insuficiente. Durante el año 2014, el legislador húngaro adoptó diversas disposiciones destinadas a corregir las cláusulas que fijan de manera abusiva el tipo de cambio en los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera celebrados con consumidores. Así, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Ley DH 1, son nulas las cláusulas de dichos contratos que dispongan que, mientras que para el desembolso del préstamo será aplicable el tipo de cambio de compra de la divisa de que se trate, para el reembolso será aplicable el tipo de cambio de venta de dicha divisa. En el apartado 2 de ese artículo se dispone que la cláusula relativa al diferencial cambiario, viciada de nulidad, se sustituirá por una disposición que tiene por objeto la aplicación de un único tipo de cambio para la divisa en cuestión, que será fijado por el Banco Nacional de Hungría. Además, en un comunicado de prensa de 11 de octubre de 2019, la Kúria (Tribunal Supremo) indicó que la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, no ofrecía ninguna nueva posibilidad de recurso para los consumidores húngaros, dado que las consideraciones recogidas en esa sentencia, a propósito del remedio adecuado frente al carácter abusivo de las cláusulas relativas al diferencial cambiario y al riesgo del tipo de cambio, estaban vinculadas al hecho de que el Derecho polaco, del que trataba el asunto que dio lugar a dicha sentencia, no establecía normas supletorias como las previstas por el legislador húngaro, que habían sido tomadas en consideración en la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*.

particular en lo que respecta al riesgo del tipo de cambio que este último sigue soportando en virtud de otra cláusula de dicho contrato.

Doctrina. A modo introductorio, el TJUE recuerda que la Kúria tiene declarado que las cláusulas relativas al diferencial cambiario contenidas en los contratos de préstamo denominadas en moneda extranjera son abusivas mientras que las cláusulas relativas al riesgo de tipo de cambio no pueden controlarse en cuanto a su carácter abusivo, dado que, en principio, se refieren al objeto principal del contrato, en el sentido de la legislación húngara que transpone el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. También menciona que en ese contexto el legislador húngaro aprobó la Ley DH1 y que, según el órgano jurisdiccional remitente, la jurisprudencia dominante en Hungría se limita a sustituir con efecto retroactivo toda cláusula relativa al diferencial cambiario que esté viciada de nulidad por una disposición de Derecho nacional (art. 3.2 Ley DH 1), que impone la utilización del tipo de cambio oficial establecido por el Banco Nacional de Hungría, sin declarar nulo el contrato en su conjunto¹⁶⁸.

El TJUE también recuerda lo declarado en *Dunai*¹⁶⁹ al ser las conclusiones expresadas en dicha sentencia extrapolables a este asunto¹⁷⁰.

Señala el TJUE que en la medida en que el recurso interpuesto tiene su origen en la cláusula relativa al diferencial cambiario que figuraba inicialmente en los contratos de préstamo celebrados con OTP Jelzálogbank y otros, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la legislación nacional aplicable, con arreglo a la cual las cláusulas de esta naturaleza se consideran nulas y son sustituidas, ha permitido que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el demandante en el litigio principal de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente ofreciendo a este consumidor un derecho a la restitución de las cantidades obtenidas indebidamente por los profesionales de que se trata. A ello añade que este control judicial respecto de la cláusula relativa al diferencial cambiario se entiende sin perjuicio del que pueda efectuarse, a la luz de la Directiva 93/13, con respecto a las demás cláusulas de los contratos controvertidos en el litigio principal, como las relativas al riesgo del tipo de cambio, teniendo en cuenta, no obstante, los factores de exclusión de la apreciación del carácter abusivo de cláusulas contractuales previstos en el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva¹⁷¹.

¹⁶⁸ C-932/19. STJUE de 2 de septiembre de 2021, OTP Jelzálogbank y otros, apdos. 34 a 36.

¹⁶⁹ C-118/17. STJUE de 14 de marzo de 2019, *Dunai*.

¹⁷⁰ C-932/19. STJUE de 2 de septiembre de 2021, OTP Jelzálogbank y otros, apdos. 38 a 43.

¹⁷¹ *Ibid.*, apdos. 44 y 45.

Por tanto, el TJUE deja clara la necesidad de que el consumidor tenga la posibilidad de conseguir la restitución de las cantidades obtenidas indebidamente por el profesional y de que el juez controle otras cláusulas del contrato como la relativa al riesgo del tipo de cambio.

En segundo lugar, el TJUE aborda el problema relativo a la facultad, o incluso la necesidad, de que los jueces que resuelven los litigios estimen la pretensión del consumidor interesado de que se proceda a la anulación completa del contrato de préstamo en cuestión, y no solo a la anulación de la cláusula relativa al diferencial cambiario y a su sustitución por una disposición nacional, tal como está previsto por la legislación nacional aplicable en el litigio principal. A ese respecto, el TJUE se refiere a la facultad del consumidor de renunciar a hacer valer los derechos que se derivan del sistema de protección de la Directiva 93/13¹⁷².

El TJUE señala que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que el juez que conoce del asunto solo pueda basarse en el carácter eventualmente favorable, para el consumidor, de la anulación del contrato en cuestión en su conjunto. En principio, procede examinar a la luz de los criterios previstos por el Derecho nacional, en un caso concreto, la posibilidad del mantenimiento de un contrato del que han sido invalidadas algunas de sus cláusulas y, conforme al criterio objetivo adoptado por el Tribunal de Justicia, la posición de una de las partes en el contrato no puede considerarse, en Derecho nacional, el criterio determinante que decida sobre el ulterior destino del contrato. El TJUE observa que la voluntad manifestada por el consumidor interesado no puede prevalecer sobre la apreciación, que corresponde al poder soberano del juez que conoce del asunto, de si la aplicación de las medidas previstas por la legislación nacional pertinente permite efectivamente restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula abusiva¹⁷³.

Tras esos razonamientos, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional que, con respecto a los contratos de préstamo celebrados con un consumidor, declara nula una cláusula relativa al diferencial cambiario considerada abusiva y obliga al juez nacional competente a sustituir dicha cláusula por una disposición de Derecho nacional que impone la utilización de un tipo de cambio oficial, sin prever la posibilidad de que ese juez estime la pretensión del consumidor afectado de que

¹⁷² *Ibid.*, apdos. 46 a 48.

¹⁷³ *Ibid.*, apdos. 49 y 50.

se anule completamente el contrato de préstamo, incluso cuando dicho juez estime que el mantenimiento de ese contrato sería contrario a los intereses del consumidor, en particular en lo que respecta al riesgo del tipo de cambio que este último sigue soportando en virtud de otra cláusula de dicho contrato, siempre que este mismo juez pueda, en cambio, comprobar, en el ejercicio de su poder soberano de apreciación y sin que la voluntad manifestada por el consumidor pueda prevalecer sobre ella, que la aplicación de las medidas previstas de este modo por dicha legislación nacional permite efectivamente restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría dicho consumidor de no haber existido esa cláusula abusiva^{174 - 175}.

Comentarios. El TJUE reitera lo ya dicho en *Dunai*. En cuanto a la sustitución de la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional, la clave está en que se permita que el consumidor recupere la situación de hecho y de Derecho que hubiera tenido de no existir la cláusula abusiva, y, en concreto, que al consumidor le sean restituidas las cantidades abonadas indebidamente. No es contraria a la Directiva 93/13 la disposición nacional que impide al juez estimar la acción de anulación formulada por el consumidor siempre y cuando la disposición permita a este situarse en la misma posición que hubiera tenido de no existir la cláusula abusiva. Por otro lado, la existencia de la disposición sustitutoria con respecto a la cláusula relativa al diferencial cambiario no impide al juez examinar la naturaleza abusiva de otras cláusulas como la estipulación relativa al riesgo del tipo de cambio, lo que podría conducir a la nulidad del contrato en su conjunto (apdo. 45). A nuestro juicio, esta aseveración es clave porque el TJUE no niega al juez nacional la posibilidad de evaluar la cláusula relativa al riesgo de tipo de cambio y adoptar la decisión que considere oportuna. No obstante, la perspectiva predominante del asunto se refiere a la cláusula del diferencial cambiario, con respecto a la cual la situación es clara: el legislador nacional dispone su sustitución por lo previsto en la Ley DH 1, artículo 3, apartados 1 y 2. No cabe más interrogante al respecto que asegurarse que la aplicación de la citada disposición permita la posibilidad de que el consumidor recupere lo abonado de más a consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada abusiva, es decir, que se le pueda restituir el importe resultante una vez calculado el cambio del franco suizo en función del tipo de cambio oficial fijado por el Banco Nacional de Hungría en lugar del tipo de cambio de compra fijado por la entidad bancaria para el desembolso del

¹⁷⁴ *Ibid.*, apdo. 51.

¹⁷⁵ Subrayado es nuestro.

préstamo y el tipo de cambio de venta fijado por la entidad bancaria para la devolución de las cuotas del préstamo.

Otro aspecto significativo de esta sentencia se refiere a que una eventual apreciación judicial de imposibilidad de subsistencia del contrato en su conjunto no puede estar basada en la voluntad manifestada por el consumidor. El juez no tomará en cuenta la posición de ninguna de las partes, sino que deberá evaluar objetivamente en base a su propio criterio si la sustitución de la cláusula abusiva por la disposición de Derecho nacional permite restablecer al consumidor en la situación existente de no haber operado la cláusula abusiva.

Jablonowska¹⁷⁶ resalta la diferencia existente entre *Dziubak* y el asunto ahora comentado. En *OTP Jelzálogbank*, se dilucida en relación con la apreciación que habrá de hacer el juez nacional sobre si el contrato puede continuar existiendo o no, sin que sea posible tener en cuenta la voluntad del consumidor, sino procediendo el juez a una evaluación objetiva. En *Dziubak*, el juez nacional ya ha llegado a la conclusión de que el contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva, y, en ese caso, la cuestión es si el contrato en su conjunto debería ser anulado, siendo decisiva la postura del consumidor.

Caso 81. A. S. A.¹⁷⁷: Es contrario a la Directiva 93/13 que el juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor lleve a cabo la interpretación de dicha cláusula para paliar su carácter abusivo, aun cuando esa interpretación corresponda a la voluntad común de las partes contractuales.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por los consumidores M. P. y B. P. contra la entidad bancaria «A.» S. A. (en lo sucesivo, «A») en relación con el modo de reembolso de un contrato de préstamo hipotecario indexado a una divisa extranjera y que contiene cláusulas supuestamente abusivas¹⁷⁸.

¹⁷⁶ JABLONOWSKA, A., «Cancelling credit contracts due to unfair terms: when does the view of the consumer matter? A quick judicial recap in OTP Jelzálogbank (C-932/19)», *Recent developments in European Consumer Law*, Blog, 3 de septiembre de 2021.

Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2021/09/cancelling-credit-contracts-due-to.html> (última consulta: 11 de septiembre de 2023).

¹⁷⁷ Asunto C-212/20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de noviembre de 2021. M. P., B. P., contra «A» prowadzący działalność za pośrednictwem «A.» S. A. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Varsovia, Polonia. EU: C:2021:934. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, a la que le fue asignado.

¹⁷⁸ El 16 de mayo de 2008 los consumidores M. P. y B. P. celebraron un contrato de préstamo hipotecario con un banco establecido en Polonia, por un importe de 460.000 eslotis polacos (PLN) (aproximadamente 100.000 euros), reembolsable en 480 cuotas mensuales. El préstamo estaba indexado a una

Según reformulación del TJUE, mediante la primera parte de la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para considerar que está redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dichas disposiciones, la cláusula contenida en un contrato de préstamo celebrado entre un profesional y un consumidor que fija los precios de compra y de venta de la divisa extranjera a la que se ha indexado el préstamo debe redactarse de forma que permita al consumidor determinar de manera independiente, en cualquier momento durante la ejecución del contrato, la cotización de la divisa aplicada para determinar el importe de las cuotas de reembolso de ese préstamo.

Mediante la segunda parte de la primera cuestión prejudicial y la segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 5 y 6 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el juez nacional que ha constatado el carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, de una cláusula de indexación a una divisa extranjera de un contrato de préstamo celebrado entre un profesional y un consumidor lleve a cabo la interpretación de dicha cláusula

divisa extranjera, a saber, el franco suizo (CHF), y el tipo de interés correspondía al tipo de referencia LIBOR 3M (CHF), incrementado en un margen fijo de 1,20 puntos porcentuales. En el marco de su solicitud de préstamo, los prestatarios firmaron una declaración según la cual, aun siendo plenamente conscientes del riesgo del tipo de cambio, renunciaban a la posibilidad de contratar un préstamo en eslotis polacos y optaban por contratar un préstamo indexado a una divisa extranjera. Esta declaración precisaba, además, que se había informado a los prestatarios de que las cuotas del préstamo se expresaban en esta divisa extranjera y debían ser reembolsadas en eslotis polacos según las reglas descritas en las condiciones generales de contratación, de las que habían tenido conocimiento. Las cuotas del préstamo se expresarán en la divisa extranjera y se cobrarán de la cuenta bancaria del prestatario en la fecha en que sean exigibles, según el precio de venta del franco suizo que figure en el cuadro vigente en el banco al final del día hábil anterior al día en que venza cada cuota. El 10 de enero de 2013, M. P. y B. P. suscribieron con A un apéndice al contrato en cuestión, que preveía que los prestatarios procederían ellos mismos a la devolución del préstamo en francos suizos, sin recurrir a la operación de cambio efectuada por el banco. Las fluctuaciones del tipo de cambio entre el esloti polaco y el franco suizo tuvieron por efecto que la diferencia entre el importe reembolsado por los demandantes en el litigio principal en relación con el período comprendido entre el 16 de mayo de 2008 y el 10 de octubre de 2014 y el importe que se habría reembolsado si el préstamo se hubiera denominado en eslotis polacos y con el tipo de interés aplicable ascendió a 30.601,01 PLN (aproximadamente 6.732 euros). Al considerar que la cláusula de indexación del préstamo en divisa extranjera era abusiva porque no especificaba el método utilizado por el banco para determinar el tipo de cambio, M. P. y B. P. interpusieron una demanda para que se condenara a la entidad bancaria a pagarles la suma de 50.000 PLN (aproximadamente 10.850 euros). Consumidores y entidad bancaria interpretan de manera diferente la cláusula de indexación del préstamo y, según el órgano jurisdiccional, dicha cláusula de indexación presenta cierta ambigüedad, de modo que procede considerar que la entidad bancaria no ha cumplido sus obligaciones de información y de transparencia previstas en el artículo 5 de la Directiva 93/13. Por otra parte, según ese mismo órgano jurisdiccional, la entidad bancaria aplicó, durante todo el período de ejecución del contrato, basándose en el modo en que entendía este, los precios del mercado de divisas, por lo que no puede considerarse que actuara de mala fe. A lo sumo, según el tribunal nacional podría reprochársele una cierta indiferencia, pero no la intención de configurar la cláusula contractual con el fin de perjudicar al consumidor aplicando cotizaciones de divisas extranjeras arbitrarias y apartadas de los tipos del mercado.

para paliar su carácter abusivo introduciendo en él el concepto general de «valor de mercado» de la divisa extranjera de indexación, aun cuando esa interpretación corresponda a la voluntad común de las partes contractuales.

Doctrina. Señala el TJUE que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de dicha cláusula y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras. Más concretamente, la exigencia de redacción clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. En particular, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no solo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Añade el TJUE que esa interpretación se ve corroborada por el objetivo de la Directiva 93/13, que, como se desprende de su octavo considerando, es, en particular, la protección de los consumidores. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información, el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional.

Descendiendo al asunto enjuiciado, el TJUE observa que se desprende de los autos que, en el momento de la celebración del contrato controvertido en el litigio principal, los prestatarios entendieron la cláusula relativa a la indexación del contrato en el sentido de que preveía la fijación de los precios de compra y de venta de la divisa de indexación a efectos del cálculo de las cuotas de devolución sobre la base de un tipo de cambio determinado objetivamente, como el fijado por el Banco Nacional de Polonia. Añade el TJUE que de la

resolución de remisión se desprende que ni la cláusula de indexación controvertida en el litigio principal ni las condiciones generales precisan todos los factores tenidos en cuenta por el banco para fijar el tipo de cambio aplicado para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo hipotecario de que se trata en el litigio principal. Por consiguiente, y sin perjuicio de las comprobaciones que lleve a cabo el órgano jurisdiccional remitente, la cláusula de indexación controvertida en el litigio principal no parece caracterizarse tanto por una redacción ambigua como por el hecho de que no indica el modo en que la entidad bancaria determinará el tipo de cambio que aplicará para calcular las cuotas de reembolso.

Declara el TJUE que el tribunal nacional debe examinar, atendiendo a todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación del contrato de préstamo de que se trata, si un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede no solamente conocer la existencia de las fluctuaciones, generalmente observadas en el mercado de las divisas, de los tipos de cambio, sino también evaluar las repercusiones económicas, potencialmente significativas para él, de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de los reembolsos que adeudará y, por tanto, el coste total de su préstamo.

El TJUE admite que, como señala el órgano jurisdiccional remitente, en el caso de un contrato de préstamo indexado a una divisa extranjera durante un período de 40 años, el prestamista no puede prever la evolución de la carga económica que puede entrañar el mecanismo de indexación previsto en el contrato. Centra la cuestión el TJUE en el sentido de que debe apreciarse si el profesional ha observado la exigencia de transparencia contemplada en el artículo 5 de la Directiva 93/13 tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor y señala que a pesar de que los tipos de cambio evolucionen a largo plazo, ello no puede justificar la falta de mención, en las estipulaciones contractuales y en el marco de la información facilitada por el profesional en la negociación del contrato, de los criterios utilizados por el banco para fijar el tipo de cambio aplicable para el cálculo de las cuotas de reembolso, permitiendo así al consumidor determinar en cualquier momento ese tipo de cambio.

La exigencia de transparencia de la Directiva ha de entenderse en el sentido de que debe permitir al prestatario comprender aquello a lo que se compromete, en particular, las modalidades de cálculo de las mensualidades de devolución del préstamo que contrata.

Concluye el TJUE declarando que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el contenido de una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un profesional y un consumidor que fija los precios de compra y de venta de una divisa extranjera a la que se ha indexado el préstamo debe permitir a un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz comprender, sobre la base de criterios claros e inteligibles, el modo en que se fija el tipo de cambio de la divisa extranjera utilizado para calcular el importe de las cuotas de reembolso, de manera que el propio consumidor tenga la posibilidad de determinar, por sí mismo, en cualquier momento, el tipo de cambio aplicado por el profesional.

En relación con la segunda parte de la primera cuestión prejudicial y la segunda cuestión prejudicial señala con carácter previo el TJUE que, si el órgano jurisdiccional remitente constata el carácter abusivo de la cláusula de indexación controvertida en el litigio principal, le correspondería inaplicarla, de conformidad con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13. Recuerda el TJUE que una cláusula de un contrato de préstamo indexado a una divisa extranjera que estipule que las cuotas de reembolso deben efectuarse en esta divisa hace recaer, en caso de devaluación de la moneda nacional con respecto a dicha divisa, el riesgo de tipo de cambio sobre el consumidor. Observa el TJUE que la cláusula de indexación controvertida en el litigio principal, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no permite al consumidor determinar por sí mismo, en cualquier momento, el tipo de cambio aplicado por el profesional, y, por tanto, tiene carácter abusivo.

Según el TJUE, corresponderá al tribunal nacional examinar si existe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor. Manifiesta el TJUE que el órgano jurisdiccional remitente precisa que, en virtud del artículo 65 del Código Civil, le sería posible paliar la falta de transparencia de la cláusula de indexación controvertida en el litigio principal, que puede llevar a constatar su carácter abusivo, dándole una interpretación correspondiente a la voluntad común de las partes del contrato. Ante esa posibilidad, el TJUE se muestra muy taxativo y le indica que cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite que el juez nacional pueda integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula, por la consabida consecuencia de que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce la inaplicación de las cláusulas abusivas. Señala el TJUE que el ejercicio de interpretación que propugna el órgano jurisdiccional

remitente sobre la base del artículo 65 del Código Civil polaco equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de la cláusula de indexación controvertida en el litigio principal, ya que llevaría a modificar su comprensión introduciendo en ella la referencia al «valor de mercado» de la divisa extranjera. Deja claro el TJUE que únicamente si la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que representen para este una penalización, el juez nacional podría sustituir dicha cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional. Observa el TJUE que de la resolución de remisión no se desprende que la operación de interpretación considerada por el órgano jurisdiccional remitente tenga por objeto subsanar la invalidez del contrato por el hecho de que este no pueda subsistir sin la cláusula de indexación controvertida en el litigio principal. Además, sin perjuicio de las comprobaciones que efectúe el órgano jurisdiccional remitente, según el TJUE, no parece que el artículo 65 del Código Civil, que contiene una norma de interpretación de carácter general, constituya una disposición supletoria de Derecho nacional. También señala el TJUE que el principio de la ineficacia de una cláusula abusiva, tal como se establece en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no puede quedar desvirtuado por consideraciones relativas a las circunstancias en las que se celebró y ejecutó el contrato en cuestión. En esas circunstancias, el hecho de que los demandantes en el litigio principal hayan mostrado poco interés en la cláusula de indexación del contrato no puede desvirtuar el principio en virtud del cual cuando el juez nacional constate el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, le corresponde inaplicarla, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

En base a los anteriores razonamientos, concluye el TJUE que procede responder a la segunda parte de la primera cuestión prejudicial y a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 5 y 6 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, lleve a cabo la interpretación de dicha cláusula para paliar su carácter abusivo, aun cuando esa interpretación corresponda a la voluntad común de las partes contractuales.

Comentarios. La clave del asunto parece estar en el hecho de que la cláusula de indexación controvertida no indica los criterios utilizados por la entidad bancaria para establecer el tipo de cambio que aplicará a fin de calcular

las cuotas de reembolso, no permitiendo al consumidor determinar por sí mismo, en cualquier momento, el tipo de cambio aplicado por el profesional.

Si bien el TJUE indica que el tribunal nacional debe considerar la falta de transparencia como uno de los elementos a tener en cuenta en el marco de la apreciación del carácter abusivo, el propio TJUE llega a la conclusión de la naturaleza abusiva de la cláusula de indexación, sin perjuicio de las comprobaciones del tribunal nacional. De esta forma, el paso siguiente es establecer cuáles son las consecuencias de la declaración de abusividad.

Ese debate está condicionado por el hecho de que el TJUE parte de la afirmación de que «el litigio principal no se refiere ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en el sentido del artículo 4.2» (apdo. 37). Sin decirlo expresamente, el TJUE está acotando el panorama. La declaración de abusividad de una cláusula que tiene naturaleza accesoria –al no afectar al objeto principal del contrato– conlleva, en principio, la subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva y, por tanto, que no habrá lugar a la sustitución de la cláusula abusiva por disposición supletoria nacional, sino únicamente la eliminación de la eventual cláusula abusiva.

El TJUE tiene que corregir el planteamiento del tribunal nacional que no es adecuado. Así, el tribunal nacional parece pretender utilizar el artículo 65 del Código Civil polaco para buscar la interpretación común de las partes en relación con esa cláusula en el sentido de que la cláusula de indexación se refiere al valor de mercado de la divisa extranjera y, de esta manera, solventar la falta de transparencia de la cláusula. Lo que dice el artículo 65 del Código Civil polaco es simple y llanamente que «en los contratos, hay que atender a la intención común de las partes y a la finalidad perseguida, más que limitarse al sentido literal de sus términos»¹⁷⁹. El TJUE recuerda que no cabe integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, que una norma nacional que lo dispusiera así sería contraria a la Directiva 93/13 y que la cláusula declarada abusiva debe dejarse inaplicada. La sustitución de la cláusula abusiva por la disposición supletoria de Derecho nacional únicamente puede producirse cuando no cabe la subsistencia del contrato que ha de anularse en su totalidad y el consumidor queda expuesto a consecuencias perjudiciales. En el asunto enjuiciado no se da ninguna de esas circunstancias. Ni se

¹⁷⁹ El artículo 65 del Código Civil polaco se manifiesta en términos similares al artículo 1281.2 de nuestro Código Civil que dispone que «Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas».

ha constatado que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula abusiva ni tampoco el artículo 65 del Código Civil puede considerarse que contiene una disposición supletoria aplicable al caso, sino que prevé una norma de interpretación de carácter general. Además, las consideraciones relativas a si la cláusula abusiva se ha aplicado o no en la práctica serían irrelevantes. Por tanto, lo único que procede es la inaplicación de la cláusula abusiva y el juez nacional no puede llevar a cabo una interpretación de dicha cláusula, aun cuando esa interpretación corresponda a la voluntad común de las partes.

Frente a aquellos que sostienen que el TJUE está reculando en su doctrina de la no integración hemos de señalar que en la presente sentencia el Tribunal de Luxemburgo se muestra muy firme en la defensa de dicha doctrina afirmando que cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite que el juez nacional pueda integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (apdo. 68); en definitiva, una cláusula declarada abusiva debe dejarse inaplicada sin que pueda modificarse su contenido.

Caso 82. *Lombard Lízing*¹⁸⁰: Un dictamen no vinculante de un tribunal supremo de un Estado miembro, como el dictamen de la Kúria, no puede asimilarse a una disposición supletoria de Derecho nacional a los fines de sustituir a una cláusula de un contrato de préstamo considerada abusiva.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la entidad financiera húngara Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt. (en lo sucesivo, «Lombard») y el consumidor PN en relación con los efectos jurídicos de una cláusula contractual relativa al riesgo del tipo de cambio soportado por el consumidor en el caso de un contrato de crédito denominado en divisas, pero reembolsable en moneda nacional. El litigio principal es una demanda de la entidad financiera por impago de cuotas del consumidor, habiendo reconvenido este reclamando la devolución de cantidades por un enriquecimiento sin causa derivado de la falta de validez del contrato¹⁸¹.

¹⁸⁰ Asunto C-472/20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 31 marzo de 2022. Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt. contra PN. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal General de la Capital, Hungría. EU: C: 2022:242. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott a la que le fue asignado.

¹⁸¹ El 4 de diciembre de 2009, el consumidor celebró con la entidad financiera un contrato de préstamo individual de tipo variable para la compra de un vehículo que estaba denominado en francos suizos (CHF) y las cuotas mensuales debían reembolsarse en forintos húngaros (HUF) para su conversión a francos suizos. En el momento de la celebración de dicho contrato, PN firmó una declaración de conocimiento del riesgo. Esta última precisaba, por una parte, que la existencia del riesgo del tipo de

Mediante su primera cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, a falta de una norma de Derecho nacional de carácter supletorio que regule tal situación, puede garantizarse el efecto útil de sus disposiciones mediante un dictamen no vinculante emitido por el tribunal supremo del Estado miembro de que se trate en el que se indique a los tribunales inferiores el enfoque que ha de seguirse para declarar la validez de un contrato o que este ha surtido efectos entre las partes cuando dicho contrato no pueda subsistir debido al carácter abusivo de una cláusula relativa a su objeto principal.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido

cambio recaía sobre el consumidor y, por otra parte, que era imprevisible la evolución futura de la cotización de las divisas. Las cuotas mensuales se fijaban en francos suizos y posteriormente se convertían en forintos húngaros, y el diferencial de tipos de cambio, calculado en el momento de esa conversión, debía ser soportado por el prestatario. Cuando la cotización de la divisa con respecto al forinto húngaro en la fecha del vencimiento variaba en relación con el tipo de cambio de referencia fijado en el momento de la celebración del contrato, la diferencia entre los tipos de cambio vendedor y comprador corría también a cargo del prestatario. En abril de 2015, el contrato de préstamo controvertido fue objeto de regularización, mediante liquidación de cuentas, con arreglo a la Ley DH2. A raíz de esta liquidación de cuentas, la cantidad de 284.502 forintos (aproximadamente 800 euros), considerada indebidamente percibida por la entidad prestamista, se dedujo del importe debido por PN. En cambio, el tipo de interés anual, que era del 22,32 % antes de la regularización del contrato de préstamo controvertido, permaneció invariable. Dicha liquidación de cuentas se envió a PN, que no presentó ninguna reclamación. Tras un requerimiento por impago del equivalente a 342 euros no atendido por el consumidor, el contrato fue resuelto por la financiera, requiriéndole el pago del saldo pendiente de pago ascendente a una suma equivalente a aproximadamente 1.320 euros. La financiera presentó demanda a fin de que el consumidor fuese condenado al pago del importe pendiente y los intereses de demora. El consumidor reconvino solicitando la devolución del equivalente a aproximadamente 4870 euros por un enriquecimiento injusto alegando el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo controvertido por las cuales tenía que asumir en su integridad el riesgo del tipo de cambio, negando que la información sobre el riesgo del tipo de cambio fuera clara y comprensible. El órgano jurisdiccional de primera instancia examinó, en particular, las condiciones en las que un contrato como el contrato de préstamo controvertido puede ser declarado válido a la luz del dictamen emitido en junio de 2019 por el órgano consultivo de la Kúria (Tribunal Supremo). Según este dictamen, cuando se declara válido un contrato de préstamo carente de validez, se ofrecen a los órganos jurisdiccionales dos soluciones. Bien podrían declarar la validez del contrato de modo que se considere que está redactado en forintos húngaros, a un tipo de interés correspondiente al valor del tipo de interés vigente para las transacciones en forintos húngaros en la fecha de celebración del contrato, incrementado en el margen aplicado. O bien podrían declarar la validez del contrato maximizando el tipo de cambio entre la moneda extranjera y el forinto húngaro, quedando invariable el tipo de interés fijado en el contrato, hasta la fecha de conversión en forintos húngaros. El órgano jurisdiccional de primera instancia decidió que, aunque la estipulación del contrato de préstamo controvertido según la cual el riesgo del tipo de cambio debía ser asumido por el consumidor tenía carácter abusivo, dicho contrato debía considerarse válido con efectos retroactivos a la fecha de su celebración, pero denominado desde esa misma fecha en forintos húngaros. El órgano jurisdiccional de primera instancia condenó a la financiera Lombard, por enriquecimiento sin causa, a devolver el equivalente a aproximadamente 1.300 euros, que era la diferencia entre el importe total de las cuotas mensuales y lo abonado efectivamente por el consumidor. La financiera interpuso recurso y el órgano que conoció dicho recurso, al tener dudas de interpretación del Derecho de la Unión, planteó cuestión prejudicial.

de que se opone a que el juez nacional competente decida restablecer a las partes de un contrato de préstamo en la situación que les habría correspondido si dicho contrato no se hubiera celebrado debido a que una cláusula del contrato relativa a su objeto principal debe declararse abusiva en virtud de la citada Directiva.

Las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta fueron declaradas inadmisibles al no haber expuesto el órgano remitente con un grado de claridad y precisión suficientes las razones que le llevaron a plantear dichas cuestiones.

Doctrina. El TJUE recuerda que las orientaciones emanadas de los órganos jurisdiccionales superiores que contienen criterios elaborados al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, respetando la Directiva 93/13, criterios con arreglo a los cuales los órganos jurisdiccionales inferiores deban examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, no pueden, sin embargo, impedir al juez nacional competente, por una parte, garantizar la plena eficacia de la Directiva 93/13 dejando inaplicada si fuera preciso, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, aun posterior, incluida cualquier práctica judicial contraria, sin necesidad de solicitar o esperar su previa eliminación por vía legislativa o judicial o por cualquier otro procedimiento constitucional, y, por otra parte, plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. También recuerda el TJUE que tiene declarado que la Directiva 93/13, interpretada a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no se opone a que un órgano jurisdiccional superior de un Estado miembro adopte, en aras de una interpretación uniforme del Derecho, resoluciones vinculantes acerca de las condiciones de aplicación de esta Directiva, siempre que no impidan al juez competente, por un lado, asegurar la plena eficacia de las disposiciones de dicha Directiva ofreciendo al consumidor un recurso efectivo para la protección de los derechos que esa norma le pueda reconocer y, por otro, plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia en este sentido. Descendiendo al asunto enjuiciado, señala el TJUE que no puede considerarse que la existencia de un dictamen no vinculante de un tribunal supremo de un Estado miembro, que permita así a los tribunales inferiores, abocados a seguirlo, apartarse del mismo libremente, pueda asegurar el efecto útil de la Directiva 93/13, garantizando a las personas perjudicadas por la cláusula abusiva una plena protección. A ello añade que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor debe, en principio, ser anulado en su totalidad

después de que el juez nacional haya decidido suprimir una cláusula contractual abusiva, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización.

El TJUE señala que procede considerar que un dictamen no vinculante de un tribunal supremo de un Estado miembro, como el dictamen de la Kúria, no puede asimilarse a una disposición supletoria de Derecho nacional que sustituya a una cláusula de un contrato de préstamo considerada abusiva. De esta forma, el TJUE concluye que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el efecto útil de sus disposiciones no puede garantizarse, a falta de una norma de Derecho nacional de carácter supletorio que rijan tal situación, únicamente mediante un dictamen no vinculante del tribunal supremo del Estado miembro de que se trate en el que se indique a los tribunales inferiores el enfoque que ha de seguirse para declarar que un contrato es válido o ha surtido efectos entre las partes cuando dicho contrato no pueda subsistir por el carácter abusivo de una cláusula relativa a su objeto principal¹⁸².

En cuanto a la segunda cuestión, el TJUE parte de la idea de que el artículo 4.2 y el artículo 8 de la Directiva 93/13 no se oponen a una normativa nacional que permite un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que garantiza al consumidor un mayor nivel de protección que el de esta Directiva y de que la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. También señala el TJUE que tiene declarado que, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un

¹⁸² Asunto C-472/20. STJUE de 31 marzo de 2022, *Lombard Lízing*, apdos. 38 a 43.

derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva. A ello añade que si el juez nacional considera que el contrato de préstamo en cuestión en el asunto de que conoce no puede subsistir jurídicamente, con arreglo al Derecho de los contratos, tras la supresión de las cláusulas abusivas de que se trata y no existe ninguna disposición supletoria de Derecho nacional ni ninguna disposición aplicable que, en caso de acuerdo de las partes del contrato, pueda sustituir a dichas cláusulas, procede considerar que, en la medida en que el consumidor no haya expresado su deseo de mantener las cláusulas abusivas y la anulación del contrato expondría a dicho consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, el elevado nivel de protección del consumidor que debe quedar garantizado conforme a la Directiva 93/13 exige que, con el fin de restablecer el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones recíprocos de las partes, el juez nacional adopte, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación del contrato controvertido podría provocar, en particular debido a la exigibilidad inmediata del crédito del profesional frente a este. De las consideraciones anteriores deduce el Tribunal de Justicia que, si, en una situación como la controvertida en el litigio principal, habida cuenta de la naturaleza del contrato de préstamo, el juez nacional estima que no es posible restablecer a las partes en la situación que les habría correspondido si dicho contrato no se hubiera celebrado, le incumbe velar a fin de que el consumidor se encuentre, en definitiva, en la situación que le habría correspondido si la cláusula considerada abusiva no hubiera existido nunca. Así pues, en una situación como la controvertida en el litigio principal, los intereses del consumidor podrían salvaguardarse, en particular, reembolsándole las cantidades indebidamente percibidas por el prestamista sobre la base de la cláusula considerada abusiva, reembolso que obedece a un enriquecimiento sin causa. En el caso de autos, como se desprende de la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional de primera instancia recalificó el contrato de préstamo controvertido como contrato de préstamo denominado en forintos húngaros y determinó el tipo de interés aplicable, obligando a Lombard a reembolsar el importe correspondiente a tal enriquecimiento sin causa. No obstante, recuerda el TJUE que las facultades del juez no pueden ir más allá de lo estrictamente necesario para restablecer el equilibrio contractual entre las partes del contrato y proteger así al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que podría provocar la anulación del contrato de préstamo de que se trata. Por todo ello,

concluye el TJUE que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el juez nacional competente decida restablecer a las partes de un contrato de préstamo en la situación que les habría correspondido si dicho contrato no se hubiera celebrado debido a que, con arreglo a esa Directiva, procede declarar abusiva una cláusula del contrato relativa a su objeto principal, en el bien entendido de que, si tal restablecimiento resulta imposible, le incumbe velar por que el consumidor se encuentre, en definitiva, en la situación que le habría correspondido si la cláusula considerada abusiva no hubiese existido nunca ¹⁸³.

Comentarios. En el presente asunto el TJUE tiene que buscar un equilibrio entre las consecuencias de su doctrina sobre la anulación del contrato cuando no puede subsistir sin la cláusula abusiva y no existe norma supletoria nacional que la sustituya y el restablecimiento del equilibrio contractual entre las partes en la situación que les habría correspondido si la cláusula considerada abusiva no hubiese existido nunca. En ese escenario, el juez nacional se plantea la devolución al consumidor de lo abonado indebidamente como pronunciamiento que sigue a la declaración de nulidad del contrato por la naturaleza abusiva de una cláusula que define el objeto principal del mismo. Con toda lógica, el TJUE considera que ello no se opone a la Directiva 93/13. En el contrato controvertido ello es posible porque el consumidor había abonado más dinero de lo que le correspondía de forma que, liquidado el préstamo, resulta un saldo a favor del consumidor si la cláusula abusiva no se hubiera aplicado, por lo que la devolución de ese saldo al consumidor, con la anulación del contrato, restablece la situación al equilibrio buscado por la Directiva 93/13. El problema hubiera sido más complicado de resolver si el saldo hubiera representado una cantidad importante en favor del profesional. Para ese supuesto, parece que dedica el TJUE una última consideración: «[...] en el bien entendido de que, si tal restablecimiento resulta imposible, le incumbe [al juez nacional] velar por que el consumidor se encuentre, en definitiva, en la situación que le habría correspondido si la cláusula considerada abusiva no hubiese existido nunca». En esas situaciones el juez nacional tiene que encontrar una solución a la anulación del contrato que no implique la devolución del préstamo (imposible para el consumidor en la mayor parte de los casos) y que ponga al consumidor en una situación como si la cláusula abusiva no hubiera existido.

¹⁸³ *Ibid.*, apdos. 49 a 60.

Caso 83. *D. B. P.*¹⁸⁴ (*Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères*)¹⁸⁵: Si el consumidor ha sido informado sobre las consecuencias de la nulidad del contrato y ha aceptado dichas consecuencias, no procede la sustitución de la cláusula abusiva anulada por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de tres litigios instados por varios consumidores, el primero contra la entidad D. B. P. y los dos restantes contra la entidad M., habiendo solicitado los diferentes demandantes de cada litigio la nulidad de los respectivos contratos de crédito por contener cláusulas abusivas¹⁸⁶.

Mediante la primera cuestión prejudicial del asunto C-80/21 el tribunal remitente desea saber si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual el juez nacional puede declarar el carácter abusivo no de la totalidad de la cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, sino únicamente de los elementos de aquella que le confieren carácter abusivo, de modo que dicha cláusula seguirá siendo parcialmente eficaz tras la supresión de tales elementos.

En la primera cuestión prejudicial del asunto C-81/21 el tribunal remitente pretende conocer, en esencia, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual el juez nacional, tras declarar la nulidad de una

¹⁸⁴ Asuntos acumulados C-80/21 a C-82/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de septiembre de 2022. E. K., S. K. contra D. B. P. (C-80/21) y B. S., W. S. contra M. (C-81/21), y B. S.Ł. S. contra M. (C-82/21). Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Varsovia-Śródmieście, Polonia. EU: C: 2022:646. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. A. M. Collins al que le fue asignado.

¹⁸⁵ En Infocuria jurisprudencia (publicación oficial del TJUE) figura como título del presente asunto «DBP (Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères)», es decir, «DBP (Crédito hipotecario denominado en divisas extranjeras)». Con arreglo a la sistemática seguida en la presente tesis, la denominación con la que nos referiremos habitualmente a este asunto será «DBP».

¹⁸⁶ Los tres casos se refieren a contratos de crédito hipotecarios denominados en francos suizos. El importe del crédito debe desembolsarse en slotis (PLN) y para convertir a esta moneda dicho importe, el banco aplica la tasa de compra del franco suizo publicada por el propio banco. El reembolso del crédito se efectúa mediante cargo a favor del banco en la cuenta bancaria del prestatario de un importe en slotis equivalente a la cuota mensual en curso en francos suizos calculados mediante la aplicación por el banco de la tasa de venta del franco suizo publicada por el banco. En el asunto C-81/21 los consumidores celebraron con el banco un anexo al contrato que les permitía reembolsar las cuotas mensuales del crédito directamente en francos suizos. En los tres casos los consumidores reclamaron judicialmente a la respectiva entidad bancaria la restitución de cantidades que consideraban habían sido abonadas indebidamente. El tribunal remitente tiene dudas sobre los efectos de la eventual declaración de nulidad de las cláusulas controvertidas y, además, en el asunto C-82/21 tiene dudas sobre la concurrencia o no de la prescripción alegada por la entidad bancaria.

cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional que no conlleva la nulidad del contrato en su totalidad, puede sustituir dicha cláusula por una disposición de Derecho nacional supletoria.

Mediante la segunda cuestión prejudicial del asunto C-80/21 y del asunto C-81/21, el tribunal remitente desea conocer, en esencia, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual el juez nacional, tras declarar la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional que conlleva la nulidad del contrato en su totalidad, puede sustituir la cláusula anulada, bien por una interpretación de la voluntad de las partes con el fin de evitar la anulación de dicho contrato, bien por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, aun cuando el consumidor haya sido informado de las consecuencias de la nulidad del referido contrato y las haya aceptado.

Mediante la única cuestión prejudicial del asunto C-82/21 el tribunal remitente desea conocer, en esencia, si, a la luz del principio de efectividad, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional según la cual el plazo de prescripción de diez años de la acción de un consumidor para obtener la restitución de cantidades indebidamente abonadas a un profesional en virtud de una cláusula abusiva contenida en un contrato de crédito empieza a correr desde la fecha de cada prestación realizada por el consumidor, aun cuando, en esa fecha, este no estuviera en condiciones de apreciar por sí mismo el carácter abusivo de la cláusula contractual o no tuviera conocimiento del carácter abusivo de esta y sin que se tenga en cuenta la duración del reembolso establecida en el contrato, en este caso, treinta años, muy superior al plazo de prescripción legal de diez años.

Doctrina. En relación con la primera cuestión prejudicial del asunto C-80/21, señala el TJUE que de la resolución de remisión se desprende que la parte de las cláusulas de conversión que es abusiva en virtud de la jurisprudencia polaca tiene por objeto el consentimiento del banco para el desembolso y el reembolso del crédito en francos suizos. El TJUE recuerda que los artículos 6.1. y 7.1 de la Directiva 93/13 no se oponen a que el juez nacional suprima únicamente el elemento abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando las disposiciones legislativas nacionales que regulan su utilización garantizan el objetivo disuasorio que se persigue con esa Directiva, siempre que ese elemento consista en una obligación contractual diferenciada y susceptible de ser objeto de un examen individualizado de su carácter abusivo. En cambio, esos mismos artículos se oponen a que el juez

nacional suprime únicamente el elemento abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia. Señala el TJUE que nada indica que existan disposiciones nacionales que regulen la utilización de una cláusula de conversión y que contribuyan a garantizar el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13 ni que la parte abusiva de la cláusula de conversión constituya una obligación contractual tan diferenciada que la supresión de esa parte no equivalga a modificar dicha cláusula afectando a su esencia. No obstante, corresponderá al tribunal remitente comprobar si se cumplen los requisitos enunciados por la jurisprudencia citada en el apartado anterior de la presente sentencia. El TJUE concluye que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual el juez nacional puede declarar el carácter abusivo no de la totalidad de la cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, sino únicamente de los elementos de aquella que le confieren carácter abusivo, de modo que dicha cláusula seguirá siendo parcialmente eficaz tras la supresión de tales elementos, cuando esa supresión equivalga a modificar el contenido de la referida cláusula afectando a su esencia, extremo este que corresponderá comprobar al tribunal remitente ¹⁸⁷.

En relación con la primera cuestión prejudicial del asunto C-81/21, observa el TJUE que la posibilidad excepcional de sustituir una cláusula abusiva anulada por una disposición nacional de carácter supletorio está limitada a los supuestos en los que la supresión de la cláusula abusiva obligaría al juez nacional a anular el contrato en su totalidad, exponiendo al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, de tal modo que este último sería penalizado. Por ello, afirma el TJUE que cuando un contrato puede subsistir tras la supresión de las cláusulas abusivas, el juez nacional no puede sustituirlas por una disposición nacional de carácter supletorio. Así, procede a responder la cuestión declarando que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual el juez nacional, tras declarar la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional que no conlleva la nulidad del contrato en su totalidad, puede sustituir dicha cláusula por una disposición de Derecho nacional supletoria ¹⁸⁸.

En relación con la segunda cuestión prejudicial del asunto C-80/21 y del asunto C-81/21, el TJUE observa que la posibilidad de sustitución supone una

¹⁸⁷ Asuntos acumulados C-80/21 a C-82/21. STJUE de 8 de septiembre de 2022, *D. B. P.*, apdos. 61 a 64.

¹⁸⁸ *Ibid.*, apdos. 67 a 69.

excepción a la regla general según la cual el contrato en cuestión solo seguirá obligando a las partes si puede subsistir sin las cláusulas abusivas que contiene, de forma que la excepción está limitada a las disposiciones de Derecho interno de carácter supletorio o aplicables en caso de acuerdo entre las partes y se basa, en particular, en que se presume que tales disposiciones no contienen cláusulas abusivas.

Según el TJUE, de los autos no se desprende que existan disposiciones de Derecho polaco de carácter supletorio destinadas a sustituir las cláusulas abusivas suprimidas. Lo que plantea el tribunal remitente es la sustitución por disposiciones de Derecho nacional de carácter general, que no están destinadas a aplicarse específicamente a los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. El TJUE señala que se informó a los consumidores encartados en los litigios principales de las consecuencias derivadas de la anulación íntegra de los contratos de crédito que habían celebrado y aquellos las aceptaron. En estas circunstancias, habida cuenta del carácter determinante de la voluntad de los consumidores, sostiene el TJUE que no parece que se cumpla el requisito de que la anulación del contrato en su totalidad exponga a los consumidores interesados a consecuencias especialmente perjudiciales, exigido para que el juez nacional pueda sustituir la cláusula abusiva anulada por una disposición de Derecho interno de carácter supletorio. No obstante, corresponderá al tribunal remitente comprobar tal extremo. Además, el TJUE excluye la posibilidad de sustituir una cláusula abusiva anulada por una interpretación judicial. En cuanto a la posibilidad de mantener la existencia de un contrato que no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, a pesar de que el consumidor de que se trate haya aceptado su nulidad, el Tribunal de Justicia recuerda que tiene declarado, por un lado, que la Directiva 93/13 se opone a una legislación nacional que impide al juez que conoce de un asunto estimar una pretensión de anulación de un contrato basada en el carácter abusivo de una cláusula, cuando se aprecie el carácter abusivo de esa cláusula y la imposibilidad de que el contrato subsista sin ella, y, por otro lado, que esa Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, una normativa nacional que permita declarar la nulidad total de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contenga una o varias cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del consumidor. De esa jurisprudencia se desprende, según el TJUE, que un juez nacional no está facultado para modificar el contenido de una cláusula abusiva anulada con el fin de mantener la existencia de un contrato que no puede subsistir tras la supresión de dicha cláusula cuando el consumidor interesado ha sido informado de las consecuencias de la anulación del contrato y

ha aceptado las consecuencias de dicha nulidad. Concluye el TJUE que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual el juez nacional, tras declarar la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional que conlleva la nulidad del contrato en su totalidad, puede sustituir la cláusula anulada, bien por una interpretación de la voluntad de las partes con el fin de evitar la anulación de dicho contrato, bien por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, aun cuando el consumidor haya sido informado de las consecuencias de la nulidad del referido contrato y las haya aceptado ¹⁸⁹.

Con respecto a la única cuestión prejudicial del asunto C-82/21 relativa al inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria, el TJUE, después de exponer las premisas clásicas en esa materia, declara que, siempre que se establezca y conozca con antelación, un plazo de prescripción de diez años, como el controvertido en el pleito principal, cumple el principio de efectividad. Al pasar a analizar el momento del inicio del plazo, sostiene el TJUE que, dado que los contratos de crédito –como el controvertido en el litigio principal– se ejecutan por regla general durante períodos de tiempo prolongados, si el hecho que da inicio al plazo de prescripción de diez años es todo pago efectuado por el prestatario, extremo este que corresponderá comprobar al tribunal remitente, no puede excluirse que, al menos para una parte de los pagos efectuados, se produzca la prescripción incluso antes de que finalice el contrato, de modo que tal régimen de prescripción puede privar sistemáticamente a los consumidores de la posibilidad de reclamar la restitución de los pagos realizados en virtud de cláusulas que contravienen la citada Directiva.

Observa el TJUE que existe un riesgo no desdeñable de que, habida cuenta del modo en que la jurisprudencia nacional determina el inicio del plazo, el consumidor no se encuentre en condiciones de hacer valer útilmente los derechos que le confiere la Directiva 93/13, ya que el plazo de prescripción de diez años empieza a correr desde la fecha de cada prestación realizada por el consumidor interesado, aun cuando, en esa fecha, este no estuviera en condiciones de apreciar por sí mismo el carácter abusivo de la cláusula contractual o no tuviera conocimiento del carácter abusivo de esta y sin que se tenga en cuenta la duración del reembolso establecida en el contrato, en este caso treinta años, muy superior al plazo de prescripción legal de diez años. En la medida en que el plazo de prescripción de diez años empieza a correr desde la fecha de cada prestación realizada por el consumidor interesado, aun cuando, en esa fecha,

¹⁸⁹ *Ibid.*, apdos. 79 a 84.

este no estuviera en condiciones de apreciar por sí mismo el carácter abusivo de la cláusula contractual o no tuviera conocimiento del carácter abusivo de esta y sin que se tenga en cuenta la duración del reembolso establecida en el contrato, en este caso treinta años, muy superior al plazo de prescripción legal de diez años, no se puede garantizar a ese consumidor una tutela efectiva. Tal plazo hace pues excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor y vulnera, por tanto, el principio de efectividad. Por ello, concluye el TJUE que, a la luz del principio de efectividad, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional según la cual el plazo de prescripción de diez años de la acción de un consumidor para obtener la restitución de cantidades indebidamente abonadas a un profesional en virtud de una cláusula abusiva contenida en un contrato de crédito empieza a correr desde la fecha de cada prestación realizada por el consumidor, aun cuando, en esa fecha, este no estuviera en condiciones de apreciar por sí mismo el carácter abusivo de la cláusula contractual o no tuviera conocimiento del carácter abusivo de esta y sin que se tenga en cuenta la duración del reembolso establecida en el contrato, en este caso, treinta años, muy superior al plazo de prescripción legal de diez años ¹⁹⁰.

Comentarios. El TJUE viene a resumir en varios puntos su posición actual sobre el problema de la sustitución de la cláusula abusiva tras su nulidad:

1) La regla general es que el contrato siga obligando a las partes si puede subsistir sin las cláusulas abusivas. La posibilidad excepcional de sustituir una cláusula abusiva anulada por una disposición nacional de carácter supletorio está limitada a los supuestos en los que: a) la supresión de la cláusula abusiva obligaría al juez nacional a anular el contrato en su totalidad y b) ello expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que este sería penalizado.

2) La posibilidad de sustitución está limitada a las disposiciones de Derecho interno de carácter supletorio o aplicables en caso de acuerdo entre las partes y se basa en que se presume que tales disposiciones no contienen cláusulas abusivas.

3) El juez no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a esa cláusula.

¹⁹⁰ *Ibid.*, apdos. 93 a 100.

4) Las consecuencias sobre la situación del consumidor provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad deben apreciarse a la luz de las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio y, por otro lado, a efectos de tal apreciación, la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto es determinante. Sin embargo, la voluntad manifestada no puede prevalecer sobre la apreciación, que corresponde al juez, de si la aplicación de las medidas previstas por la legislación nacional pertinente permite restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva.

5) No se puede suplir las lagunas de un contrato, provocadas por la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en este, sobre la única base de disposiciones nacionales de carácter general, que no son disposiciones supletorias ni disposiciones aplicables en caso de acuerdo entre las partes del contrato. Por tanto, es función del juez nacional evaluar si las disposiciones de aplicación en sustitución de las cláusulas abusivas cumplen esos requisitos o no.

6) También es función del juez evaluar si la aplicación de las disposiciones nacionales supletorias permite restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva.

7) Cuando los consumidores son informados de las consecuencias derivadas de la anulación íntegra de los contratos de crédito (por ejemplo, la exigencia de devolución de un préstamo) y las aceptan, siendo a esos fines determinante la voluntad de los consumidores, no parece que se cumpliría el requisito de que la anulación del contrato en su totalidad exponga a los consumidores interesados a consecuencias especialmente perjudiciales, requisito exigido para que el juez nacional pueda sustituir la cláusula abusiva anulada por una disposición de Derecho interno de carácter supletorio. No obstante, corresponde al juez nacional comprobar ese extremo.

8) Si el consumidor ha sido informado sobre las consecuencias de la nulidad del contrato y ha aceptado dichas consecuencias, no procede la sustitución de la cláusula abusiva anulada por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio. Sin mencionarlo el TJUE expresamente, en el supuesto de plantearse la nulidad del contrato en su conjunto –por resultar imposible la subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva– y la posibilidad de sustituir la cláusula abusiva nula por una disposición supletoria de Derecho nacional, para poder evaluar la concurrencia del segundo requisito (que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales), el juez debería informar al consumidor sobre las consecuencias de la anulación del contrato en su conjunto y preguntarle si acepta

esas consecuencias, o más bien, si se ve expuesto o no a consecuencias especialmente perjudiciales, de forma que si el consumidor contesta que acepta las consecuencias, o dicho más claramente, que la anulación no le expone a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez no puede sustituir la cláusula abusiva por la disposición nacional supletoria, sino debe limitarse a anular el contrato en su conjunto.

Por tanto, la voluntad del consumidor no puede ser determinante a la hora de que el juez evalúe si procede o no la anulación del contrato en su conjunto al faltar las cláusulas abusivas, tampoco es determinante para evaluar si las disposiciones nacionales supletorias dejan al consumidor en la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría de no haber existido la cláusula abusiva, sino que la voluntad del consumidor es determinante una vez que el juez ha considerado que procede la anulación del contrato en su conjunto. Así, puede suceder que el consumidor manifieste su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula, otorgando un consentimiento libre e informado a esa cláusula.

También puede suceder que, informado el consumidor de que el contrato en su conjunto no puede subsistir al faltar la cláusula abusiva y que esta puede ser sustituida por una disposición nacional de carácter supletorio, el consumidor se manifieste en el sentido de que la anulación del contrato en su conjunto no le expone a consecuencias especialmente perjudiciales y, por tanto, en ese caso, no procede la sustitución de la cláusula abusiva, sino la anulación del contrato en su conjunto.

De esta forma, parece que las legislaciones procesales de los Estados miembros deberían disponer una especie de incidente procesal a fin de que el juez pueda conocer la voluntad del consumidor en las situaciones antes descritas.

En definitiva, a resultas de lo declarado por el TJUE, una vez identificada la cláusula abusiva, el juez debe evaluar si el contrato puede subsistir sin la cláusula anulada o su anulación conlleva la anulación del contrato en su conjunto. Si llega a esta última conclusión y en el caso de que aprecie que existe una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio cuya aplicación permite restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva, el juez debería dictar una resolución en virtud de la cual informe al consumidor: a) que procede la anulación del contrato en su conjunto; b) cuáles son las consecuencias derivadas de la anulación del contrato en su conjunto; c) que, a su juicio, la aplicación de una determinada disposición de Derecho nacional de carácter supletorio –identificándola– permite restablecer la situación de

hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva. En la misma resolución debería requerir al consumidor para que manifieste cuál es su voluntad sobre los siguientes extremos: a) si manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo de la cláusula (esta pregunta no sería procedente en el supuesto de que en actos procesales anteriores el consumidor ha invocado el carácter abusivo de la cláusula); b) si acepta las consecuencias derivadas de la anulación del contrato en su conjunto por no resultarle especialmente perjudiciales, o bien, la anulación del contrato en su conjunto le expone a consecuencias especialmente perjudiciales por lo que procedería la sustitución de la cláusula abusiva anulada por la disposición supletoria de Derecho nacional identificada, manteniéndose el contrato en su conjunto.

En cuanto al inicio del plazo de prescripción de la acción restitutoria, como cabía esperar, el TJUE considera que la jurisprudencia polaca vulnera el principio de efectividad ya que el plazo de diez años de prescripción comienza a correr en la fecha de cada prestación realizada por el consumidor, es decir, en el momento del pago de cada cuota del préstamo, aun cuando en esa fecha el consumidor no estuviera en condiciones de apreciar por sí mismo el carácter abusivo de la cláusula contractual o no tuviera conocimiento del carácter abusivo de esta, sin que se tenga en cuenta que el reembolso del préstamo se lleva a cabo durante un plazo de treinta años. Aunque el TJUE no lo diga expresamente, con arreglo a la postura sostenida por la jurisprudencia polaca, se deduce que las cantidades abonadas de más por los consumidores durante los primeros veinte años de la duración del préstamo –periodo durante el cual los consumidores ignorarían la naturaleza abusiva de la cláusula controvertida– no podrían quedar ser reclamadas al estar prescrita la acción restitutoria, razón por la que el TJUE considera contraria a la Directiva 93/13 la referida jurisprudencia.

Caso 84. *S*¹⁹¹ - ¹⁹²: Cuando el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva lo que procede es la exclusión de esta, siendo incompatible con la Directiva 93/13 que el juez conceda al consumidor la revisión de la cláusula

¹⁹¹ Asunto C-566/21. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 7 de diciembre de 2022. S. contra AA. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Apelación de Cluj (Rumanía). EU: C: 2022:980. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Collins al que le fue asignado.

¹⁹² Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas rumano y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo. Para la traducción de una parte del apartado «doctrina» nos ha resultado de utilidad la versión española de la sentencia Banca B.

abusiva en el sentido de que una facultad a favor del profesional de conversión en moneda nacional la divisa en que se había denominado el contrato de préstamo pueda ser revertida en favor del consumidor.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de un procedimiento judicial instado por un consumidor contra una entidad bancaria sobre el supuesto carácter abusivo de una cláusula contractual en virtud de la cual la entidad bancaria se reservaba el derecho, bajo ciertas condiciones, de convertir en moneda nacional la divisa en que se había denominado este contrato de préstamo¹⁹³.

Mediante la cuestión prejudicial el tribunal remitente desea saber, en esencia, si el artículo 6 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional que ha constatado la naturaleza abusiva de una cláusula contenida en un contrato de préstamo celebrado con un consumidor y cuya supresión no impide la subsistencia del contrato, puede modificar el alcance de esa cláusula, de manera que el derecho, previsto en beneficio exclusivo del profesional, de proceder, en determinadas condiciones, a la conversión a moneda nacional de la moneda en que se denominó este contrato, sea sustituido por una obligación de llevar a cabo dicha conversión a petición del consumidor.

Doctrina. El Tribunal de Justicia parte de la idea de que en virtud del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 corresponde al juez nacional excluir la aplicación de cláusulas abusivas de modo que no produzcan efectos vinculantes para con el consumidor, salvo que este se oponga. Sin embargo, el contrato

¹⁹³ El 25 de julio de 2008, el consumidor celebró un contrato de crédito con una entidad bancaria por un importe de 117.400 francos suizos (CHF) (aproximadamente 119.000 euros), por un plazo de 300 meses. Una de las condiciones generales del contrato disponía que, en caso de que durante la vigencia del préstamo variara el tipo de cambio de la moneda en que estaba denominado el préstamo en más del 10 % con respecto a la tasa vigente a la fecha de la firma del contrato, la entidad bancaria se reserva el derecho, pero sin obligación, de convertir unilateralmente esta moneda en moneda nacional, utilizando para este fin el tipo de cambio practicado por esta última a la fecha de la eventual conversión. El consumidor solicitó al banco que convirtiera el importe de su préstamo en lei rumanos, según el tipo de cambio aplicable el 2 de octubre de 2008, fecha en la que este tipo había aumentado un 10 % con respecto al vigente en la fecha se firmó el contrato. Ante la negativa del banco, el consumidor presentó demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Cluj-Napoca, para que se declarara abusiva la cláusula de conversión en cuestión, para obligar a la entidad bancaria –que había sucedido a la contratante originariamente– a implementar esta cláusula en beneficio del consumidor y para obtener el reembolso de las sumas indebidamente percibidas. Este tribunal desestimó la demanda del consumidor en base a que existía una decisión judicial dictada en un procedimiento anterior entre las mismas partes por lo que operaba la excepción de cosa juzgada. El Tribunal Especializado de Cluj estimó el recurso interpuesto por el consumidor, consideró el carácter abusivo de la cláusula de conversión en cuestión y ordenó a la entidad bancaria que la aplicara en beneficio del consumidor y reembolsara lo abonado de más, así como los intereses. El banco interpuso un recurso contra dicha resolución ante el tribunal remitente, el Tribunal de Apelación de Cluj, que planteó la cuestión prejudicial al tener dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión.

debe subsistir, en principio, sin más modificación que la que resulte de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, conforme a las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Por ello, cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, ese juez no puede integrar el contrato modificando el contenido de esa cláusula. Recuerda el TJUE que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. La mencionada 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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por el contrario, cuando un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia ha admitido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización. Tal sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13. En efecto, se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. El TJUE se refiere a la situación en la que el contrato no puede subsistir, señalando que en esa situación si el juez nacional no pudiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago

del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca. También recuerda el TJUE que las disposiciones de la Directiva 93/13 se oponen a que una cláusula declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia¹⁹⁴.

Descendiendo al asunto controvertido, observa el TJUE que una revisión por el juez nacional del contenido de la cláusula de conversión en cuestión, en cuanto que prevé la facultad para la entidad bancaria de convertir en moneda nacional la divisa en la que estaba denominado el contrato, de tal forma que esta opción, que puede ejercitar en su único beneficio el profesional, se transformaría en una obligación de la entidad bancaria de realizar tal conversión si el consumidor así lo solicita, constituiría una modificación sustancial de esta cláusula. Resulta de la petición de decisión prejudicial que la nulidad de dicha cláusula por la declaración de su carácter abusivo no impediría la subsistencia del contrato. Se desprende que tal revisión no sería compatible con el objetivo a largo plazo contemplado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13, que es hacer cesar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores por un profesional. La mera supresión de la cláusula de conversión de que se trate no reportaría ningún beneficio o ventaja económica al consumidor en relación con su situación contractual anterior a la presentación de su solicitud de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula. Recuerda el TJUE que el objetivo de la Directiva 93/13 es proteger a los consumidores frente a las cláusulas abusivas y señala que la supresión de la cláusula de conversión en cuestión podría disuadir al profesional de insertar dicha cláusula en un futuro contrato con un consumidor, lo que es coherente con el objetivo a largo plazo mencionado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13. Por el contrario, la Directiva 93/13 no prevé que el consumidor pueda beneficiarse de una ventaja que vaya más allá de dicha protección. Así, en una situación como la del litigio principal, en la que el contrato puede subsistir sin la cláusula de conversión de que se trata, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no permite que un juez nacional modifique el contenido de esta cláusula por el simple hecho de que la supresión de dicha cláusula no reportaría ningún beneficio económico al consumidor. En efecto, la competencia del órgano jurisdiccional nacional no puede ir más allá de sustituir, con carácter excepcional,

¹⁹⁴ C-566/21. Auto del TJUE de 7 de diciembre de 2022, S, apdos. 15 a 22.

la cláusula considerada abusiva por la norma nacional supletoria en vista del perjuicio importante para el consumidor como consecuencia de la anulación del contrato en su conjunto.

Concluye el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, que ha declarado el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato de préstamo celebrado entre un profesional y un consumidor y cuya supresión no impide la subsistencia del contrato, modifique el alcance de esta cláusula, de manera que la facultad, prevista en beneficio exclusivo del profesional, de proceder en determinadas condiciones, a la conversión en moneda nacional de la divisa en que estaba denominado este contrato, sea sustituida por una obligación de proceder a dicha conversión a petición del consumidor ¹⁹⁵.

Comentarios. El TJUE deja constancia de que cuando el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva no cabe la revisión de la cláusula, sino que procede únicamente la subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva. Por eso, en el asunto controvertido no cabe que el consumidor quiera revertir la situación ilícita a su favor. Es decir, no es compatible con la Directiva 93/13 que el juez esté obligado a conceder al consumidor, cuando así lo solicite, la conversión a moneda nacional del contrato de préstamo denominado en francos suizos por el hecho de que en dicho contrato exista una cláusula abusiva que atribuye al profesional la facultad de realizar dicha conversión. En el caso de autos lo único que procede es la simple eliminación de la cláusula abusiva, lo que no va a reportar beneficios para el consumidor concernido, pero la Directiva 93/13 no tiene ese cometido, sino proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas para lo que prevé la exclusión de la cláusula abusiva pura y simplemente si el contrato puede subsistir sin ella. No obstante, el beneficio para el consumidor se contempla en un sentido genérico, en la medida en que el profesional se ve disuadido de incluir esa cláusula en sus contratos e, incluso, en buena lógica, los restantes profesionales operando en el mismo campo deberían actuar de la misma forma con lo que se contribuiría al objetivo a largo plazo del artículo 7.1 de la Directiva 93/13. En cualquier caso, este planteamiento presentado por el TJUE, a nuestro modo de ver, para ser realmente efectivo debería completarse con la existencia de registros nacionales de cláusulas abusivas y, además, con medidas sancionatorias para los profesionales que, una vez declarada la naturaleza abusiva de una cláusula,

¹⁹⁵ *Ibid.*, apdos. 23 a 30.

siguieran manteniendo el uso de estas, desnaturalizando así el contenido del artículo 7.1. de la Directiva 93/13.

Este auto nos ayuda, por un lado, a conocer el propósito de la Directiva 93/13, que es la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, de forma que en determinadas ocasiones esa protección no tiene por qué reportar un beneficio efectivo al consumidor concernido.

Por otro lado, nos orienta, una vez más, a fin de comprender la mecánica seguida por el TJUE para conocer los efectos de la identificación de la cláusula abusiva. Primero, comprobar si el contrato puede subsistir o no sin la cláusula abusiva. En caso de que pueda persistir, entonces, como regla general, no hay lugar a ninguna otra discusión: se elimina la cláusula y se mantiene el contrato. Como sucede en el asunto comentado, no cabe que el consumidor solicite que lo previsto por la cláusula en favor del profesional se disponga en su beneficio, sino que la cláusula abusiva desaparece. La conclusión del TJUE es totalmente acertada, a nuestro modo de ver, puesto que cumple con lo previsto por el artículo 6.1 de la Directiva 93/13.

Caso 85. *GUPFINGER Einrichtungsstudio*¹⁹⁶⁻¹⁹⁷: En un supuesto de indemnización en favor del profesional por resolución sin causa justificada del contrato de venta por parte del consumidor, previendo la cláusula controvertida la posibilidad de elección a instancia del profesional entre una indemnización equivalente al veinte por ciento del valor del contrato o bien por el perjuicio efectivamente causado y en el caso de considerarse abusiva por el juez nacional la cláusula penal que prevé esa situación, no puede aplicarse la disposición supletoria del Derecho nacional –coincidente con la segunda opción de que disfruta el profesional–, salvo que el contrato de venta no pueda subsistir sin la cláusula penal, siendo irrelevante que la eliminación de la cláusula de indemnización abusiva tenga el efecto de liberar al consumidor de cualquier obligación de indemnizar.

Hechos. Esta petición se presentó en el marco de un procedimiento iniciado por la entidad Gupfinger Einrichsstudio contra un consumidor en

¹⁹⁶ Asunto C-625/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de diciembre de 2023. VB contra GUPFINGER Einrichtungsstudio GmbH. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo de Austria. EU: C: 2022:971. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Collins al que le fue asignado.

¹⁹⁷ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado hasta ahora esta sentencia son las correspondientes a los idiomas alemán y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

reclamación de una indemnización por la resolución de un contrato de venta de una cocina ¹⁹⁸.

El TJUE examinó conjuntamente las cuestiones planteadas considerando que el Tribunal Supremo austríaco quería saber, en esencia, si el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando una cláusula de indemnización en un contrato de compraventa ha sido declarado abusiva y, en consecuencia, nula, pudiendo no obstante subsistir dicho contrato sin esta cláusula, se oponen a que el vendedor profesional que impuso dicha cláusula pueda reclamar, en el marco de una reclamación de indemnización fundada exclusivamente en una disposición supletoria del Derecho nacional de las obligaciones, la indemnización de los daños previstos en esta disposición, que hubiera sido aplicable en ausencia de dicha cláusula.

¹⁹⁸ El 12 de noviembre de 2017, Gupfinger vendió una cocina equipada a VB por 10.924,70 euros. El contrato de compraventa se basó en las condiciones generales de Gupfinger, cuyo punto V preveía que, en caso de que el cliente rescinda el contrato o solicite su resolución sin tener derecho a hacerlo, la empresa puede exigir la ejecución del contrato o bien aceptar su resolución y que, en este último caso, el comprador está obligado a pagar una indemnización a Gupfinger, cuyo importe, a elección de este último, se fija a tanto alzado en el 20 % del precio de venta, o bien en el valor del daño efectivamente sufrido (en adelante, la «cláusula controvertida»). El 28 de noviembre de 2017, VB rescindió el contrato de compraventa al no poder comprar la vivienda a la que estaba destinada la cocina. El 14 de mayo de 2018, Gupfinger interpuso una acción para que se condene a VB al pago de 5.270,60 euros, en concepto de daños contractuales, correspondientes al lucro cesante sufrido. Esta solicitud no se basó en los términos del contrato de venta, sino en las disposiciones de la ABGB. VB invocó el carácter abusivo de la cláusula controvertida. Para ello se basó en que prevé, en caso de resolución ilícita del contrato, que el vendedor tiene la facultad de solicitar una indemnización por los daños sufridos o una indemnización a tanto alzado equivalente al 20 % del precio de venta. El tribunal de primera instancia declaró que la cláusula controvertida era abusiva, pero se negó a ordenar su anulación por considerar que habría sido perjudicial para VB. En efecto, la anulación de la cláusula controvertida habría obligado a VB a indemnizar a Gupfinger, de conformidad con la ABGB, hasta el importe, no de la indemnización contractual del 20 % del precio de venta, sino de la totalidad del daño causado, es decir, un valor que representa casi la mitad de este precio de venta. En consecuencia, dicho juzgado condenó a VB al pago de la cantidad de 2.184,94 euros, equivalente al 20 % del precio de venta. El tribunal de apelación revocó dicha decisión y condenó a VB al pago de una indemnización por todos los perjuicios, basándose en que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no prohíbe a un tribunal nacional, después de haber pronunciado la anulación de una cláusula abusiva, sustituirla por una disposición supletoria de la legislación nacional, de conformidad con los principios del derecho contractual. VB interpuso un recurso de revisión contra esa decisión ante el Tribunal Supremo austríaco (órgano jurisdiccional remitente). Dicho órgano jurisdiccional precisa que de su propia jurisprudencia se desprende que debe calificarse de abusiva una cláusula que prevé, en beneficio de un vendedor profesional, una compensación fija por cancelación igual al 20 % del precio de venta. Además, en virtud del artículo 921 de la ABGB, la parte que sufre un daño como consecuencia del incumplimiento culposo del contrato tiene derecho a una indemnización total por el daño resultante. Así, conforme a esta disposición de la ABGB, la anulación de la cláusula abusiva supondría la exclusión de la limitación de la responsabilidad de VB a la compensación fija del 20 % del precio de venta. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si tal solución es compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación de la Directiva 93/13. Dadas las dudas del Tribunal Supremo acerca de la interpretación del Derecho de la Unión, plantea la cuestión prejudicial.

Doctrina. Con carácter previo, interesa observar que la Comisión Europea sostuvo que las respuestas a las cuestiones planteadas no eran necesarias para la solución del litigio principal. El TJUE rechazó la inadmisibilidad alegando que de los autos se desprende que la cláusula controvertida figura en el contrato de compraventa controvertido en el litigio principal y, además, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la interpretación correcta del artículo 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Así mismo, argumentó el TJUE que de los autos se desprende que el consumidor invocó ante los órganos jurisdiccionales nacionales el motivo basado en el carácter abusivo de la cláusula controvertida que figura en el contrato de compraventa de que se trata. Al respecto concluye el TJUE que, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente está llamado a determinar la repercusión de una cláusula abusiva relativa a la responsabilidad civil de un consumidor, impuesta a dicho consumidor por el vendedor, en la acción de este último que solicita la reparación del daño, no puede considerarse que las cuestiones planteadas carezcan de pertinencia manifiesta a efectos de la resolución del litigio principal.

En relación con el fondo del asunto, el TJUE comienza aludiendo a la clásica premisa de que la posibilidad excepcional de sustituir una cláusula abusiva anulada por una disposición nacional de carácter supletorio se limita a los casos en que la supresión de dicha cláusula abusiva obligaría al juez nacional a invalidar el contrato en cuestión en su totalidad, exponiendo así al consumidor a consecuencias especialmente lesivas, de modo que este último sería sancionado. Llevada a sus últimas consecuencias esta única premisa, en nuestra opinión, contestaría la cuestión planteada. En cualquier caso, el TJUE, lógicamente va desarrollando sus argumentos. Así, afirma que cuando un contrato puede permanecer en vigor tras la supresión de las cláusulas abusivas, el órgano jurisdiccional remitente no puede sustituir dichas cláusulas por una disposición nacional de carácter supletorio y ello tiene como consecuencia, en particular, que un comerciante que haya impuesto a un consumidor una cláusula declarada abusiva y, por tanto, nula, por el juez nacional, cuando el contrato puede subsistir sin dicha cláusula, no puede reclamar la indemnización prevista por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio que habría sido aplicable en ausencia de dicha cláusula. Descendiendo al caso objeto de examen, señala el TJUE que de la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que la cláusula controvertida prevé, en caso de resolución ilícita del contrato por parte del comprador, dejar al vendedor la posibilidad de elegir entre una indemnización fija igual al 20 % del precio de venta o la reparación integral del daño causado por esta denuncia ilegítima. Según el tribunal remitente, la primera

rama de esta alternativa constituye el elemento abusivo de la cláusula impugnada, la segunda rama refleja lo dispuesto en el artículo 921 de la ABGB (Código Civil General austríaco). El TJUE deja ya calificada la cláusula controvertida como abusiva en su conjunto, sin perjuicio de las apreciaciones que correspondan al órgano jurisdiccional remitente. Justifica su calificación el Tribunal de Justicia en el hecho de que tal cláusula crea un importante desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, en la medida en que concede al vendedor profesional una elección que, en caso de resolución del contrato imputable a su cocontratante, le permite obtener la compensación correspondiente a su pérdida si es superior al 20 % del valor del contrato o al 20 % de este valor si su pérdida real es inferior. El mecanismo de tal cláusula es abusivo por la facultad reservada al profesional y que le permite reclamar una indemnización que puede exceder su pérdida real. Por consiguiente, la cláusula es indivisible y debe anularse en su totalidad, careciendo de pertinencia que una de las ramas de la alternativa que prevé corresponda a una disposición supletoria de Derecho nacional relativa a la indemnización de los daños resultantes de la resolución ilícita de un contrato, con independencia de que se presuma que esta disposición establece un equilibrio entre todos los derechos y obligaciones de las partes del contrato y, por tanto, queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 en virtud del artículo 1 de la misma, apartado 2. También es irrelevante que la otra parte de dicha alternativa pueda constituir en sí misma una cláusula abusiva¹⁹⁹.

A continuación, se detiene el TJUE en la circunstancia relativa a que pueda o no subsistir el contrato tras la supresión de la cláusula controvertida, lo que corresponde valorar al juez nacional, de forma que si puede persistir el contrato, este no puede sustituir la cláusula controvertida por una disposición nacional de carácter supletorio, estando el profesional imposibilitado de invocar la indemnización prevista por una disposición de Derecho nacional con carácter supletorio, ya que esta posibilidad se limita a supuestos en los que la anulación de dicha cláusula abusiva supondría la nulidad de la del contrato, lo que expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, de forma que este sería penalizado²⁰⁰.

Para finalizar su desarrollo argumental el TJUE, aludiendo a *Dexia Nederland*²⁰¹, señala que es irrelevante que la cancelación de la cláusula de indemnización abusiva tenga el efecto de liberar al consumidor de cualquier

¹⁹⁹ *Ibid.*, apdos. 29 a 34.

²⁰⁰ *Ibid.*, apdos. 35 a 38.

²⁰¹ Asuntos acumulados C-229/19 y C-289/19 STJUE de 27 de enero de 2021, *Dexia Nederland*.

obligación de indemnizar. Así, cuando un contrato contiene una cláusula de indemnización, la imposibilidad de sustituirla por una disposición supletoria de Derecho nacional pretende garantizar la consecución del objetivo a largo plazo del artículo 7 de la Directiva 93/13, que es poner fin al uso de cláusulas abusivas, manteniendo el efecto disuasorio de su pura y simple no aplicación. De forma que la naturaleza y el alcance del interés público en el que se basa la protección otorgada a los consumidores, en virtud de la cual la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a proporcionar medios adecuados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas justifica tal consecuencia. Por tanto, un profesional que haya trastornado el equilibrio contractual al imponer una cláusula abusiva no puede valerse de este equilibrio para sustraerse a las consecuencias de la invalidación de esta cláusula. A ello añade el TJUE que carece de pertinencia que el profesional que ha impuesto una cláusula de indemnización abusiva base su acción de indemnización en una disposición complementaria del Derecho nacional, y no en la parte de dicha cláusula que corresponde a dicha disposición. La aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 no puede depender de las opciones procesales de dicho profesional.

Concluye el TJUE estableciendo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar en primer lugar las circunstancias específicas del asunto de conformidad con los apartados 33 y 35 de la sentencia –se refiere a la naturaleza abusiva de la cláusula controvertida y la subsistencia o no del contrato tras su anulación– y que el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando una cláusula indemnizatoria de un contrato de venta ha sido declarada abusiva y, por tanto, nula, pudiendo no obstante subsistir dicho contrato sin esta cláusula, se oponen a que el vendedor profesional que impuso dicha cláusula pueda reclamar, en el marco de una demanda de solicitud de indemnización basada exclusivamente en una disposición supletoria del Derecho nacional de obligaciones, la indemnización de su perjuicio según lo previsto en esta disposición, que habría sido aplicable en ausencia de dicha cláusula.

Comentarios. De entrada, sorprende la actitud de la Comisión al considerar inadmisibles las preguntas planteadas. Es evidente la complejidad de la temática cuestionada, pero, de entrada, como vigilante del cumplimiento del Derecho de la Unión, no parecía la postura más adecuada y el TJUE con buen criterio desestimó la petición de la Comisión. El TJUE rechazó la petición de inadmisibilidad habida cuenta de que en el pleito principal el consumidor alegó la naturaleza abusiva de la cláusula abusiva. Estando involucrada una cláusula

abusiva con los efectos que ello conlleva parece poco afortunado sostener la inadmisibilidad de la cuestión. En cuanto al fondo, es interesante observar que el TJUE procede a calificar la cláusula controvertida como abusiva –labor tradicionalmente atribuida al juez nacional–, aunque matice que ello sin perjuicio de las apreciaciones que correspondan al tribunal remitente. También es reseñable el análisis que hace el TJUE al diferenciar dos ramas dentro de la misma cláusula, siendo irrelevante que la segunda rama coincida con una norma de Derecho nacional, no siendo de aplicación el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 porque la cláusula tiene que evaluarse en su conjunto. Tiene razón el TJUE porque el desequilibrio importante viene motivado, entre otras razones, por el privilegio que tiene el profesional al poder elegir entre las dos opciones que le confiere la cláusula²⁰². Si se descompusiera la cláusula, quedaría desnaturalizado su examen. En el mecanismo seguido por el TJUE, una vez proclamada la naturaleza abusiva de la cláusula, el siguiente paso se refiere a la circunstancia relativa a que el contrato pueda o no subsistir sin la cláusula abusiva, ya que, si puede subsistir, no entra en juego la disposición supletoria. El TJUE pasa de puntillas²⁰³ por la segunda premisa que tradicionalmente requiere para que opere la sustitución de la cláusula abusiva por la norma nacional supletoria consistente en que la anulación del contrato traiga consecuencias perjudiciales de calado para el consumidor. Es evidente que considerándose la necesidad de estos efectos perjudiciales para el consumidor como un segundo requisito a satisfacer para que pueda proceder la sustitución de la cláusula abusiva por norma nacional supletoria, en el asunto principal tampoco se cumpliría porque la anulación del contrato de venta de la cocina no puede acarrear consecuencias perjudiciales al consumidor que no desea la cocina contratada porque no ha adquirido la vivienda para la que estaba destinada la cocina. A todo lo dicho anteriormente, el TJUE añade una circunstancia significativa: es irrelevante que al suprimirse la cláusula abusiva y mantenerse el contrato, el incumplimiento del consumidor queda sin sanción. La postura adoptada por el TJUE en esta sentencia tiene su razón de ser en la finalidad disuasoria que el propio TJUE ha

²⁰² Ello tiene cierta analogía con el privilegio que se le da al profesional en las escrituras públicas de préstamo hipotecario que se celebran en nuestro país en las que se prevé que en caso de impago y resolución contractual es el profesional el que elige entre acudir al procedimiento de ejecución extrajudicial o a los procedimientos que se tramitan judicialmente (procedimiento de ejecución hipotecaria, procedimiento ejecutivo).

²⁰³ Con arreglo a nuestra traducción, dice el TJUE: «En efecto, la posibilidad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional se limita, como se desprende de reiterada jurisprudencia recordada en el apartado 29 de la presente sentencia, a supuestos en los que la anulación de dicha cláusula abusiva supondría la nulidad del contrato, lo que expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, de forma que este sería penalizado» (apdo. 38).

atribuido al artículo 7.1 en relación con el artículo 6.1, ambos de la Directiva 93/13 y que fundamenta la llamada doctrina de la no integración²⁰⁴. La conclusión más importante del TJUE es la clarificación del mecanismo en el supuesto de que la cláusula controvertida contiene como parte de esta una norma supletoria, que, además, sería de aplicación en caso de que no se hubiera incluido en el contrato la cláusula controvertida. A la vista de esta peculiar situación, el TJUE deja muy claro que la cláusula abusiva ha de evaluarse conjuntamente y que si el juez nacional considera que es abusiva debe ser eliminada de forma que si el contrato subsiste sin la cláusula abusiva no hay lugar a su sustitución por norma supletoria de Derecho nacional, sino a su pura y simple eliminación, aunque ello conlleve que el consumidor no reciba sanción alguna.

Esta resolución ejemplifica el camino todavía pendiente por recorrer en materia de cláusulas abusivas. No solo por la desnortada petición de la Comisión Europea relativa a la inadmisibilidad de la cuestión, sino también por los avatares procesales (estimación parcial de la demanda del profesional en primera instancia, estimación íntegra en segunda instancia y planteamiento de cuestión por el Tribunal Supremo austriaco que, teniendo en cuenta la sentencia *Dexia Nederland*, vislumbraba como solución al conflicto la anulación de la cláusula abusiva sin que hubiera lugar a indemnización a cargo del consumidor, resultado por el que se decanta el TJUE en su resolución).

Caso 86. *D. V. (Honoraires d'avocat- Principe de tarif horaire)*^{205 - 206}: Falta de transparencia de la cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos que fija el precio de los servicios según el principio de tarifa por

²⁰⁴ En términos castizos, el supuesto analizado por la resolución comentada podría definirse mediante el refrán «la avaricia rompe el saco», cuyo significado según el Instituto Cervantes sería «el ansia por conseguir algo desmesurado frustra la obtención de una ganancia aceptable».

Fuente: <https://cvc.cervantes.es/lengua/refranero/ficha.aspx?Par=58835&Lng=0>.

En el contrato controvertido el profesional, a fin de tratar de obtener una mayor ganancia, no se contenta con establecer la penalización prevista por la norma nacional (el perjuicio efectivamente causado) o bien una penalización moderada, sino que, a través de la imposición de la cláusula controvertida, se otorga la facultad de elegir entre dos opciones, una de las cuales, el pago del veinte por ciento del valor del contrato es considerada por sí misma como potencialmente abusiva por parte del TJUE (apdo. 34). Probablemente, para esta valoración el TJUE tiene en cuenta el hecho de que la penalización operaría con independencia del momento en que se produce la resolución contractual a instancia del consumidor que en este caso acaeció a los dieciséis días naturales de la celebración del contrato.

²⁰⁵ Asunto C-395/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de enero de 2023. *D. V. contra M. A.*; petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania. EU: C: 2023:14 El asunto fue juzgado oídas las conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar.

²⁰⁶ En Infocuria jurisprudencia (publicación oficial del TJUE) figura como título del presente asunto «D.V. (Honoraires d'avocat- Principe de tarif horaire)», es decir, «D.V. (Honorarios de abogado-principio de tarifa horaria)». Con arreglo a la sistemática seguida en la presente tesis, la denominación con la que nos referiremos habitualmente a este asunto será «D.V.».

hora sin otras indicaciones necesarias, lo que podría tener como efecto, eventualmente, que el profesional no perciba remuneración alguna por sus servicios en función de las diferentes prevenciones establecidas por el Derecho nacional.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de un procedimiento judicial de reclamación de honorarios por parte de una abogada a un consumidor por la prestación de servicios jurídicos²⁰⁷.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, una cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado entre un abogado y un consumidor,

²⁰⁷ El consumidor celebró, durante el período comprendido entre el 11 de abril y el 29 de agosto de 2018, cinco contratos de prestación de servicios jurídicos a título oneroso con la abogada D. V., en su condición de abogada, a saber, el 11 de abril de 2018, dos contratos en asuntos civiles relativos, respectivamente, a la copropiedad de bienes y a la residencia de hijos menores, las modalidades de comunicación y la fijación de pensiones alimenticias, el 12 de abril y el 8 de mayo de 2018, dos contratos relativos a la representación del consumidor ante la comisaría de policía y ante la Fiscalía de Distrito de Kaunas (Lituania), y, el 29 de agosto de 2018, un contrato para la defensa de los intereses del consumidor en el marco de un procedimiento de divorcio. A tenor de la cláusula 1 de cada uno de esos contratos, la abogada se comprometía a prestar asesoramiento jurídico verbalmente o por escrito, a preparar borradores de documentos jurídicos, a efectuar el análisis jurídico de los documentos y a representar al cliente ante diversas entidades, realizando los actos correspondientes. En cada uno de esos contratos, los honorarios se fijaban en un importe de 100 euros «por cada hora de consulta o de prestación de servicios jurídicos proporcionada al cliente». Los contratos estipulaban que «una parte de los honorarios indicados [...] será pagadera inmediatamente, a la presentación por el abogado de una factura por servicios jurídicos, habida cuenta de las horas de consulta o de prestación de servicios jurídicos efectuadas». El consumidor abonó anticipos sobre honorarios por un importe total de 5.600 euros. Una vez prestados los servicios jurídicos, la abogada emitió las facturas correspondientes. Al no haber recibido la totalidad de los honorarios reclamados, en abril de 2019, la abogada interpuso ante el Tribunal Comarcal de Kaunas una demanda por la que solicitaba que se condenara al consumidor al pago de 9.900 euros en concepto de prestaciones jurídicas realizadas y de 194,30 euros en concepto de gastos soportados en el marco de la ejecución de los contratos, incrementados con intereses anuales que ascendían al 5 % de las cantidades adeudadas, calculados a partir de la fecha de interposición de la demanda y hasta la ejecución de la sentencia. En marzo de 2020 ese tribunal estimó parcialmente la demanda. Consideró que, en virtud de los contratos celebrados, se habían prestado servicios jurídicos por un importe total de 12.900 euros. No obstante, declaró que las cláusulas relativas al precio del conjunto de los cinco contratos eran abusivas y redujo en la mitad los honorarios reclamados, fijándolos en 6.450 euros. Por consiguiente, el Tribunal Comarcal de Kaunas condenó al consumidor al pago de un importe de 1.044,33 euros, teniendo en cuenta el importe ya abonado y los intereses. La abogada interpuso recurso contra esa decisión ante el Tribunal Regional de Kaunas, que fue desestimado mediante auto. Posteriormente, la abogada interpuso recurso de casación contra dicho auto ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania, que es el órgano jurisdiccional remitente, que tenía dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión. El órgano remitente informó al TJUE que la legislación lituana garantiza un mayor nivel de protección que el proporcionado por la Directiva 93/13, en la medida en que la falta de transparencia de una cláusula contractual basta para que sea declarada abusiva, sin que deba ser examinada a la luz del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 y se pregunta, entre otros extremos, sobre los efectos que el Derecho de la Unión atribuye a la declaración del carácter abusivo de una cláusula.

que no ha sido objeto de negociación individual, que fija el precio de los servicios prestados según el principio de la tarifa por hora.

Mediante las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, examinadas conjuntamente por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que responde a la exigencia de redacción clara y comprensible, en el sentido de esta disposición, una cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado entre un abogado y un consumidor que fija el precio de esos servicios según el principio de la tarifa por hora, sin incluir más precisiones o informaciones distintas del precio por hora aplicado. En caso de respuesta negativa, el órgano jurisdiccional remitente pregunta qué información se debe comunicar al consumidor en el supuesto de que resulte imposible prever el número efectivo de horas necesarias para prestar los servicios objeto del contrato y si la falta de tal información en el marco de la relación precontractual puede compensarse durante la ejecución de dicho contrato.

Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado entre un abogado y un consumidor que establece el precio de esos servicios según el principio de la tarifa por hora, y que, por tanto, forma parte del objeto principal de ese contrato, debe considerarse abusiva por el mero hecho de que no cumple el requisito de transparencia establecido en el artículo 4, apartado 2, de esa Directiva.

Doctrina. Parte el TJUE de que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13, por lo que esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta. Por otra parte, la expresión «objeto principal del contrato», que figura en dicha disposición, normalmente debe ser objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate. Recuerda el TJUE que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato». Pasando a analizar la cláusula controvertida, observa el TJUE que la cláusula relativa al precio se refiere a la retribución de los servicios jurídicos, que se basa en una

tarifa por hora y que una cláusula de esa índole, que determina la obligación del mandante de pagar los honorarios del abogado e indica la tarifa de estos, forma parte de las cláusulas que definen la esencia misma de la relación contractual, relación que se caracteriza precisamente por la prestación remunerada de servicios jurídicos. El TJUE declara sin ambages que esa cláusula está comprendida en el «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13. A ello añade que su apreciación puede, además, referirse a «la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios [...] que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», en el sentido de esa disposición. Según el TJUE, esa interpretación es válida con independencia de que no haya sido negociada individualmente, hecho mencionado por el órgano remitente. En definitiva, cuando una cláusula contractual forma parte de las que definen la esencia misma de la relación contractual, puede suceder que haya sido objeto de una negociación individual o que no lo haya sido. Finalmente concluye el TJUE que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esta disposición una cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado entre un abogado y un consumidor que fija el precio de los servicios prestados según el principio de la tarifa por hora²⁰⁸.

Con respecto a las preguntas segunda y tercera el TJUE comienza por recordar que la exigencia de transparencia no puede reducirse al plano formal y gramatical sino que debe interpretarse de manera extensiva, entendiéndose como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Por consiguiente, el juez nacional debe examinar si una cláusula como la controvertida en el litigio principal es «clara y comprensible», en el sentido de la Directiva 93/13, a la luz de todos los elementos de hecho pertinentes, incumbiéndole más concretamente comprobar, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, si se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar las consecuencias financieras de este. En cuanto al momento en que dichos elementos deben ponerse en conocimiento del consumidor, recuerda el TJUE que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración del contrato, de información

²⁰⁸ Asunto C-395/21. STJUE de 12 de enero de 2023. D. V., apdos. 30 a 34.

sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, de forma que el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. Analizando el asunto controvertido, observa el TJUE que, como precisa el órgano jurisdiccional remitente, la cláusula relativa al precio se limita a indicar que los honorarios que debe percibir el profesional ascienden a 100 euros por cada hora de servicios jurídicos prestados. A falta de cualquier otra información aportada por el profesional, tal forma de cálculo del precio no permite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar las consecuencias económicas que se derivan de dicha cláusula, es decir, el importe total que debe pagarse por esos servicios. Contrapone el TJUE el hecho de que, habida cuenta de la naturaleza de los servicios que son objeto de un contrato de prestación de servicios jurídicos, es a menudo difícil, incluso imposible, para el profesional prever, desde la celebración del contrato, el número exacto de horas necesarias para prestar tales servicios y, en consecuencia, el coste total efectivo de estos. Sin embargo, recuerda el TJUE que la observancia por parte de un profesional de la exigencia de transparencia contemplada en el artículo 4, apartado 2, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe apreciarse tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor y que, si bien no puede exigirse a un profesional que informe al consumidor sobre las consecuencias económicas finales de su contratación, que dependen de acontecimientos futuros, imprevisibles e independientes de la voluntad de ese profesional, no es menos cierto que la información que está obligado a comunicar antes de la celebración del contrato debe permitir al consumidor tomar su decisión con prudencia y con pleno conocimiento, por una parte, de la posibilidad de que se produzcan tales acontecimientos, y por otra parte, de las consecuencias que estos pueden acarrear en cuanto a la duración de la prestación de servicios jurídicos de que se trate.

Desarrolla esa idea el TJUE argumentando que esa información, que puede variar en función, por un lado, del objeto y de la naturaleza de las prestaciones previstas en el contrato de servicios jurídicos y, por otro, de las normas profesionales y deontológicas aplicables, debe incluir indicaciones que permitan al consumidor apreciar el coste total aproximado de esos servicios. Se trataría de una estimación del número previsible o mínimo de horas necesarias para prestar un determinado servicio o de un compromiso de enviar, a intervalos razonables, facturas o informes periódicos que indiquen el número de horas de trabajo realizadas. Indica el TJUE que corresponde al juez nacional evaluar, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes que rodean la

celebración de dicho contrato, si la información comunicada por el profesional antes de la celebración del contrato permitió al consumidor tomar su decisión con prudencia y con pleno conocimiento de las consecuencias económicas que entrañaba la celebración de dicho contrato. Concluye el TJUE que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no responde a la exigencia de redacción clara y comprensible, en el sentido de esta disposición, una cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado entre un abogado y un consumidor que fija el precio de esos servicios según el principio de la tarifa por hora sin que se comunique al consumidor, antes de la celebración del contrato, la información que le permita tomar su decisión con prudencia y con pleno conocimiento de las consecuencias económicas que entraña la celebración de ese contrato²⁰⁹.

En cuanto a la pregunta cuarta, el TJUE comienza dejando constancia del mecanismo para la evaluación de la naturaleza abusiva de una cláusula. Así, con carácter previo, la transparencia de una cláusula contractual es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, apreciación que corresponde al juez nacional en virtud del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva. A ello añade el TJUE que, en el marco de esta apreciación, incumbe al juez nacional evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio, en primer lugar, el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor, en el sentido de esta última disposición. También recuerda que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales tiene el mismo alcance en virtud del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y en virtud del artículo 5 de esta. De esta forma, no procede tratar de forma diferente las consecuencias de la falta de transparencia de una cláusula contractual en función de si se refiere al objeto principal del contrato o a otro aspecto de este. El TJUE centra el problema de esta pregunta señalando que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor se basa, en principio, en una evaluación global que no tiene en cuenta únicamente la eventual falta de transparencia de dicha cláusula, pero los Estados miembros pueden garantizar, con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13, un mayor nivel de protección a los consumidores. Descendiendo al asunto controvertido, el TJUE indica que, como se desprende de la resolución de remisión y de las observaciones presentadas por el Gobierno lituano, la República de Lituania optó por garantizar un mayor nivel de protección, en la medida en que el artículo 6.228, apartado 6, del Código Civil dispone que las

²⁰⁹ *Ibid.*, apdos. 36 a 45.

cláusulas contrarias a la exigencia de transparencia se considerarán abusivas. Declara el TJUE que, dado que los Estados miembros siguen siendo libres de establecer, en su Derecho interno, tal nivel de protección, la Directiva 93/13, sin exigir que la falta de transparencia de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor dé lugar de manera automática a la declaración de su carácter abusivo, no se opone a que tal consecuencia se derive del Derecho nacional. Concluye el TJUE que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado entre un abogado y un consumidor que establece el precio de esos servicios según el principio de la tarifa por hora, y que, por tanto, forma parte del objeto principal de ese contrato, no debe considerarse abusiva por el mero hecho de que no cumple el requisito de transparencia establecido en el artículo 4, apartado 2, de esa Directiva, a menos que el Estado miembro cuyo Derecho nacional se aplique al contrato de que se trate haya previsto expresamente, de conformidad con el artículo 8 de dicha Directiva, que la calificación de «cláusula abusiva» se deriva de ese mero hecho²¹⁰.

Las últimas preguntas contestadas (quinta y sexta) se refieren al espinoso asunto de los efectos de la eventual declaración de nulidad. Parte el TJUE de la premisa relativa a que la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, así como que el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. La sustitución de la cláusula abusiva por disposición supletoria de Derecho nacional se produce cuando el contrato no puede subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva, quedando expuesto el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización. Abordando el litigio principal, el TJUE señala que el órgano jurisdiccional considera, por una parte, que los contratos controvertidos en el litigio principal no pueden subsistir sin la cláusula controvertida y, por otra, que la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula no podría restablecerse, ya que este ha obtenido los servicios jurídicos previstos en esos contratos. A ello añade que la declaración del carácter abusivo de la cláusula relativa al precio implica la obligación del juez nacional de abstenerse de aplicarla, salvo que el consumidor se oponga a ello. El restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor sin esta cláusula se traduce, en principio, incluso en

²¹⁰ *Ibid.*, apdos. 47 a 52.

el supuesto de que los servicios hayan sido prestados, en su exoneración de la obligación de pagar los honorarios determinados sobre la base de dicha cláusula. El TJUE llega a una primera conclusión en el sentido de que en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente considere que, con arreglo a las disposiciones pertinentes de Derecho interno, los contratos no podrían subsistir tras la supresión de la cláusula relativa al precio, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a la anulación de estos, aun cuando ello lleve a que el profesional no perciba remuneración alguna por sus servicios.

A continuación, el TJUE analiza otro posible escenario consistente en que en el supuesto de que la anulación de los contratos en su totalidad exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que resultara penalizado; en tal caso, el órgano jurisdiccional remitente tiene la posibilidad excepcional de sustituir una cláusula abusiva nula por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes del contrato de que se trate.

Con respecto a este segundo escenario, el TJUE alude al supuesto –recogido en otras resoluciones– de un contrato de préstamo, en el que la anulación en su totalidad haría inmediatamente exigible, en principio, el importe del préstamo pendiente de devolución en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor y podría entrañar consecuencias especialmente perjudiciales para este. No obstante, señala el TJUE que el carácter particularmente perjudicial de la anulación de un contrato no puede reducirse únicamente a las consecuencias de naturaleza puramente pecuniaria. En ese sentido, remitiéndose a las conclusiones del Abogado General²¹¹, observa que no se excluye que la anulación de un contrato relativo a la prestación de servicios jurídicos que ya se han prestado pueda colocar al consumidor en una situación de inseguridad jurídica, en particular, en el supuesto de que el Derecho nacional permita al profesional reclamar una remuneración por dichos servicios sobre una base diferente a la del contrato anulado. Además, también en función del Derecho nacional aplicable, la nulidad del contrato podría eventualmente incidir en la validez y la eficacia de los actos realizados en virtud de este.

Expone el TJUE que si, habida cuenta de las consideraciones anteriores, el órgano jurisdiccional remitente constata que la anulación de los contratos controvertidos en su totalidad acarrearía consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que dicho órgano jurisdiccional sustituya la cláusula relativa al precio

²¹¹ Asunto C-395/21, conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 22 de septiembre de 2022.

por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes de dichos contratos. Sin embargo, es necesario que tal disposición esté destinada a aplicarse específicamente a los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor y no tenga un alcance tan general que su aplicación equivaldría, en esencia, a permitir al juez nacional fijar sobre la base de su propia estimación la remuneración adeudada por los servicios prestados. Siempre que la Orden de 2 de abril de 2004²¹², mencionada en la resolución de remisión, contenga una disposición de este tipo, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente, dicha Orden podría utilizarse para sustituir la cláusula relativa al precio por una remuneración fijada por el juez.

A continuación, el TJUE deja claro que el órgano jurisdiccional remitente no puede completar los contratos controvertidos en el litigio principal con su propia estimación relativa al importe de la remuneración que considere razonable por los servicios prestados, es decir, no puede integrar el contrato modificando el contenido de esa cláusula, porque podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, contribuyendo 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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de estas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Concluye el TJUE que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando un contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado entre un abogado y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula declarada abusiva que fija el precio de los servicios según el principio de la tarifa por hora y estos servicios se han prestado, no se oponen a que el juez nacional restablezca la situación en la que se habría encontrado el consumidor de no existir dicha cláusula, incluso si ello da lugar a que el profesional no perciba remuneración alguna por sus servicios. En el supuesto de que la anulación del contrato en su totalidad exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, estas disposiciones no se

²¹² Según el apdo. 11 de la sentencia, esta Orden establece recomendaciones sobre la cuantía máxima para la prestación de servicios jurídicos realizada por abogados. Estas recomendaciones fueron aprobadas por el Colegio de Abogados de Lituania el 26 de marzo de 2004 y constituyen el fundamento que permite aplicar las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la fijación de las costas.

oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes de dicho contrato. En cambio, estas disposiciones se oponen a que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva anulada por una estimación judicial del importe de la remuneración adeudada por dichos servicios ²¹³.

Comentarios. Hay multitud de aspectos que hacen que esta sentencia sea particularmente interesante. En primer lugar, cobra importancia que el TJUE declare sin ambages que la cláusula sobre la retribución de los servicios jurídicos por horas a razón de 100 euros la hora forma parte del objeto principal del contrato y, además, se refiere a la adecuación entre precio y servicio prestado a cambio. Es decir, se trata de una cláusula que puede entrar en ambas categorías previstas en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. No recordamos otra sentencia del TJUE en la que haya tenido que analizar una cláusula con esa característica. El TJUE utiliza la expresión «define la esencia misma de la relación» referida a la cláusula, que parece más cercana a la categoría de cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Como sucedía con la cláusula contenida en los contratos de préstamo denominados propiamente en moneda extranjera (*Andriciuc*), el TJUE se compromete y concluye que la cláusula está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, sin tener que dejar esa tarea al juez nacional ni utilizar expresiones del tipo «sin perjuicio de la apreciación que deba realizar el órgano jurisdiccional remitente». En su conclusión se refiere al artículo 4.2 en su conjunto sin referirse específicamente a las categorías de cláusulas previstas en dicho artículo, presumiblemente dado que la cláusula pertenece a ambas. También se refiere el TJUE a algo que parece obvio pero que no lo había hecho constar en otras resoluciones: una cláusula puede formar parte de las que definen la esencia misma de la relación contractual, ya se haya negociado individualmente o no lo haya sido.

En segundo lugar, el TJUE también se aventura a declarar la falta de transparencia de la cláusula. Con una elaborada argumentación expone los problemas del abogado para poder dar una información exacta sobre el coste efectivo de sus servicios en el momento de celebración del contrato, que es cuando debe ponerse en conocimiento del consumidor dicha información. No obstante, establece el TJUE una serie de indicaciones que serían necesarias por parte del abogado, tales como la estimación del número previsible o

²¹³ Asunto C-395/21. STJUE de 12 de enero de 2023. D. V., apdos. 54 a 68.

mínimo de horas necesarias para prestar un determinado servicio o bien, el compromiso de enviar, a intervalos razonables, facturas o informes periódicos que indiquen el número de horas de trabajo realizadas. Con esa calculada ambigüedad de la que en ocasiones se sirve el Tribunal de Justicia, observa este que corresponde al juez nacional la evaluación sobre la transparencia, teniendo en cuenta la información suministrada por el profesional al momento de celebración del contrato, pero concluyendo que no responde a la exigencia de redacción clara y comprensible una cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos entre abogado y consumidor que fija el precio de los servicios según la tarifa por hora sin que se comuniqué al consumidor, antes de la celebración del contrato, la información que le permita tomar su decisión con prudencia y pleno conocimiento de las consecuencias económicas del mismo.

Resulta de gran utilidad para los profesionales de la abogacía las dos indicaciones facilitadas por el TJUE de manera no exhaustiva para evitar la declaración de falta de transparencia de la cláusula. Realizar una estimación del número previsible o mínimo de horas que conllevará la prestación del servicio o bien de un compromiso de enviar informes periódicos con el número de trabajo realizado, o incluso, a nuestro modo de ver, ambas medidas, evitará que se considere que la cláusula controvertida adolece de falta de transparencia. Se trata de evitar una actuación arbitraria por parte del profesional cuando vaya a elaborar su minuta. En nuestra experiencia hay asuntos en los que es materialmente imposible calcular el número de horas con antelación. En esos asuntos será necesario incluir cuantas más indicaciones y previsiones mejor para que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda apreciar las consecuencias económicas del contrato. Dentro de estas previsiones será imprescindible disponer la obligación por parte del profesional de informar al consumidor periódicamente –en intervalos razonables– de las horas efectivamente trabajadas y de los gastos efectuados. La otra opción de que dispondrá el profesional será llevar a cabo una negociación individual de las condiciones reguladoras de la prestación –no únicamente del precio de los servicios–, de forma que ese contrato no entraría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En ese supuesto debe existir una auténtica negociación individualizada y no un contrato particular de adhesión, puesto que no se trata de que se utilice o no un contrato tipo, sino que el consumidor, verdaderamente, haya podido influir sobre el contenido del contrato.

En tercer lugar, el TJUE aborda la cuestión más sencilla sobre la calificación de la naturaleza abusiva de la cláusula. En principio, en aplicación del

artículo 3.1 de la Directiva 93/13, el juez nacional debe tener en cuenta la falta de transparencia, junto al posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe, así como la existencia de un posible desequilibrio importante. No obstante, en el asunto principal, el legislador lituano ha previsto, de conformidad con el artículo 8 de la Directiva 93/13, un mayor nivel de protección para el consumidor disponiendo que las cláusulas contrarias a la exigencia de transparencia sean consideradas abusivas por ese mero hecho. En base a ello, el TJUE concluye que la cláusula controvertida no se considera abusiva por el mero hecho de no cumplir el requisito de la transparencia, salvo que la legislación lituana así lo prevea expresamente –como parece que es el caso–. Esta conclusión es particularmente interesante para nosotros porque desde la entrada en vigor del párrafo segundo del artículo 83 de la LGDCU («Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho») nuestro ordenamiento jurídico también prevé que la falta de transparencia conlleva por ese mero hecho la naturaleza abusiva de la cláusula, por lo que así habrá de ser interpretado por nuestros jueces en aquellos contratos celebrados a partir del 16 de junio de 2019, fecha en que entró en vigor dicha norma incorporada a través de la disposición final octava de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En último lugar, el TJUE aborda los efectos de la identificación como abusiva de la cláusula controvertida. En el asunto principal, esta cuestión tiene especial relevancia y el Tribunal de Justicia desarrolla un pormenorizado análisis. Prueba de su complejidad es que las conclusiones del Abogado General se limitaron a analizar las cuestiones prejudiciales quinta y sexta, a instancia del Tribunal de Justicia. Para solucionar esa cuestión, parte el TJUE de que el contrato de prestación de servicios no puede subsistir sin la cláusula controvertida por lo que se abrirían dos escenarios en función de que la anulación exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales o no lo exponga. En este segundo escenario, no habría lugar a la sustitución de la cláusula abusiva, sino que el juez nacional ha de restablecer la situación en la que se habría encontrado el consumidor de no existir dicha cláusula, incluso si ello da lugar a que el profesional no perciba remuneración alguna por sus servicios. Este planteamiento tiene gran relevancia, desde nuestro punto de vista, porque podría ser el escenario más habitual. Si nos preguntamos qué sucedería en nuestro ordenamiento, parece que la eliminación del contrato no puede exponer al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. El trabajo está realizado y no cabe esa hipotética disyuntiva a la que se refiere el Abogado General (la nulidad del contrato es irrelevante o no para la validez y efectividad de las actuaciones llevadas

a cabo –apdo. 76 de las conclusiones–). Parece bastante claro que la nulidad del contrato de servicios jurídicos no afectaría en modo alguno a las actuaciones efectuadas por el abogado, de la misma forma que el impago de una minuta en ningún caso afecta a las decisiones judiciales adoptadas en el marco del procedimiento judicial en el que ha intervenido el abogado. En el primer escenario la declaración del TJUE («incluso si ello da lugar a que el profesional no perciba remuneración alguna por sus servicios» –apartado 4 del fallo–) podría abocar a desestimar la demanda del profesional con el eventual efecto de cosa juzgada²¹⁴ por lo que probablemente no cabría la presentación de nueva demanda en ejercicio de una acción por enriquecimiento injusto. En definitiva, teniendo en cuenta que es muy difícil considerar que la eliminación del contrato expone al consumidor a consecuencias perjudiciales, estándole vedado al juez integrar el contrato, el juez nacional se varía abocado a desestimar la demanda. El segundo escenario al que se refiere el TJUE consistente en que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias perjudiciales permitiría la sustitución de la cláusula abusiva por una norma de Derecho nacional de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes. No obstante, esta situación parece bastante artificioso porque no alcanzamos a ver que pueda darse en la práctica. Si el Tribunal Supremo lituano considera que se da esta situación, entonces parece que debería evaluar si las normas de honorarios mínimos previstas en la Orden de 2 de abril de 2004 que se aplican en tasaciones de costas ostentan la categoría de normas requerida y, en ese caso, sustituir la cláusula abusiva por la norma supletoria. El problema es muy complejo. El TJUE se ve en la tesitura de mantener la aplicación estricta de la doctrina de la no integración –como ha hecho en este asunto– o bien buscar una salida más flexible como hizo en la sentencia *Caixabank* de 16 de julio de 2020, optando por la aplicación de la norma supletoria a pesar de que la exclusión de la cláusula abusiva permitía la subsistencia del contrato. En el presente asunto, siguiendo la exposición del Abogado General, plantea la posible sustitución de la cláusula abusiva por norma supletoria, pero resulta indudable que para ello necesita que el consumidor quede expuesto a consecuencias perjudiciales, lo que no parece que suceda. Lo que sí queda claro y evidente es la prohibición al juez nacional de sustituir la cláusula abusiva anulada por una estimación judicial del importe de la remuneración adeudada por dichos servicios.

²¹⁴ Es posible que esa nueva acción fuese desestimada por el juez al considerar que se cumplen las tres identidades con respecto a la primitiva acción (identidad subjetiva, identidad objetiva e identidad de la causa de pedir).

Caso 87. *TBI Bank*²¹⁵⁻²¹⁶: Cuando en una reclamación de un profesional el tribunal nacional no puede distinguir las cantidades que corresponden a la aplicación de las cláusulas abusivas –porque el profesional no ha facilitado esa diferenciación en la petición– el tribunal nacional está obligado a desestimar íntegramente la demanda.

Hechos. Esta petición se presentó en el marco de un procedimiento iniciado por la entidad bancaria TBI Bank EAD contra un consumidor y que tiene por objeto solicitar la emisión de un requerimiento de ejecución inmediata de una obligación pecuniaria derivada de un contrato de crédito al consumo celebrado entre esa entidad y un consumidor²¹⁷.

²¹⁵ Asunto C-379/21. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 17 de enero de 2023. TBI Bank contra EAD. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Primera Instancia de Sofía (Bulgaria). EU: C: 2023:29. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar al que le fue asignado.

²¹⁶ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas búlgaro y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

²¹⁷ Con fecha de 18 de diciembre de 2020, TBI Bank presentó ante el Tribunal de Primera Instancia de Sofía la petición de requerimiento de pago a la que le adjuntó el contrato de crédito. La petición se basaba en un extracto de los libros de contabilidad de la entidad bancaria que reflejaba el estado, a 3 de diciembre de 2020, de la cuenta relativa al crédito al consumo celebrado el 3 de mayo de 2019 por TBI Bank con el consumidor. El contrato de crédito tenía un importe total de 2.867,92 levas búlgaras (BGN), aproximadamente 1.465 euros. El extracto de libros de contabilidad es uno de los documentos mencionados en el artículo 417, apartado 2, del código del proceso civil búlgaro (en adelante, GPK). Mediante resolución de 6 de enero de 2021, este juzgado consideró, por una parte, que los autos obrantes permitían concluir que la cláusula 7.1 de este contrato que preveía el pago de una cantidad de aproximadamente 157 euros, como tarifa única de evaluación de riesgos, era susceptible de ser abusiva. Por otra parte, el órgano jurisdiccional consideró que los costes controvertidos habían sido incorporados al principal de la demanda a efectos del cálculo de las cuotas mensuales adeudadas en concepto de reembolso del préstamo, sin especificar los componentes de las cuotas de reembolso, y que dichos gastos también habían devengado intereses. De ello dedujo que la información relativa a los pagos realizados por el consumidor no le permitía determinar qué parte del crédito solicitado quedaba pendiente. En consecuencia, decidió rechazar la solicitud en su totalidad. La entidad bancaria recurrió dicha resolución. Mediante auto de 7 de junio de 2021, el Tribunal de la Ciudad de Sofía estimó el recurso interpuesto por TBI Bank contra el auto del Tribunal de Primera Instancia de Sofía de 6 de enero de 2021. En consecuencia, ordenó la nulidad de dicha resolución y remitió la causa a este último tribunal, que es el órgano nacional remitente, para que emitiese requerimiento de pago de ejecución inmediata al amparo del artículo 417 de la GPK así como título ejecutivo por la totalidad de la cantidad reclamada. El Tribunal de la Ciudad de Sofía señaló que el juez tenía la obligación de verificar de oficio la existencia de cláusulas abusivas. Sin embargo, consideró que el extracto de los libros de contabilidad producido en este caso era un documento formalmente regular en virtud del cual era posible emitir una orden de pago inmediato y que, en el marco del procedimiento basado en el artículo 418. 2) de la GPK, dicho juez únicamente podía verificar la regularidad formal del documento, es decir, examinar si dicho documento da fe de la existencia del supuesto derecho de reclamación. Dicho juez debería limitarse a examinar la información extraída directamente del libro de cuentas, sin que pudiera utilizar otra información. El Tribunal de la Ciudad de Sofía agregó que la cuestión de determinar la cantidad realmente adeudada por el consumidor, tanto en capital como en costas e intereses, podría examinarse, en virtud del artículo 422 de la GPK, como cuestión de fondo, siempre que el consumidor formulara oposición contra el requerimiento de pago. El órgano jurisdiccional remitente, esto es, el Tribunal de Primera Instancia de Sofía, manifiesta que tiene dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión

Mediante las cuestiones primera a tercera el tribunal remitente desea saber, en esencia, si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional, al conocer de una solicitud de expedición de un requerimiento de pago y considerando que el deudor-consumidor no interviene en el procedimiento hasta la entrega de este, está obligado a excluir de oficio la aplicación de una cláusula abusiva en el contrato de crédito al consumo celebrado entre este consumidor y el profesional, dándose la circunstancia de que una parte de la pretensión invocada se funda en dicha cláusula y si, en este caso, y en particular, cuando no sea posible establecer el importe exacto de esta parte de la deuda, este juez tiene la facultad de rechazar esta solicitud solo parcialmente.

Mediante la quinta cuestión prejudicial el tribunal remitente pretende conocer, en esencia, si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, al que corresponde pronunciarse tras la remisión que le hace un tribunal superior, esté vinculado, de conformidad con el Derecho procesal nacional, por las evaluaciones hechas en Derecho, así como por las instrucciones emitidas por el tribunal superior, si considera, teniendo en cuenta la interpretación que solicitó del Tribunal de Justicia, que estas evaluaciones y estas instrucciones no tienen en consideración los efectos jurídicos del carácter abusivo de una cláusula en un contrato de crédito al consumo.

Doctrina. En relación con las cuestiones primera a tercera, señala el TJUE que siempre que el contrato pueda subsistir sin ninguna otra modificación, revisión o complemento –lo que corresponde comprobar al juez nacional competente– debe ser posible para este tribunal rechazar una petición de requerimiento de pago basada en un contrato de crédito al consumo que contiene una cláusula abusiva únicamente respecto de la parte de las pretensiones que se derivan de esa cláusula, si estas pueden distinguirse del resto de la petición. Señala el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no obliga al órgano jurisdiccional remitente a excluir, además de la aplicación de la cláusula del contrato declarada abusiva, la de las cláusulas que no hayan sido calificadas como tales y, por tanto, permite, en principio, el mantenimiento del contrato en

de las instrucciones que figuran en la parte dispositiva del auto del Tribunal de la Ciudad de Sofía de 7 de junio de 2021, que le serían vinculantes. En la medida en que sería necesario extraer de oficio las consecuencias vinculadas al carácter abusivo de la cláusula, de conformidad con la sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, EU: C:2009:350), el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en particular, si está obligado por las instrucciones de un órgano jurisdiccional superior, que exigiría únicamente una revisión puramente formal del título de la demanda impugnada y le obligaría a dictar una resolución judicial que equivaldría, en esencia, a dar efecto a una cláusula abusiva.

cuestión en la medida en que sea jurídicamente posible. De ello se sigue que el juez podrá estimar las demás pretensiones derivadas de las cláusulas de este contrato que no hayan sido calificadas de abusivas. Añade el TJUE que en el asunto controvertido, de las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que, en el litigio principal, no es posible separar dichas pretensiones de las basadas en cláusulas consideradas abusivas. De ser así, el órgano jurisdiccional nacional estará obligado a desestimar la solicitud en su totalidad. Esta conclusión es necesaria ya que, si dicho tribunal procediera de otro modo, ejecutaría una cláusula abusiva, lo que sería contrario al objetivo de la disposición imperativa que constituye el artículo 6 de la Directiva 93/13, consistente en restablecer la igualdad entre las partes contratantes asegurando que el consumidor no quede vinculado por una cláusula abusiva. Observa el TJUE que debe llegarse a la misma conclusión para garantizar la consecución del objetivo a largo plazo del artículo 7 de la Directiva 93/13, que consiste en poner fin al uso de cláusulas abusivas, manteniendo el efecto disuasorio sobre los profesionales de la pura y simple no aplicación de dichas cláusulas.

Concluye el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional remitente, al conocer de una petición de la emisión de un requerimiento de pago y cuando el deudor-consumidor no interviene en el procedimiento hasta la emisión del mismo, está obligado dejar inaplicada una cláusula abusiva del contrato de crédito al consumo celebrado entre este consumidor y el profesional de que se trate, en la que se basa una parte de la deuda invocada. En este caso, este juez tiene la facultad de rechazar parcialmente esta petición, bajo la condición, por una parte, de que este contrato pueda subsistir sin ninguna otra modificación, revisión o adición, lo que corresponde apreciar a ese órgano jurisdiccional, y, por otra parte, que las pretensiones derivadas de esta cláusula puedan ser distinguidas del resto de la petición²¹⁸.

En relación con la quinta cuestión prejudicial, el TJUE señala que habida cuenta del principio de primacía del Derecho de la Unión el juez nacional debe dejar inaplicada la jurisprudencia de un órgano jurisdiccional de rango superior, como la controvertida en el litigio principal, que le impone estimar íntegramente la petición de emisión de un requerimiento de pago, así como título ejecutivo, contra un deudor por la deuda invocada, cuando esta deuda está basada parcialmente en cláusulas abusivas.

Añade el TJUE que, de hecho, el Derecho de la Unión se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, al que le corresponde pronunciarse tras una remisión de un tribunal superior, esté vinculado, de conformidad con el Derecho

²¹⁸ C-379/21. Auto del TJUE de 17 de enero de 2013, *TBI Bank*, apdos. 30 a 35.

procesal nacional, por las apreciaciones y las instrucciones de este último órgano jurisdiccional, si el primero considera, habida cuenta de la interpretación que ha solicitado al Tribunal de Justicia, que dichas apreciaciones e instrucciones no se ajustan al Derecho de la Unión.

Concluye el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, al que corresponde pronunciarse a raíz de la remisión que le ha hecho un órgano jurisdiccional superior, esté vinculado, de conformidad con el Derecho procesal nacional, por las apreciaciones jurídicas realizadas, así como por las instrucciones dictadas por el órgano jurisdiccional superior, si el primero considera, teniendo en cuenta la interpretación que solicitó al Tribunal de Justicia, que estas apreciaciones y estas instrucciones no extraen los efectos jurídicos del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de crédito al consumo²¹⁹.

Comentarios. Este asunto tiene una estrecha vinculación con el caso *Profi Credit Bulgaria* resuelto mediante sentencia de la misma Sala Novena del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2022, habiendo sido planteados ambos asuntos por el mismo órgano jurisdiccional, el Tribunal de Primera Instancia de Sofía. Puede observarse que existen muchas similitudes entre cómo resuelve el TJUE las cuestiones primeras a tercera de ambos asuntos (en el auto, el TJUE añade «que las pretensiones derivadas de esa cláusula puedan ser distinguidas del resto de la petición»). Ese órgano jurisdiccional quiere «cubrirse las espaldas» frente al órgano superior, el Tribunal de la Ciudad de Sofía, planteando una pregunta a los solos efectos, como así ocurre, de que el Tribunal de Justicia declare que no tiene que seguir las instrucciones y apreciaciones del órgano superior cuando el inferior considera que van en contra del Derecho de la Unión. Queda constatado que esa tendencia de cambiar la jurisprudencia nacional acudiendo al Tribunal de Justicia —que tan importantes efectos ha tenido en nuestro país— se produce en numerosos Estados de la Unión.

Se desprende de lo declarado por el TJUE que, cuando el tribunal nacional ha podido examinar el contrato de crédito sobre el que se basa la petición de requerimiento de pago y ha apreciado la naturaleza abusiva de algunas cláusulas en las que se basan la reclamación, tiene que tener en cuenta esa circunstancia de forma que no emitirá el requerimiento de pago por la totalidad de la deuda reclamada, sino por la resultante una vez tenidas en cuenta las consecuencias de la inaplicación de las cláusulas abusivas y si, como sucede en el caso controvertido, el tribunal nacional no puede distinguir las cantidades

²¹⁹ *Ibid.*, apdos. 38 a 40.

correspondientes a uno y otro concepto, porque el profesional no ha facilitado esa diferenciación a la hora de presentar la petición, el tribunal nacional está obligado a desestimar íntegramente la demanda (apdo. 32 del auto *TBI Bank*). Porque si no es así el juez nacional iría en contra del objetivo de una norma imperativa como es el artículo 6 de la Directiva 93/13, consistente en restaurar la igualdad entre los contratantes asegurando que el consumidor no esté vinculado por una cláusula abusiva (apdo. 33). También procede la desestimación íntegra de la petición si se tiene en cuenta el objetivo a largo plazo del artículo 7 de la Directiva 93/13, puesto que solo así se puede conseguir el cese de la utilización de las cláusulas abusivas –el efecto disuasorio que produce la no aplicación de las cláusulas abusivas– (apdo. 34).

Caso 88. *M. B. y otros*²²⁰ (*Effets de l'invalidation d'un contrat*)²²¹: Aunque no cabe la sustitución de la cláusula abusiva por una norma de Derecho nacional que no tenga carácter de disposición supletoria, el juez nacional tiene que adoptar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias perjudiciales que pudiera provocarle la anulación del contrato.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por los consumidores M. B., U. B., y M. B. contra la entidad bancaria X, relativo a los efectos de la nulidad de un contrato de préstamo celebrado entre las partes²²².

²²⁰ Asunto C-6/22. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de marzo de 2023. M. B., U. B. y M. B. contra X S. A. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Varsovia-Wola, Sala Primera de lo Civil, con sede en Varsovia, Polonia. EU: C: 2023:216. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. G. Pitruzzella al que le fue asignado.

²²¹ En Infocuria jurisprudencia (publicación oficial del TJUE) figura como título del presente asunto «M. B. y otros (*Effets de l'invalidation d'un contrat*)», es decir, «M. B. y otros (Efectos de la anulación de un contrato)». Con arreglo a la sistemática seguida en la presente tesis, la denominación con la que nos referiremos habitualmente a este asunto será «M. B. y otros».

²²² El 4 de junio de 2007, los consumidores M. B., U. B. y M. B. celebraron con el predecesor legal del banco X un contrato de préstamo hipotecario con una duración de 360 meses y por un importe de 339.881,92 eslotis polacos (PLN), indexado a francos suizos (CHF). En virtud de lo estipulado en ese contrato, tanto las cuotas mensuales como el saldo adeudado de dicho préstamo se calculan en francos suizos y se pagan en eslotis polacos, según el tipo de cambio de venta CHF-PLN aplicable a cada una de las cuotas mensuales. Los prestatarios alegan ante el órgano jurisdiccional remitente que las cláusulas de dicho contrato relativas al mecanismo de indexación son abusivas porque, ante la falta de estipulaciones específicas en el contrato, el banco ha fijado discrecionalmente el tipo de cambio utilizado para el cálculo de las cuotas mensuales del préstamo. Los consumidores solicitan la supresión de esas cláusulas del contrato, alegando que las cuotas mensuales deberían calcularse en eslotis polacos y que el tipo de interés aplicable tendría que estar basado en el LIBOR. A este respecto, precisan que aceptarían la anulación del contrato por el órgano jurisdiccional remitente. Este último considera, por un lado, que procede declarar

Mediante la primera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de anulación del contrato celebrado entre un consumidor y un profesional debido al carácter abusivo de una de sus cláusulas, corresponde a los Estados miembros regular mediante su Derecho nacional los efectos de la anulación sin tener en cuenta la protección que dicha Directiva confiere a los consumidores.

Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que el juez nacional puede examinar de oficio la situación patrimonial del consumidor que ha solicitado la anulación del contrato que le vincula a un profesional debido a que el contrato contiene una cláusula abusiva sin la cual no puede subsistir jurídicamente, y de que dicho juez puede rechazar la solicitud del consumidor en caso de que la anulación del contrato pueda exponer a este a consecuencias especialmente perjudiciales.

Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, tras haber declarado el

la nulidad de las cláusulas relativas al mecanismo de indexación controvertido debido a su carácter abusivo. Por otro lado, dado que el contrato de préstamo litigioso no puede subsistir sin esas cláusulas, entiendo que debe estimar la pretensión de los consumidores dirigida a la anulación del contrato de préstamo. Por consiguiente, en primer lugar, considera inevitable la anulación del contrato, a pesar de los efectos perjudiciales que se derivan de esta para los consumidores. El órgano jurisdiccional remitente observa que, según la sentencia de 7 de noviembre de 2019, *Kanyeba y otros* (C-349/18 a C-351/18, EU: C:2019:936), los efectos de la anulación de un contrato se rigen exclusivamente por el Derecho nacional. En el caso de autos, resultarían de aplicación las disposiciones generales del Derecho de los contratos. No obstante, destaca que las consideraciones relativas a la protección de los consumidores y a la disuasión de los profesionales en cuanto al uso de cláusulas abusivas, propias de la Directiva 93/13, son ajenas a las disposiciones nacionales aplicables, que establecen que las partes contratantes soportarán a partes iguales las pérdidas resultantes de la anulación del contrato. Los demandantes en el litigio principal perderían por tanto la protección de que gozan en virtud de dicha Directiva. En segundo lugar, recordando que, en la sentencia de 29 de abril de 2021, *Bank BPH* (C-19/20, EU: C:2021:341), el Tribunal de Justicia declaró que la anulación de un contrato por contener cláusulas abusivas no depende de una petición expresa en este sentido del consumidor, sino que constituye una aplicación objetiva por el juez nacional de los criterios establecidos en virtud del Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente se plantea si debe determinar de oficio las consecuencias de la anulación del contrato para la situación del consumidor o si debe limitarse, a este respecto, a los elementos que le han presentado los demandantes en el litigio principal, tal y como establece el Derecho procesal polaco. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que el litigio del que conoce se caracteriza por el hecho de que no existen disposiciones supletorias pertinentes en Derecho nacional, lo cual da lugar necesariamente a la anulación del contrato y genera efectos desfavorables para el consumidor. Por lo tanto, cualquiera que sea su decisión, dicho órgano jurisdiccional considera que no se alcanzará uno de los objetivos de la Directiva 93/13. En efecto, precisa que, o bien colma las lagunas del contrato derivadas de la nulidad de las cláusulas abusivas, en detrimento del objetivo de generar un efecto disuasorio para el profesional, o bien anula el contrato en su totalidad y expone al consumidor a consecuencias que le resultan perjudiciales. Al tener dudas sobre los efectos de la eventual declaración de nulidad del contrato plantea la cuestión prejudicial.

carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, pueda colmar las lagunas originadas por la supresión de la cláusula abusiva que figuraba en el contrato mediante la aplicación de una norma de Derecho nacional que no tenga carácter de disposición supletoria.

Doctrina. Recuerda el TJUE que para interpretar una disposición del Derecho de la Unión debe tenerse en cuenta no solo su tenor, sino también su contexto y los objetivos de la normativa de la que forma parte. El TJUE analiza el artículo 6.1. de la Directiva 93/13 y, al respecto, manifiesta que esa disposición no enuncia en sí misma los criterios que rigen la posibilidad de que un contrato subsista sin las cláusulas abusivas, sino que deja al ordenamiento jurídico nacional la tarea de establecer esos criterios respetando el Derecho de la Unión. Así pues, corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, definir las condiciones en que procederá declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual y aplicar los efectos jurídicos de tal declaración. En cualquier caso, dicha declaración deberá permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva. Además, la determinación del momento a partir del cual la anulación del contrato controvertido en el litigio principal produce sus efectos depende exclusivamente del Derecho nacional, siempre que se asegure la protección que las disposiciones de dicha Directiva garantizan a los consumidores. En particular, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección ni, por tanto, su contenido sustancial, desvirtuando con ello el refuerzo de la eficacia de dicha protección alcanzado mediante la adopción de normas uniformes sobre las cláusulas abusivas. En segundo lugar, a la vista del contexto específico del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, cuyas disposiciones tienen por objeto la protección del consumidor contra el uso de cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia recuerda que la protección conferida por dicha Directiva no puede circunscribirse exclusivamente a la vigencia del contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, sino que mantiene igualmente su validez tras la ejecución del contrato. Por lo tanto, en caso de anulación del contrato celebrado entre un consumidor y un profesional debido al carácter abusivo de una de sus cláusulas, corresponde a los Estados miembros, mediante su Derecho nacional, regular los efectos de la anulación respetando la protección que la Directiva 93/13 confiere al consumidor y, en particular, garantizando el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva. A ello añade el TJUE que, en tercer lugar, esta conclusión se

ve corroborada por los objetivos de la Directiva 93/13. Así, por un lado, el objetivo primordial e inmediato de dicha Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes, de forma que procede considerar que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, con el consiguiente restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que este se encontraría de no haber existido dicha cláusula. Por otro lado, la Directiva 93/13 tiene asimismo un segundo objetivo –enunciado en su artículo 7– consistente en lograr a largo plazo el cese del uso de cláusulas abusivas por los profesionales. El hecho de que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores ejerce un efecto disuasorio sobre los profesionales en cuanto al uso de tales cláusulas²²³. Descendiendo al litigio principal, el TJUE señala que el órgano jurisdiccional remitente expone que las disposiciones de Derecho nacional que le correspondería aplicar para determinar los efectos de la anulación del contrato le llevarían a repartir las pérdidas resultantes de esa anulación a partes iguales entre los consumidores demandantes en el litigio principal y la entidad bancaria demandada. Sin embargo, esa consecuencia, en la medida en que desvirtuaría la protección conferida por la Directiva 93/13 a los consumidores a raíz de la anulación del contrato, sería contraria a los objetivos de la Directiva 93/13, dado que, según las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional no permitiría garantizar el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontrarían los consumidores de no haber existido la cláusula abusiva, menoscabando así el objetivo de protección de estos últimos perseguido por la Directiva 93/13. Además, en defecto de la protección garantizada por la Directiva 93/13, la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que prevén un reparto igual de las pérdidas entre las partes contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, dado que, en definitiva, tales disposiciones podrían beneficiar a los profesionales limitando su obligación de reembolsar las cantidades que han percibido indebidamente gracias a dichas cláusulas. Observa el TJUE que de la resolución de remisión no se desprende que el litigio principal esté comprendido en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ya que el órgano jurisdiccional remitente desea saber si la protección garantizada por dicha Directiva continúa aplicable por cuanto se refiere a los efectos de la anulación de un contrato que contiene cláusulas abusivas. Concluye el TJUE que el artículo 6.1

²²³ Asunto C- 6/22. STJUE de 16 de marzo de 2023, *M. B. y otros*, apdos. 16 a 26.

de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de anulación de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional debido al carácter abusivo de una de sus cláusulas, corresponde a los Estados miembros regular mediante su Derecho nacional los efectos de la anulación respetando la protección que dicha Directiva confiere al consumidor y, en particular, garantizando el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que este se encontraría de no haber existido la cláusula abusiva²²⁴.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia recuerda que tanto el tenor del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición. También recuerda que, tras haber sido informado por el juez nacional, el consumidor puede abstenerse de invocar el carácter abusivo y no vinculante de una cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a la cláusula en cuestión y evitando con ello la anulación del contrato. Para que el consumidor pueda prestar su consentimiento libre e informado corresponde al juez nacional indicar a las partes, en el marco de las normas procesales nacionales y a la luz del principio de equidad en los procedimientos civiles, de manera objetiva y exhaustiva las consecuencias jurídicas que pueda entrañar la supresión de la cláusula abusiva, con independencia de que las partes estén asistidas por un representante procesal profesional o no. En particular, tal información es aún más importante cuando la inaplicación de la cláusula abusiva pueda dar lugar a la anulación de todo el contrato, exponiendo eventualmente al consumidor a reclamaciones de reembolso. Señala el TJUE que, a efectos de la apreciación de las consecuencias provocadas sobre la situación del consumidor por la anulación de un contrato en su totalidad, resulta determinante la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto²²⁵. Descendiendo al litigio principal, observa el TJUE que de la resolución de remisión se desprende que los demandantes han solicitado la anulación del contrato de préstamo que les vincula a la entidad bancaria. Por consiguiente, siempre y cuando el órgano jurisdiccional remitente haya informado a los consumidores de manera objetiva y exhaustiva de las consecuencias jurídicas y de las consecuencias económicas especialmente perjudiciales que puede producirles la anulación del contrato, dicho órgano jurisdiccional no podrá, tras haber tomado nota de la voluntad de los consumidores de anular el contrato, rechazar la renuncia de estos a la protección que les confiere la Directiva. A ello añade el TJUE que el objetivo de protección del consumidor que persigue la

²²⁴ *Ibid.*, apdos. 27 a 33.

²²⁵ *Ibid.*, apdos. 35 a 41.

Directiva 93/13 no permite al juez nacional, al margen de toda prerrogativa que le reconozca a este respecto el Derecho nacional, examinar de oficio la situación patrimonial del consumidor que ha solicitado la anulación del contrato que le vincula al profesional debido a que contiene una cláusula abusiva, con el fin de determinar si la anulación puede exponer al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. Por ello, concluye el TJUE que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el juez nacional, por un lado, examine de oficio, al margen de toda prerrogativa que le reconozca a este respecto el Derecho nacional, la situación patrimonial del consumidor que ha solicitado la anulación del contrato que le vincula a un profesional debido a que el contrato contiene una cláusula abusiva sin la cual no puede subsistir jurídicamente, aun cuando la anulación pueda exponer al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, y, por otro lado, se niegue a declarar la anulación en caso de que el consumidor la haya solicitado expresamente tras haber sido informado de manera objetiva y exhaustiva de las consecuencias jurídicas y de las consecuencias económicas especialmente perjudiciales que esta puede producirle²²⁶.

Para responder a la tercera cuestión recuerda el TJUE que la Directiva 93/13 se opone a que puedan suplirse las lagunas de un contrato, derivadas de la supresión de las cláusulas abusivas que figuraban en este, sobre la única base de disposiciones nacionales de carácter general que, no habiendo sido objeto de una evaluación específica del legislador a fin de establecer un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes contratantes y no gozando por tanto de la presunción de carácter no abusivo, dispongan que los efectos expresados en un acto jurídico han de completarse, en particular, por los efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos, que no son disposiciones supletorias ni disposiciones aplicables en caso de acuerdo entre las partes del contrato.

Descendiendo al caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente indica que las disposiciones de Derecho nacional que contempla aplicar el juez nacional no son disposiciones supletorias en el sentido de la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A la vista de que, en el litigio principal, el contrato de préstamo litigioso no puede subsistir sin las cláusulas suprimidas, de que no existen disposiciones supletorias de Derecho nacional y de que la anulación del contrato perjudicaría especialmente a los consumidores, dicho órgano jurisdiccional se pregunta cuál de los objetivos de la Directiva 93/13 debe privilegiar, si el relativo a la protección de los consumidores frente a las consecuencias especialmente

²²⁶ *Ibid.*, apdos. 42 a 45.

perjudiciales de la anulación del contrato, o bien el relativo a la disuasión de los profesionales en cuanto al uso de cláusulas abusivas.

A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que la Directiva 93/13 no pretende preconizar soluciones uniformes respecto a las consecuencias que deben extraerse de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual. Así pues, en la medida en que, con arreglo al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, las cláusulas abusivas no pueden vincular a los consumidores, esos objetivos han podido alcanzarse, según los casos y el marco jurídico nacional, mediante la mera inaplicación frente al consumidor de la cláusula abusiva de que se trate o, cuando el contrato no hubiera podido subsistir sin dicha cláusula, mediante la sustitución de esta por disposiciones supletorias de Derecho nacional.

No obstante, el Tribunal de Justicia tiene declarado que las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual no tienen carácter exhaustivo. Por lo tanto, si el juez nacional considera que el contrato de préstamo en cuestión no puede subsistir jurídicamente, con arreglo al Derecho de los contratos, tras la supresión de las cláusulas abusivas de que se trate y no existe ninguna disposición supletoria de Derecho nacional ni ninguna disposición aplicable que, en caso de acuerdo de las partes del contrato, pueda sustituir a dichas cláusulas, procede considerar que, en la medida en que el consumidor no haya expresado su deseo de mantener las cláusulas abusivas y la anulación del contrato expondría a dicho consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, el elevado nivel de protección del consumidor que debe quedar garantizado conforme a la Directiva 93/13 exige que, con el fin de restablecer el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones recíprocos de las partes contratantes, el juez nacional adopte, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación del contrato de préstamo controvertido podría provocar, en particular debido a la exigibilidad inmediata del crédito del profesional frente al consumidor.

Una primera posibilidad señalada por el TJUE es que el juez nacional emplace a las partes a negociar con el objetivo de determinar el modo de cálculo del tipo de interés, siempre que establezca el marco para dichas negociaciones y estas últimas vayan encaminadas a establecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes que tenga en cuenta, en particular, el objetivo de la protección del consumidor que subyace a la Directiva 93/13. El juez está obligado a aplicar, en la medida de lo posible, su Derecho interno de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, nacen de la declaración del carácter abusivo de la cláusula en cuestión para alcanzar el resultado buscado por el artículo 6, apartado 1, de dicha

Directiva, a saber, que el consumidor no quede vinculado por una cláusula abusiva. Lo mismo sucede cuando, tras haberse declarado el carácter abusivo de una cláusula, se trate de determinar las consecuencias que deben extraerse de esa declaración para garantizar, conforme a la finalidad de la citada Directiva, un elevado nivel de protección del consumidor. No obstante, señala el TJUE que las facultades del juez no pueden ir más allá de lo estrictamente necesario para restablecer el equilibrio contractual entre las partes del contrato y proteger así al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que pudiera provocar la anulación del contrato de préstamo de que se trata. En efecto, si se permitiese al juez modificar o moderar libremente el contenido de las cláusulas abusivas, tal facultad podría poner en peligro la consecución del conjunto de los objetivos mencionados (proteger al consumidor restableciendo el equilibrio y lograr el cese del uso de cláusulas abusivas). De esta forma, el TJUE concluye que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, tras haber declarado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, pueda colmar las lagunas originadas por la supresión de la cláusula abusiva que figuraba en el contrato mediante la aplicación de una norma de Derecho nacional que no tenga carácter de disposición supletoria. No obstante, le incumbe adoptar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que pudiera provocarle la anulación del contrato²²⁷.

Comentarios. El TJUE declara que en caso de anulación del contrato corresponde a los Estados miembros regular mediante su Derecho nacional los efectos de la anulación respetando la protección que la Directiva 93/13 confiere al consumidor y, en particular, garantizando el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría de no haber existido la cláusula abusiva. Parece que el TJUE debe conciliar los dos objetivos de la Directiva 93/13: el inmediato y primordial de proteger a los consumidores, debiendo producirse el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en que se encontraría del consumidor de no haber existido la cláusula abusiva (art. 6.1) y objetivo a largo plazo consistente en lograr el cese del uso de cláusulas abusivas por parte del profesional (art. 7.1).

El juez nacional no puede examinar de oficio la situación patrimonial del consumidor que ha solicitado la anulación del contrato que le vincula a un profesional debido a que el contrato contiene una cláusula abusiva sin la cual

²²⁷ *Ibid.*, apdos. 56 a 64.

no puede subsistir jurídicamente, aun cuando la anulación pueda exponer al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales y tampoco puede negarse a declarar la anulación en caso de que el consumidor la haya solicitado expresamente tras haber sido informado de manera objetiva y exhaustiva de las consecuencias jurídicas y de las consecuencias económicas especialmente perjudiciales que esta puede producirle. Es una situación que han planteado en varias ocasiones los tribunales polacos (así, por ejemplo, en *Dziubak* o en *DBP*). La solicitud por parte del consumidor de la anulación del contrato de préstamo lo que conllevaría, en principio, es la devolución del importe adeudado. Entiendo que los consumidores han previsto esa consecuencia y tienen la posibilidad de afrontarla de alguna forma.

La tercera cuestión alude a una especie de «plan B» que difícilmente se daría en el litigio principal, pero que cobra mucha importancia de cara a otros eventuales litigios en los que el consumidor no pueda soportar las consecuencias perjudiciales de la anulación del contrato, en concreto, la necesidad de devolver el préstamo en su totalidad.

Se trata de ver si el juez puede sustituir la cláusula nula por normas nacionales que no tiene carácter de disposiciones supletorias, concretamente, el juzgado remitente se refiere a «colmar la laguna del contrato originada por la supresión de las cláusulas abusivas». Esas normas sustituyentes se aplicarían por analogía y reflejarían normas vigentes del Derecho nacional de obligaciones. Decimos que no se daría ese «plan B», puesto que la situación parece decantarse por la anulación del contrato a la que ha dado su expreso consentimiento el consumidor. A pesar de que el «plan B» podría considerarse como una situación hipotética, razón por la cual la Comisión solicitó la inadmisibilidad de esa cuestión, el TJUE accedió a admitirla y la contestó, como era previsible, en sentido negativo. Es decir, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a que el juez nacional pueda colmar las lagunas originadas por la supresión de la cláusula abusiva por una disposición no supletoria. No obstante, a ello añade que incumbe al juez, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, adoptar todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que pudiera provocarle la anulación del contrato. Es sumamente difícil averiguar el alcance de esas medidas que sí podría adoptar el juez nacional.

En cualquier caso, el escenario resultante tras las respuestas del TJUE sería que si la supresión de una cláusula abusiva implica la anulación del contrato que vincula a un profesional con un consumidor, el juez nacional está obligado a informar al consumidor de manera objetiva y exhaustiva de las consecuencias de hecho y de Derecho derivadas de la anulación, sin poder

examinar de oficio la situación patrimonial del consumidor que la ha solicitado ni rechazar la voluntad de este de anular el contrato, constando además en la resolución de remisión que los consumidores han dado su consentimiento, en su caso, a la anulación del contrato en su totalidad.

Aunque sea insuficiente, nos parece relevante que el TJUE dote de cierta flexibilidad al juez nacional al indicar que, aunque no cabe la sustitución de la cláusula abusiva por una norma de Derecho nacional que no tenga carácter de disposición supletoria, tiene que adoptar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias perjudiciales que pudiera provocarle la anulación del contrato.

A nuestro modo de ver, dado que la anulación del contrato podría conllevar la devolución del préstamo en aquellos supuestos en que el Derecho nacional no prevea una disposición supletoria para sustituir la cláusula nula, es imprescindible que el TJUE profundice en ese problema y lleve a cabo las indicaciones oportunas para los jueces nacionales. Teniendo en cuenta que, salvo en aquellos supuestos –excepcionales o, al menos, escasos– en los que el consumidor lo pide expresamente en su demanda y está preparado para la devolución del importe del préstamo, parece obvio que el escenario en el que la anulación del contrato de préstamo conlleva la devolución del préstamo situaría al consumidor en la tesitura de tener que renunciar a la aplicación de la Directiva 93/13 manteniendo la cláusula abusiva. No sería una renuncia libre, sino condicionada por el hecho de que no puede afrontar la devolución del préstamo, con lo que, por un lado, no podría ser operativa, y, por otro, aunque se aplicara, vaciaría de contenido la normativa de protección de consumidores, desvirtuándola total y absolutamente. El propio TJUE tiene declarado que el objetivo de protección del consumidor es primordial. Considero que ese objetivo nunca se cumpliría cuando el consumidor debe renunciar a la aplicación de la Directiva 93/13 para evitar tener que devolver el préstamo. Por tanto, es imprescindible que el TJUE dote al juez nacional de herramientas, en forma de declaraciones de diferentes opciones que este disponga para poder otorgar al consumidor la protección que permita el restablecimiento del equilibrio quebrado inicialmente por la cláusula abusiva y que no conlleve situaciones de evidente injusticia como la que le abocaría a devolver el importe del préstamo o a expresar su deseo de mantenimiento de la cláusula abusiva.

Se equivocaría de plano el TJUE si, bajo el propósito de conseguir el cese de las cláusulas abusivas, despojase de protección al consumidor. La aplicación de la doctrina de la no integración debe ser compatible con la necesidad de que el juez nacional dote al consumidor de protección en esos supuestos y, para ello, el TJUE debe ampliar declaraciones como las efectuadas en *M. B. y otros* y

prever expresamente que en caso de inexistencia de disposición supletoria sustituyente y de que, tras el emplazamiento a negociar por parte del juez, las partes no acuerden una solución negociada que restablezca el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de ambas partes –situación probable en la medida en que consumidor y profesional defienden intereses contrapuestos–, sea el juez el que adopte las medidas necesarias para resolver la situación, tomando en consideración el Derecho en su totalidad, tanto el interno como el Derecho de la Unión Europea. Esas medidas encaminadas a proteger al consumidor de las consecuencias perjudiciales de la anulación del contrato pueden tomar diferentes formas y debería ser el TJUE el que, a mi juicio, se adentrara en el problema y desarrollase un elenco de posibilidades. Así, vedada por el TJUE la aplicación de una norma que no tenga naturaleza supletoria, la elaboración por parte del juez de una cláusula en sustitución de la nula, o que sea el propio juez el que determine el modo del cálculo del interés serían supuestos de resolución del problema. El TJUE no debería limitarse a manifestar que el juez no puede sustituir la cláusula nula por una disposición que no tenga naturaleza supletoria cuando se den las dos circunstancias concurrentes (imposibilidad de subsistencia del contrato y exposición del consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales). Tampoco es suficiente con que el TJUE se refiera a «adoptar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que pudiera provocarle la anulación del contrato», sino que debe facilitar medidas o indicaciones concretas. Evidentemente, no está en sintonía con nuestra postura la declaración del TJUE en el sentido de que, si se permitiese al juez modificar o moderar libremente el contenido de las cláusulas abusivas, tal facultad podría poner en peligro la consecución del conjunto de los objetivos mencionados (proteger al consumidor restableciendo el equilibrio y lograr el cese del uso de cláusulas abusivas).

El Tribunal de Justicia debe abordar la situación en la que el consumidor se abstiene de invocar el carácter abusivo y no vinculante de una cláusula, y otorga un supuesto «consentimiento libre e informado a la cláusula en cuestión, evitando con ello la anulación del contrato». Es absurdo pensar que un consumidor en el marco de un litigio contra el profesional va a consentir una cláusula abusiva si no es porque la anulación del contrato le supone una consecuencia claramente perjudicial, como sería la obligación de devolver el préstamo en su totalidad. ¿Qué clase de protección al consumidor es aquella que le compele a aceptar una cláusula abusiva? ¿Puede ello entenderse como un consentimiento libre e informado, por mucho que el juez le haya explicado las consecuencias?

Desde nuestro punto de vista, el TJUE debe avanzar en sus postulados e, incluso, transformar algunos. No parece justificada una negativa radical a aplicar el principio de equidad o los usos en sustitución de la cláusula nula por no haber sido objeto de una evaluación específica del legislador a fin de establecer un equilibrio entre el conjunto de derechos y deberes de las partes contratantes, puesto que podría ser el propio juez nacional el encargado de realizar esa evaluación y, en caso de concluir que responde a un equilibrio, aplicar una norma nacional por analogía en sustitución de la cláusula nula, posibilidad que le plantea el órgano jurisdiccional remitente polaco en *M. B. y otros*, que es rechazada terminantemente por el TJUE.

Caso 89. *AxFina Hungary*²²⁸: Las disposiciones supletorias que pueden sustituir a las cláusulas abusivas en casos excepcionales —cuando la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales— no pueden ser de naturaleza genérica y deben sustituir útilmente la cláusula abusiva mediante una mera sustitución por el juez nacional que no requiera una acción por parte de dicho juez que equivalga a revisar el contenido de una cláusula abusiva de dicho contrato.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de un procedimiento judicial instado por una consumidora contra una financiera en relación con las consecuencias jurídicas de la declaración de invalidez de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, pero reembolsable en divisa nacional, debido al carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato que hace recaer el riesgo de tipo de cambio en el consumidor²²⁹.

²²⁸ Asunto C-705/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 27 de abril de 2023. MJ contra AxFina Hungary Zrt. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Győr. EU: C:2023:352. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott a la que le fue asignado.

²²⁹ El 13 de febrero de 2008, la demandante en el litigio principal celebró un contrato de préstamo y de opción con el predecesor jurídico de AxFina, con el fin de comprar un vehículo. El importe efectivo de dicho préstamo ascendía a 2.830.000 forintos húngaros (HUF) (aproximadamente 7.126 euros) a 120 meses, con unos intereses previstos de 920.862 HUF (aproximadamente 2.319 euros) por todo ese período. Dicho contrato estipulaba un préstamo denominado en francos suizos (CHF) y reembolsable en forintos húngaros. La fluctuación del tipo de cambio entre el forinto húngaro y el franco suizo afectó a la obligación de reembolso de la demandante en el litigio principal, que siguió pagando cuotas hasta el mes de agosto de 2015. El Tribunal Superior de Győr declaró nulo el contrato por considerar abusiva la cláusula que hacía recaer el riesgo de tipo de cambio en el consumidor. Además, el contrato de préstamo en cuestión también era inválido debido a la cláusula según la cual el tipo de cambio de compra se aplicaría para el desembolso del préstamo, mientras que el tipo de cambio de venta o cualquier otro tipo de cambio diferente del fijado al efectuar el desembolso se aplicaría para el reembolso de dicho préstamo. A raíz de la declaración de invalidez de dicho contrato por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento continuó ante el órgano jurisdiccional de primera instancia en relación con la determinación de las consecuencias jurídicas de esa

Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que son examinadas conjuntamente por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, cuando una cláusula que hace recaer el riesgo de tipo de cambio en el consumidor implica, debido a su carácter abusivo, la invalidez del contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, pero reembolsable en divisa nacional, en el que figura esa cláusula, dicho contrato sea declarado válido y a que el contenido de las obligaciones del consumidor derivadas de esa cláusula se adapte mediante una modificación de la divisa del contrato y del tipo de interés fijado en este o mediante el establecimiento de un límite máximo del tipo de cambio de esa divisa.

Mediante su tercera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, cuando una cláusula que hace recaer el riesgo de tipo de cambio en el consumidor implica, debido a su carácter abusivo, la invalidez de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, pero reembolsable en divisa nacional, en el que figura esa cláusula, se mantenga en vigor dicho contrato, durante el período comprendido entre la fecha de su celebración y la de entrada en vigor de una legislación nacional que prevé la conversión a la moneda nacional de los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera, sustituyendo dicha cláusula por disposiciones de Derecho nacional relativas a la divisa del reembolso de un préstamo, al pago de intereses en las relaciones contractuales y a la determinación del tipo de interés.

Doctrina. A fin de responder a las cuestiones primera y segunda observa el TJUE que, en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. En

declaración de invalidez. En el marco de un recurso de apelación, el asunto fue remitido de nuevo al Tribunal Superior de Győr, que es el órgano jurisdiccional remitente. Dicho órgano jurisdiccional considera que el contrato de préstamo controvertido no puede subsistir sin la cláusula abusiva. Por lo que respecta a los efectos jurídicos de la declaración de invalidez del contrato, ese órgano jurisdiccional señala que la jurisprudencia húngara sigue mayoritariamente la postura adoptada por el órgano consultivo de la Kúria (Tribunal Supremo) en su dictamen de 19 de junio de 2019, que no es formalmente vinculante. Con arreglo a este dictamen la única consecuencia jurídica que puede aplicarse cuando un contrato de préstamo contiene una cláusula abusiva que hace recaer el riesgo de tipo de cambio en el consumidor es una «declaración de validez» en virtud del Derecho húngaro. El órgano jurisdiccional remitente se plantea diversas posibilidades para solucionar el problema de los efectos de la invalidez y tiene dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de dichas alternativas. El órgano jurisdiccional se pregunta, en particular, sobre las consecuencias que deberían extraerse de la invalidez de ese contrato para el período comprendido entre la fecha de su celebración, a saber, el 13 de febrero de 2008, y el plazo previsto por la legislación húngara para la conversión a la moneda nacional de los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera, a saber, el 1 de febrero de 2015.

consecuencia, la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula de este tipo debe, en principio, tener como consecuencia que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva. También señala el TJUE que cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, ese juez no puede integrar el contrato modificando el contenido de esa cláusula, ya que la integración pondría en peligro la consecución del objetivo previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13, es decir, el cese del uso de las cláusulas abusivas²³⁰.

Descendiendo al litigio principal, indica el TJUE que, para no menoscabar ese objetivo, el juez nacional no puede subsanar la invalidez de un contrato derivada del carácter abusivo de una cláusula que figura en él declarando ese contrato válido y modificando simultáneamente la divisa de este y el tipo de interés fijado en el contrato, ni estableciendo un límite máximo del tipo de cambio de esa divisa (alternativas propuestas por el tribunal remitente). Por tanto, ya ha contestado en sentido negativo a las preguntas formuladas. Sin embargo, el TJUE sigue exponiendo sus razonamientos e indica que tal intervención por parte del juez equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dicha cláusula y sería, por ende, contraria a la jurisprudencia del TJUE relativa a la doctrina de la no integración. Observa el TJUE que de la jurisprudencia se desprende que cuando, como en el caso de autos, el contrato de préstamo en cuestión deba anularse en su totalidad después de que se haya suprimido una cláusula abusiva de este, dicha cláusula puede, con carácter excepcional, suprimirse y sustituirse por una disposición supletoria de Derecho nacional o aplicable en caso de acuerdo entre las partes. Esta posibilidad se limita a los casos en los que la anulación del contrato en su totalidad expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización. Añade el TJUE que el juez nacional debe poder estimar, en su caso, una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al riesgo de tipo de cambio, cuando se aprecie su carácter abusivo y la imposibilidad de que el contrato subsista sin ella. En ese contexto señala el TJUE que cuando el juez nacional estima que la anulación del contrato de préstamo en cuestión tendría como consecuencia penalizar al consumidor la sustitución de la

²³⁰ Asunto C-705/21. STJUE de 27 de abril de 2023, *AxFina Hungary*, apdos. 38 a 40.

cláusula abusiva por disposiciones supletorias de Derecho nacional no constituye la única consecuencia conforme a la Directiva 93/13. Así, a falta de una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio o de una disposición aplicable en caso de acuerdo de las partes del contrato de préstamo en cuestión que pueda sustituir a las cláusulas abusivas de que se trate, el Tribunal de Justicia ha señalado que, en la medida en que el consumidor no haya expresado su deseo de mantener esas cláusulas abusivas y en que la anulación de dicho contrato expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, el elevado nivel de protección del consumidor que debe quedar garantizado conforme a la Directiva 93/13 exige que, con el fin de restablecer el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones recíprocos de las partes, el juez nacional adopte, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación del contrato podría provocar, en particular debido a la exigibilidad inmediata del crédito del profesional frente a este.

De este modo, en circunstancias específicas, el Tribunal de Justicia ha podido considerar, en particular, que nada se opone a que el juez nacional emplace a las partes a negociar, siempre que establezca el marco para dichas negociaciones y que estas vayan encaminadas a establecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes que tenga en cuenta, en particular, el objetivo de protección del consumidor que subyace a la Directiva 93/13. Además, el Tribunal de Justicia recuerda que ha precisado que si, habida cuenta de la naturaleza del contrato de préstamo en cuestión, el juez nacional estima que no es posible restablecer a las partes en la situación que les habría correspondido si el contrato no se hubiera celebrado, le incumbe velar por que el consumidor se encuentre, en definitiva, en la situación que le habría correspondido si la cláusula considerada abusiva no hubiera existido nunca. En consecuencia, para salvaguardar los intereses del consumidor, el juez nacional puede, en particular, ordenar que se le reembolsen las cantidades indebidamente percibidas por el prestamista sobre la base de la cláusula considerada abusiva, reembolso que obedece a un enriquecimiento sin causa. Matiza el TJUE que, no obstante, es necesario subrayar que las facultades del juez no pueden ir más allá de lo estrictamente necesario para restablecer el equilibrio contractual entre las partes del contrato y proteger así al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que podría provocar la anulación del contrato de préstamo de que se trata.

Concluye el TJUE respondiendo a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en

el sentido de que se oponen a que, cuando una cláusula que hace recaer el riesgo de tipo de cambio en el consumidor implica, debido a su carácter abusivo, la invalidez del contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, pero reembolsable en divisa nacional, en el que figura esa cláusula, dicho contrato sea declarado válido y a que el contenido de las obligaciones del consumidor derivadas de esa cláusula se adapte mediante una modificación de la divisa del contrato y del tipo de interés fijado en este o mediante el establecimiento de un límite máximo del tipo de cambio de esa divisa²³¹.

En relación con la tercera pregunta, el TJUE reitera la idea de la excepcionalidad de la sustitución de la cláusula abusiva por disposición supletoria de Derecho nacional o aplicable en casos de acuerdo entre las partes, con base en que se presume que esas disposiciones no contienen cláusulas abusivas. Señala el TJUE que se supone que estas disposiciones reflejan el equilibrio que el legislador nacional ha querido establecer entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes de determinados contratos para los casos en que las partes o bien no se han apartado de una regla estándar prevista por el legislador nacional para los contratos de que se trate, o bien han escogido expresamente la aplicabilidad de una regla establecida por el legislador nacional a tal fin. También reitera el TJUE que no pueden suplirse las lagunas de un contrato provocadas por la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en este sobre la única base de disposiciones nacionales de carácter general.

En consecuencia, el TJUE responde a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, cuando una cláusula que hace recaer el riesgo de tipo de cambio en el consumidor implica, por su carácter abusivo, la invalidez de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, pero reembolsable en divisa nacional, en el que figura esa cláusula, se mantenga en vigor dicho contrato, durante el período comprendido entre la fecha de su celebración y la de entrada en vigor de una legislación nacional que prevé la conversión a la moneda nacional de los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera, sustituyendo dicha cláusula por disposiciones de Derecho nacional de carácter general, en la medida en que tales disposiciones de Derecho nacional no pueden sustituir útilmente la misma cláusula mediante una mera sustitución efectuada por el juez nacional que no requiere una intervención por parte de este que equivaldría a modificar el contenido de una cláusula abusiva incluida en dicho contrato.

²³¹ *Ibid.*, apdos. 41 a 50.

Comentarios. El TJUE parte de la situación en la que el contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, en particular la exigibilidad inmediata del crédito del profesional frente al consumidor que en la inmensa mayoría de las ocasiones no podría afrontar. En esta sentencia el TJUE ha resumido su postura sobre las alternativas de que dispone el juez nacional en esa situación para la restitución al consumidor de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional cuando ha identificado una cláusula abusiva, habida cuenta de que al juez le está vedado integrar el contrato, puesto que ello iría en contra del objetivo previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 de conseguir el cese del uso de las cláusulas abusivas. Con carácter excepcional, el juez cuenta con una primera alternativa que consiste en suprimir la cláusula abusiva y sustituirla por una disposición supletoria de Derecho nacional o aplicable en caso de acuerdo entre las partes. Cuando no existe esta disposición, el juez nacional tiene la obligación de adoptar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación del contrato podría provocar. Se entiende que el consumidor no ha expresado su deseo de mantener las cláusulas abusivas, situación casi inverosímil, puesto que, si el consumidor ha litigado en contra de esas cláusulas abusivas, sería absurdo que posteriormente se manifestara en favor de la permanencia de las cláusulas abusivas. Por tanto, el TJUE dispone un mecanismo abierto consistente en la adopción de las medidas que estime convenientes el juez nacional para evitar las consecuencias perjudiciales al consumidor que la anulación del contrato puede entrañar, tomando en consideración el Derecho interno en su conjunto, es decir, la totalidad del Derecho interno. Este mecanismo alternativo a la sustitución de la cláusula abusiva por disposición supletoria se ha visto concretado en determinados supuestos que enumera el Tribunal de Justicia. Así, una posible vía de solución de la situación sería que el juez nacional emplaze a las partes a negociar, siempre que establezca el marco para dichas negociaciones y que estas vayan encaminadas a establecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes que tenga en cuenta, en particular, el objetivo de protección del consumidor que subyace a la Directiva 93/13 (*Banca B.*, STJUE de 25 de noviembre de 2020, C-269/19). Otra posible alternativa es que el juez nacional puede ordenar que se le reembolsen las cantidades indebidamente percibidas por el prestamista sobre la base de la cláusula considerada abusiva, reembolso que obedece a un enriquecimiento sin causa. En ese supuesto las facultades del juez no pueden ir más allá de lo estrictamente necesario para restablecer el

equilibrio contractual entre las partes del contrato y proteger así al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que podría provocar la anulación del contrato de préstamo de que se trata (*Lombard Lizing*, STJUE de 31 de marzo de 2022, C-472/20).

Ahí se acaban las alternativas propuestas por el TJUE, por lo que, desde nuestro punto de vista, la configuración diseñada por el Tribunal de Justicia precisa ser completada. Teniendo en cuenta que el juez no puede integrar el contrato, si no hay disposición supletoria y la negociación de las partes no ha alcanzado ningún acuerdo, ¿qué hace el juez con el contrato de préstamo que no puede subsistir sin la cláusula abusiva? Parece que el TJUE no ha dado ninguna respuesta clara y habrá de ser el juez nacional el que indague dentro su Derecho interno para tratar de encontrar una vía que no suponga integrar el contrato y que conlleve el restablecimiento del equilibrio contractual, teniendo en cuenta que, en caso de duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión, debería plantear cuestión prejudicial al TJUE, que debería ir elaborando soluciones caso por caso, dado que hasta la fecha no parece que haya proporcionado una indicación que resulte de aplicación en la generalidad de los casos. Por tanto, el órgano húngaro remitente ha hecho lo correcto planteando al TJUE posibles alternativas consistentes en declarar válido el contrato y que el contenido de las obligaciones del consumidor derivadas de la cláusula abusiva se adapte mediante una modificación de la divisa del contrato y del tipo de interés fijado en el contrato o mediante el establecimiento de un límite máximo del tipo de cambio de esa divisa. No obstante, el TJUE ha considerado dichas alternativas incompatibles con la Directiva 93/13. En definitiva, el TJUE reitera que el juez no puede adoptar medidas que directa o indirectamente supongan una integración del contrato, incluso sustituyendo la cláusula abusiva por disposiciones de carácter general. Luzak²³² considera que en esta sentencia el TJUE reitera lo dicho en *Dziubak* y subraya el ámbito reducido de lo que constituyen disposiciones supletorias, con las que los jueces nacionales pueden sustituir las cláusulas abusivas sobre tipo de cambio en los contratos de consumidores. La autora titula su comentario con la expresión «*no colouring outside the lines for national courts*» que podría traducirse como que los jueces nacionales no pueden colorear fuera de las líneas, lo que implica que la sustitución por disposiciones supletorias autorizada por el TJUE no puede ser implementada por los jueces

²³² LUZAK, J., «No colouring outside the lines for national courts (exchange rate risk in consumer loan contracts)- CJEU in *AxFina Hungary* (C-705/21)», *Recent developments in European Consumer Law*, Blog, 2 de mayo de 2023.

Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2023/05/no-colouring-outside-lines-for-national.html> (última consulta: 12 de septiembre de 2023).

nacionales ni utilizando disposiciones de carácter genérico ni haciendo otra cosa que no sea una mera sustitución, estándoles vedados llevar a cabo alguna acción que conlleve revisar el contenido de la cláusula abusiva.

A nuestro modo de ver, el problema radica en que el TJUE se aferra a su doctrina de la no integración sin ofrecer un conjunto de alternativas viables cuando no existe la disposición supletoria que pueda sustituir a la cláusula abusiva.

Caso 90. *Bank M*²³³ (*Conséquences de l'annulation du contrat*²³⁴): Declarada la anulación de un contrato de préstamo hipotecario en su totalidad, la Directiva 93/13 no se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a solicitar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad. Ahora bien, el profesional no tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por un consumidor contra una entidad bancaria en ejercicio de una acción de cobro de un crédito derivado de la utilización de fondos resultantes de un contrato de préstamo hipotecario que debe ser anulado debido a que dicho contrato no puede subsistir tras la supresión de ciertas cláusulas abusivas²³⁵.

²³³ Asunto C-520/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 15 de junio de 2023. Arkadiusz Szcześniak contra Bank M. SA, con intervención de: Rzecznik Praw Obywatelskich y otros. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Varsovia-Srodmiescie, Polonia. EU: C:2023:478. El Abogado General Sr. A. M. Collins presentó sus conclusiones el 16 de febrero de 2023.

²³⁴ En Infocuria jurisprudencia (publicación oficial del TJUE) figura como título del presente asunto «Bank M (Conséquences de l'annulation du contrat) », es decir, «Bank M (Consecuencias de la anulación del contrato)». Con arreglo a la sistemática seguida en la presente tesis, la denominación con la que nos referiremos habitualmente a este asunto será «Bank M».

²³⁵ En julio de 2008, el consumidor A. S. y su esposa celebraron con Bank M. un contrato de préstamo hipotecario de una duración de 336 meses por importe de 329.707,24 eslotis polacos (PLN) (aproximadamente 73.000 euros), más intereses a un tipo variable (en lo sucesivo, «contrato de préstamo hipotecario») con vistas a la construcción de una vivienda. Las cláusulas de ese contrato no se negociaron individualmente. El préstamo estaba indexado al franco suizo (CHF), y el contrato establecía que las cuotas mensuales del préstamo debían abonarse en eslotis polacos tras la conversión aplicando el tipo de venta del franco suizo con arreglo al cuadro de tipos de cambio de divisas aplicados por Bank M. el día del pago de cada cuota mensual. Tras la celebración de un anexo a dicho contrato, el 6 de septiembre de 2011, los consumidores obtuvieron la posibilidad de pagar las cuotas mensuales de dicho préstamo directamente en francos suizos. Los consumidores pagaron regularmente las cuotas mensuales del préstamo a su vencimiento. El 31 de mayo

Cabe observar que, a resultas de la presentación de sus conclusiones por parte del Abogado General, la entidad Bank M. solicitó la reapertura de la fase oral del procedimiento. Como era previsible, el TJUE rechazó esta solicitud al no existir hechos nuevos diferentes a los que fueron debatidos entre las partes interesadas.

Mediante su cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente desea saber si, en el contexto de la anulación en su totalidad de un contrato de

de 2021, A. S. presentó una demanda contra Bank M. ante el órgano jurisdiccional remitente mediante la que solicita el pago de 3.660,76 PLN (aproximadamente 800 euros), más los intereses legales de demora devengados desde el 8 de junio de 2021 hasta la fecha en que se abone dicha cantidad. No es objeto del litigio principal del que trae causa la remisión prejudicial otro procedimiento judicial en el que el consumidor solicita el reembolso de todas las cuotas mensuales del préstamo pagadas. Alega el consumidor que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión incluye cláusulas abusivas que lo hacen nulo en su totalidad. En consecuencia, en su opinión, Bank M. recibió las cuotas mensuales del préstamo sin título jurídico. Sostiene que, en particular, durante el período comprendido entre junio y septiembre de 2011, él y su cónyuge devolvieron al banco cuotas mensuales del préstamo por importe de 7.769,06 PLN (aproximadamente 1.700 euros). Considera que, dado que Bank M. dispuso de esa cantidad de dinero entre octubre de 2011 y diciembre de 2020, obtuvo un beneficio de 7.321,51 PLN (aproximadamente 1.600 euros). A. S. calcula dicha cantidad tomando como referencia el tipo de interés medio de los contratos de préstamo en PLN concedidos a los hogares para préstamos al consumo. El órgano jurisdiccional remitente observa que, a la luz del Derecho interno, las cláusulas de conversión de un contrato de préstamo como aquellas a las que se refiere la denuncia de A. S. son abusivas e ilegales. Desde que el Tribunal de Justicia dictó la sentencia *Dziubak*, la inclusión de este tipo de cláusulas en un contrato de préstamo ha conllevado la nulidad del contrato en su totalidad. La nulidad produce efectos *ex tunc*, de modo que deben restituirse todos los servicios prestados en cumplimiento del contrato, de conformidad con el artículo 405 del Código Civil, en relación con su artículo 410, apartado 1. Así pues, una entidad bancaria puede exigir al prestatario la devolución del principal del préstamo, mientras que el prestatario puede solicitar el reembolso de las cuotas mensuales del préstamo, incluidos los gastos como comisiones, gastos administrativos y primas de seguro. Las partes también pueden reclamarse los intereses de demora, al tipo legal, devengados desde la fecha del requerimiento formal de pago. La cuestión que se plantea en el litigio de que conoce el órgano jurisdiccional remitente es si las partes de un contrato que ha sido declarado nulo tienen derecho a ejercitar pretensiones adicionales destinadas a reclamar, en particular, una retribución, una indemnización, el reembolso de los gastos o la actualización de la prestación, por la utilización, sin título jurídico, de recursos dinerarios durante un determinado período de tiempo. Esta cuestión –y, en particular, el posible título jurídico en que se fundamentan tales pretensiones– es controvertida en la jurisprudencia y doctrina polacas. Las disposiciones de Derecho interno que con más frecuencia se invocan como título jurídico de tales pretensiones son el artículo 405 del Código Civil (enriquecimiento injusto) o ese mismo artículo en relación con el artículo 401, apartado 1, del referido Código (prestación indebida). Los conceptos de «prestación indebida» y, a fortiori, de «enriquecimiento injusto» son relativamente amplios y comprenden múltiples supuestos, tales como, potencialmente, las pretensiones relativas a la utilización extracontractual de dinero. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto a si la disponibilidad de una acción de esta naturaleza es compatible con el Derecho de la Unión, en particular con los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, y con los principios de efectividad, proporcionalidad y seguridad jurídica. Se remite a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los efectos de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con consumidores y a los derechos que asisten en estas circunstancias a las partes de dicho contrato. El órgano jurisdiccional remitente observa que el Tribunal de Justicia todavía no se ha pronunciado sobre si las partes de un contrato celebrado con consumidores que ha sido declarado nulo por incumplir los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 están legitimadas para ejercitar pretensiones que vayan más allá de la devolución de la prestación dineraria satisfecha en virtud de ese contrato. En particular, el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre si las partes pueden solicitar una indemnización por la utilización extracontractual de dinero, por la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio debido a la incapacidad temporal para utilizar sus propios fondos, por los costes financieros y de organización asociados a la ejecución del contrato, y por la disminución del poder adquisitivo del dinero con el paso del tiempo.

préstamo hipotecario debido a que este no puede subsistir tras la supresión de unas cláusulas abusivas, los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que:

- se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a reclamar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, y

- se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual la entidad de crédito tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento.

Doctrina. A fin de responder a la cuestión, el TJUE lleva a cabo una serie de observaciones preliminares. Entre ellas, matiza que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, pero la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

Aclara el TJUE que, dado que la Directiva 93/13 no regula expresamente las consecuencias que conlleva la invalidez de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor tras la supresión de las cláusulas abusivas que contiene, corresponde a los Estados miembros determinar las consecuencias que conlleva tal declaración, debiendo ser compatibles con el Derecho de la Unión y, en particular, con los objetivos perseguidos por la citada Directiva las normas que establezcan a este respecto. Reitera el TJUE la premisa relativa a que la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva, añadiendo el TJUE que ha de reconocerse un efecto restitutorio similar cuando el carácter

abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional conlleve no solo la nulidad de esas cláusulas, sino también la invalidez de la totalidad del contrato. La idea es completada por el TJUE con el objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7.1 y en el considerando vigesimocuarta de la Directiva 93/13 consistente en conseguir el cese del uso de las cláusulas abusivas.

Por tanto, la compatibilidad con el Derecho de la Unión de las normas nacionales que regulen las consecuencias prácticas de la nulidad de un contrato de préstamo hipotecario debido a la presencia de cláusulas abusivas depende de si tales normas, por un lado, permiten restablecer de hecho y de Derecho la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicho contrato y, por otro lado, no ponen en peligro el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13²³⁶.

Descendiendo al asunto litigioso, por lo que respecta, en primer lugar, a la posibilidad de que un consumidor reclame, en caso de anulación de un contrato de préstamo hipotecario, créditos que excedan del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de ese contrato, así como, en su caso, del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, considera el TJUE que no parece que tal posibilidad ponga en peligro los objetivos de restablecimiento del consumidor en la situación en la que se encontraría de no haber existido el contrato nulo y de lograr el cese del uso de cláusulas abusivas, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente compruebe este extremo. Así, indica el TJUE que corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar, a la luz del conjunto de circunstancias del asunto del que conoce, si las normas nacionales pertinentes permiten restablecer, de hecho y de Derecho, la situación en la que se habría encontrado el consumidor de no haber existido dicho contrato. También señala que reclamar cantidades adicionales a las antes especificadas puede contribuir a disuadir a los profesionales de incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en la medida en que la inclusión de aquellas cláusulas que impliquen la nulidad de un contrato en su totalidad podría entrañar consecuencias económicas que exceden de la restitución de las cantidades abonadas por el consumidor y, en su caso, del pago de intereses de demora.

El TJUE realiza una importante matización en el sentido de que la adopción por el juez competente de medidas como la estimación de cantidades adicionales no puede considerarse contraria al principio de seguridad jurídica,

²³⁶ Asunto C-520/21. STJUE de 15 de junio de 2023, *Bank M.*, apdos. 64 a 68.

ya que constituye la aplicación concreta de la prohibición de las cláusulas abusivas establecida por la Directiva 93/13. A continuación, el TJUE acota la situación a través del principio de proporcionalidad, como principio general del Derecho de la Unión, que exige que la normativa nacional que lo aplique no vaya más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos y, por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de todas las circunstancias del litigio principal, si, y en qué medida, el hecho de estimar pretensiones del consumidor consistente en las cantidades adicionales excede de lo necesario para alcanzar los objetivos ya expresados (restablecimiento de la situación del consumidor y logro del cese del uso de cláusulas abusivas).

De todo ello deduce el TJUE que, en el contexto de la anulación de un contrato de préstamo hipotecario en su totalidad debido a que este no puede subsistir tras la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en él, la Directiva 93/13 no se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a solicitar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad²³⁷.

Una vez resuelta la primera parte de la cuestión prejudicial, el TJUE aborda la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la reclamación de cantidades adicionales por las entidades bancarias a consecuencia de la nulidad del contrato de préstamo. Señala el TJUE que tales pretensiones solo pueden admitirse si no ponen en peligro los objetivos a los que hemos hecho referencia. Observa el TJUE que una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual la entidad de crédito tuviera derecho a reclamar al consumidor una compensación que excediese del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato –con los intereses de demora, en su caso– y, por tanto, a recibir una remuneración por el uso de ese capital por parte del consumidor, contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales la anulación de dicho contrato, poniendo en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13.

A ello añade el TJUE que la efectividad de la protección que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores se pondría en peligro si estos, cuando invocan sus derechos basados en esa Directiva, estuvieran expuestos al riesgo

²³⁷ *Ibid.*, apdos. 69 a 74.

de tener que pagar tal compensación. Tal interpretación podría crear situaciones en las que fuera más favorable para el consumidor seguir cumpliendo el contrato que incluye una cláusula abusiva que ejercitar los derechos que le confiere dicha Directiva. En su sentencia el TJUE justifica el rechazo de dos argumentos alegados en favor de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de esas reclamaciones adicionales.

Ante el argumento de que de no existir la posibilidad de que los profesionales soliciten una compensación que exceda de la devolución del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, del pago de intereses de demora, los consumidores obtendrían un préstamo «gratuito», el TJUE señala que, de conformidad con el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (no se escuche a quien alega su propia torpeza), no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se le indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento. Así, la posible anulación del contrato de préstamo hipotecario es una consecuencia del uso de cláusulas abusivas por parte de la entidad bancaria. Por tanto, esta no puede ser indemnizada por la pérdida de un beneficio análogo al que esperaba obtener de dicho contrato.

En cuanto al argumento de que la estabilidad de los mercados financieros se vería amenazada si no se permitiera a los bancos pedir tal compensación a los consumidores, considera el TJUE que no es pertinente en el marco de la interpretación de la Directiva 93/13, cuyo objetivo es proteger a los consumidores. Por otra parte, no es admisible que los profesionales puedan eludir los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13 por razones de preservación de la estabilidad de los mercados financieros. Corresponde a las entidades bancarias organizar sus actividades de conformidad con dicha Directiva. Por consiguiente, declara el TJUE que en el contexto de la anulación en su totalidad de un contrato de préstamo hipotecario debido a que este no puede subsistir tras la supresión de las cláusulas abusivas que contenía, la Directiva 93/13 se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual la entidad de crédito tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda de la devolución del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato y del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento²³⁸.

De esta forma, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada declarando que, en el contexto de la anulación en su totalidad de un contrato de préstamo hipotecario debido a que este no puede subsistir tras la supresión de

²³⁸ *Ibid.*, apdos. 75 a 84.

unas cláusulas abusivas, los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que:

– no se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a reclamar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad, y

– se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual la entidad de crédito tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento.

Comentarios. Esta sentencia era esperada con gran interés en Polonia, dado que, tras Dziubak, habida cuenta de la naturaleza abusiva de la cláusula relativa al tipo de cambio, los jueces declaraban la nulidad del contrato en su totalidad con restitución de las prestaciones por ambas partes y los bancos estaban demandando indemnizaciones por el uso del dinero. Ante esa situación el juzgado remitente viene a preguntar, por un lado, si cabe que los consumidores formulen reclamaciones adicionales a lo que sería meramente la devolución de lo abonado de más (reembolso de cuotas mensuales, gastos pagados e intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento). Por otro lado, el juzgado quiere saber si las entidades bancarias pueden reclamar cantidades adicionales al reembolso del capital transferido e intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento. El TJUE sigue la propuesta del Abogado General²³⁹ y aclara la cuestión en los términos que eran muy previsibles, por cuanto que la cláusula abusiva fue incorporada al contrato por la voluntad del profesional predisponente. Así, resuelve que el consumidor sí puede reclamar créditos adicionales siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad. En cuanto al objetivo de conseguir el cese del uso de cláusulas abusivas parece evidente que la estimación de esa pretensión contribuiría a la consecución del objetivo, ya que las entidades bancarias se verían más penalizadas por la incorporación de la cláusula abusiva. En cuanto al objetivo de restablecimiento del consumidor en la situación jurídica y fáctica que le correspondería de no haber

²³⁹ Asunto C-520/21, conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Anthony Michael Collins el 16 de febrero de 2023.

existido el contrato anulado, parece que el juez nacional habrá de valorar el concepto y la justificación en la que se basa cada una de las cantidades adicionales que solicite el consumidor, sirviéndose también el juzgador del principio de proporcionalidad. Por tanto, será una cuestión de prueba, por parte del consumidor, acreditar que tiene derecho a esas cantidades reclamadas para poder ubicarse en la misma posición que hubiera tenido de no haber celebrado el contrato anulado. La solución facilitada por el TJUE me parece muy adecuada porque se remite al Derecho nacional y a los objetivos de la Directiva 93/13 y todo ello modulado a través del principio de proporcionalidad.

Esta sentencia podría allanar el camino para que los consumidores puedan solicitar en nuestro país y en los restantes Estados de la Unión una o varias partidas adicionales a la restitución de lo abonado de más que podrían estar conceptuadas como daños morales o bien como indemnización adicional con efecto disuasorio, o reclamar ambas partidas. En cuanto a los daños morales, dado que la situación más frecuente sería aquella en la que el consumidor no puede acreditar de manera fehaciente la existencia de un daño moral, ya que habitualmente no va a poder respaldar su petición con pruebas de tratamiento psicológico o similar, el consumidor puede utilizar como argumento la práctica seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de otorgar indemnización por daños morales por considerar que los demandantes han debido haber sufrido cierta angustia como resultado de la vulneración de sus derechos, sin tener que acreditar dicho extremo²⁴⁰. Parece evidente que cuando un consumidor se ha visto privado de ciertas cantidades de dinero por haber sido cobradas de más por la entidad bancaria y, posteriormente, se ve obligado a iniciar un procedimiento judicial, contratar un abogado y un procurador con las correspondientes provisiones de fondos, asistir a un juicio oral con la tensión que ello conlleva y, en definitiva, soportar la angustia que cualquier procedimiento judicial implica, ha sufrido un cierto daño moral que debería ser cuantificable e indemnizable. En cuanto a la indemnización adicional con efecto disuasorio –figura que parece desplegarse en el orden jurisdiccional social y de amplio uso en otras tradiciones jurídicas– podría desarrollarse en el ámbito de las cláusulas abusivas con base legal en el artículo 7.1 y en el considerando vigesimocuarto de la Directiva 93/13 como medio para conseguir el objetivo del cese del uso de las cláusulas abusivas. Podría utilizarse en combinación con la indemnización de daños morales, configurando ambos fundamentos una

²⁴⁰ Son numerosísimas las sentencias del TEDH que así lo recogen. Sirva como ejemplo, la sentencia dictada por el TEDH el 15 de diciembre de 2020, asunto Karesvaara y Njie contra España, demanda núm. 60750/15.

partida adicional a las cantidades abonadas de más y a los intereses correspondientes a estas o bien configurarse como dos partidas independientes. La clave estará siempre en el respeto del principio de proporcionalidad, tal y como lo ha preconizado el TJUE.

Sería interesante explorar judicialmente esas vías en nuestro ordenamiento y estar atentos al tratamiento que el TJUE pueda conferirle en caso de que le sea planteada la cuestión, sin perjuicio de su encaje en los derechos nacionales con arreglo a la previsión del artículo 6.1 de la Directiva 93/13.

Esta sentencia abre horizontes verdaderamente interesantes en determinados campos como por ejemplo las preferentes, ámbito en el que resulta indudable el daño moral sufrido por ancianos que fueron convencidos por las entidades bancarias para invertir en ese producto los ahorros de su vida sin informarle de los riesgos que asumían. El sufrimiento padecido por los ancianos damnificados que vieron perder esos ahorros podría ser reclamado como daño moral inherente con independencia de la restitución de las cantidades correspondientes con sus intereses.

Por otro lado, la declaración efectuada en esta sentencia sobre la improcedencia de reclamación de cantidades adicionales por las entidades bancarias resulta absolutamente precisa para evitar que existan decisiones judiciales que amparen esas pretensiones. Parece evidente la procedencia del principio alegado por el TJUE, *nemo auditur propriam turpitudinem*, es decir, que no se escuche a quien alega su propia torpeza. Una entidad bancaria que se vale de cláusulas abusivas no puede pretender que se le indemnicen perjuicios adicionales sufridos por su propia deficiente actuación.

5.2.2 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial

Las resoluciones analizadas en el presente capítulo han generado importantes discusiones doctrinales. Uno de los asuntos más significativos es *Dziubak*, con una gran trascendencia en Polonia por las consecuencias que ha acarreado. La sentencia *Dziubak* ha sido objeto de críticas de diferentes signos. En un sentido muy negativo se manifiesta Fabrizio Esposito²⁴¹ para quien *Dziubak* es fundamentalmente una decisión equivocada y reduce el nivel de la protección del consumidor en la Unión Europea. Esposito mantiene que en

²⁴¹ ESPOSITO, F., «*Dziubak* Is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection», *European Review of Contract Law*, De Gruyter, 16 (4), 2020, pp. 538-551.

Dziubak el TJUE ha decidido reducir la efectividad del Derecho europeo de consumidores. El autor considera que, al contestar a la pregunta cuarta, el TJUE se ha equivocado al no investigar la relevancia y el alcance del principio *favor contractus* en la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva. Señala Esposito que la excepción de *Kásler* consistente en dejar sin efecto una cláusula abusiva y sustituirla por una norma supletoria de Derecho nacional fue justificada por el TJUE «conforme a los principios de la ley de contratos». Por ello, esos mismos principios que justifican la excepción de *Kásler* deberían haber jugado un papel en *Dziubak*. También se refiere Esposito a que la importancia del principio *favor contractus* es reconocida, entre otros instrumentos, por el Convenio de Viena sobre la venta internacional de mercaderías, los principios UNIDROIT, los principios contractuales comunes, etc²⁴². Según Esposito, la contestación a la pregunta cuarta únicamente proporciona una consideración superficial a los fundamentos normativos del artículo 6.1.²⁴³ Esposito sostiene que la excepción *Kasler* crea una tercera alternativa a los consumidores además de las dos consabidas opciones consistentes en aceptar la cláusula abusiva y en afrontar las consecuencias de la anulación de la totalidad del contrato. Al estrechar el ámbito de la excepción *Kásler*, el TJUE reduce el efecto disuasivo de la obligación de no imponer cláusulas abusivas²⁴⁴. Esposito también menciona la distinción altamente clarificadora que se efectúa en *Andriciuc* entre los dos tipos de préstamos concedidos en divisas extranjeras. En el primer tipo, el préstamo debe ser reembolsado en la moneda nacional con arreglo a un mecanismo de indexación, como sucede en *Kásler* y en *Dziubak*. En el segundo tipo de préstamos, el reembolso se hace también en la moneda extranjera, como sucede en *Andriciuc*. En este asunto el TJUE sostiene que los préstamos indexados a divisas extranjeras no pueden ser tratados en la misma forma que los préstamos efectuados en divisas extranjeras. En *Andriciuc* sostuvo el TJUE que únicamente en este segundo tipo de préstamos la referencia a la divisa extranjera es un elemento principal en las obligaciones recíprocas de las partes en la celebración del contrato²⁴⁵.

Son ciertas las observaciones de Esposito en el sentido de que el TJUE ignora lo que dijo en *Andriciuc*, sosteniendo que comete ese error en *OTP Bank* y *OTP Faktoring*, en *Dunai* y en *Dziubak*. Dado que *Andriciuc* implica que el mecanismo de indexación no se considera obligación esencial, en *Dziubak* podía haber optado por configurarla como obligación accesoria, de

²⁴² *Ibid.*, p. 544.

²⁴³ *Ibid.*, p. 545.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 546.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 547.

forma que su eliminación no modificaba la naturaleza del contrato²⁴⁶. Puede estarse o no de acuerdo con la configuración del mecanismo de indexación como obligación accesoria, pero es cierto que en las resoluciones posteriores (*OTP Bank y OTP Faktoring, Dunai y Dziubak*) el TJUE modifica el criterio expresado anteriormente en *Andriiciuc*.

Además de la crítica anterior, Esposito trae a colación otro punto no menos interesante. En *Dziubak*, la entidad bancaria Raiffeisen sostenía que el artículo 358(2) del Código Civil polaco²⁴⁷ cumplía con la excepción *Kásler*. Es decir, la legislación polaca contiene una disposición supletoria para sustituir el mecanismo de indexación. Incluso, Esposito compara el contenido de dicha disposición con el artículo 231 del Código Civil húngaro, utilizado en *Kásler* para sustituir la cláusula de indexación abusiva, preguntándose por qué este último es suficientemente claro como para conducir a la presunción de que su naturaleza equitativa había sido evaluada por el legislador mientras que el artículo 358(2) del Código Civil polaco merece un tratamiento más riguroso²⁴⁸. La última crítica de Esposito a *Dziubak* tiene un contenido constitucional. Se refiere Esposito a la respuesta dada a la primera pregunta. Como es sabido, el TJUE responde a dicha pregunta declarando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a que las lagunas de un contrato, provocadas por la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en este, se puedan suplir sobre la única base de disposiciones nacionales de carácter general que dispongan que los efectos expresados en un acto jurídico son completados, en particular, por los efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos, que no son disposiciones supletorias ni disposiciones aplicables en caso de acuerdo entre las partes del contrato. Sostiene Esposito que dicha respuesta ignora el principio de cooperación sincera y el de efectividad, así como la autonomía institucional que las directivas otorgan a los Estados miembros. Esposito argumenta sobre la base del artículo 288 TFUE²⁴⁹ y del artículo 19.1, párrafo 2.º TUE²⁵⁰ que al ser la directiva un instrumento que obliga al Estado miembro en cuanto al resultado, dejándole libertad en cuanto a los medios, la autoridad nacional –ya sea el legislador o los jueces– tiene la facultad de generar disposiciones para

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 547.

²⁴⁷ Según Esposito, el artículo 358 del Código Civil polaco establece que «el valor de una divisa extranjera deberá ser determinado con arreglo al tipo de cambio medio publicado por el Banco Nacional de Polonia en la fecha debida de pago».

²⁴⁸ ESPOSITO, F., «*Dziubak* Is a Fundamentally Wrong Decision...», *op. cit.* pp. 547-548.

²⁴⁹ Artículo 288 TFUE: «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

²⁵⁰ Artículo 19.1, párrafo 2.º TUE: «Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

suplir las lagunas del contrato, ya que corresponde al Estado miembro su asignación como mejor le parezca.

Según el autor, el TJUE debería haber creado una regla que los jueces puedan aplicar mecánicamente para suplir las lagunas del contrato. Así, se remite a la sentencia *Aziz* en la que Esposito entiende que el TJUE creó la facultad para conceder medidas provisionales a pesar de que la legislación nacional no concedía a los jueces esa facultad²⁵¹. A nuestro modo de ver, el reforzamiento de la autonomía de los Estados miembros –como parece proponer Esposito– conduciría en la generalidad de los casos a un descenso en el nivel de protección de los consumidores y a un deterioro en la interpretación uniforme del Derecho de consumidores europeo. No obstante, sí pensamos que el TJUE debería haber ofrecido una salida a la situación planteada en *Dziubak* y no limitarse a rechazar la alternativa propuesta por el tribunal remitente, toda vez que el escenario que se configura tras *Dziubak* cuando no existe norma supletoria para sustituir la cláusula abusiva sería, bien la nulidad del contrato –que en supuestos de un préstamo conlleva, eventualmente, la devolución del préstamo–, bien el mantenimiento de la cláusula abusiva –solución inadecuada para el consumidor–. Con independencia de que las autoridades judiciales o legislativas del Estado miembro correspondiente puedan dar una salida alternativa, hubiera sido deseable, desde nuestro punto de vista, que el TJUE hubiera aportado una solución uniforme al problema.

La discusión sobre los efectos de la declaración de abusividad también se ha desarrollado en el marco de la doctrina patria. El particular tratamiento dado por el TJUE en *Caixabank* a los efectos jurídicos de la declaración de abusividad ha sido acogido con diversidad de opiniones por la doctrina española, suscitándose un intenso debate que tiene como escenario de fondo la eventual integración de la cláusula abusiva de carácter accesorio por una norma de Derecho dispositivo.

De forma muy elocuente, Alfaro²⁵² titula su entrada «Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto». En una breve descripción de los pasos dados por el TJUE, Alfaro señala que durante años el Tribunal de Luxemburgo se empeñó en sostener que la laguna contractual que pudiera generarse al declarar la abusividad –y, por tanto, la nulidad– de una cláusula predispuesta no se podía cubrir recurriendo al

²⁵¹ ESPOSITO, F., «*Dziubak* Is a Fundamentally Wrong Decision...», *op. cit.* pp. 548-549.

²⁵² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto». *Derecho Mercantil España*, julio 2020.

Disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/luxemburgo-se-rinde-la-clausula-abusiva.html?m=1>

derecho supletorio nacional. Luego, reculó un poco para decir que sí podía integrarse el contrato recurriendo al derecho supletorio si, a falta de tal recurso, el contrato no podía subsistir (lo que ocurría, lógicamente, únicamente con las cláusulas referidas al objeto principal del contrato) y el consumidor estaría peor; luego añadió que, lo de la «subsistencia» del contrato debía entenderse en sentido objetivo, esto es, teniendo en cuenta los intereses de las dos partes. A ello añade Alfaro que, en la sentencia de 16 de julio de 2020, por fin, el TJUE ha completado este viaje hacia la sensatez y ha sostenido que si la anulación de una cláusula (accesoria) provoca una laguna contractual, los jueces pueden aplicar el derecho dispositivo nacional supletorio integrando así el contrato. Según Alfaro, lo que la Directiva prohibía era la reducción conservadora de la validez y no la integración – cobertura de la laguna – del contrato una vez eliminada la cláusula abusiva recurriendo al derecho supletorio dispositivo.

En una línea similar, Pantaleón²⁵³ ha subrayado que la STJUE de 16 de julio de 2020 confirmaba con toda claridad la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en sus sentencias 44/2019 (ES: TS:2019:102), 48/2019 (ES: TS:2019: 104) y 49/2019 (ES: TS:2019:105), todas ellas de 23 de enero, sobre las consecuencias jurídicas de la declaración de abusividad de la condición general que ponía a cargo del prestatario consumidor la totalidad de los gastos a pagar a terceros e impuestos generados por la celebración del contrato de préstamo hipotecario, entendiendo el propio Tribunal Supremo en su sentencia 457/2020, de 24 de julio (ES: TS:2020:2495), los pronunciamientos del TJUE como plena confirmación de su jurisprudencia precedente. Pantaleón manifiesta su satisfacción por el hecho de que el TJUE haya venido a avalar una jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo se había separado de la doctrina *Kásler*. El mismo autor defiende la coherencia de acudir a la correspondiente disposición nacional para integrar la laguna del contrato generada por la supresión de (el tener por no puesta) una cláusula accesoria abusiva.

Agüero Ortiz²⁵⁴ sostiene que el TJUE no apoya la moderación realizada por el TS al considerar que el prestatario debe soportar el 50 % de los gastos de notaría y de gestión por su interés en la concesión del préstamo. Se basa la

²⁵³ PANTALEÓN, F., «La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)», *Almacén de Derecho*, 14 septiembre 2020.

Disponible en: <https://almacendederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-i>

²⁵⁴ AGÜERO ORTIZ, A., «Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020: ¿más gastos restituibles; extensión del plazo para instar la restitución y condena en costas si la cláusula se declara abusiva?», *Centro de Estudios de Consumo*, 24 julio 2020.

Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_de_gastos_en_la_STJUE_de_16.7.2020.pdf

autora en que el TJUE señala que solo podría procederse de ese modo si el Derecho supletorio impusiese al consumidor esa parte de los gastos, lo que no sucede a criterio de Agüero, quien también advierte que el TJUE indica que deben restituirse los importes abonados que no fueran impuestos por el Derecho supletorio al consumidor, lo que le aparta de las SSTs de 23 de enero de 2020 que toman en consideración los gastos asignados al prestamista por el Derecho supletorio, ordenando la restitución íntegra únicamente de los gastos «cuyo pago corresponde por completo al prestamista» y moderando el resto. Por tanto, Agüero interpreta las palabras del TJUE en un sentido diferente al que lo hace Pantaleón, reiterándose aquella en su postura de crítica –ya expresada anteriormente– con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo e insistiendo en la procedencia de restitución al consumidor de un conjunto de gastos: impuesto de actos jurídicos documentados, gastos de registro, gastos notariales menos las copias simples recibidas por el prestatario, gastos de gestión y gastos de tasación (en estos dos últimos casos en los préstamos concedidos antes de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

Abordando de nuevo el problema de la integración, no podemos suscribir las palabras de Alfaro («la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto»). Más bien, se trata de una flexibilización de la doctrina de la no integración efectuada por el TJUE en *Caixabank* en función de las circunstancias concurrentes, toda vez que en *Banca B.* y en *Dexia*, –dictadas posteriormente– el Tribunal de Luxemburgo vuelve a proclamar dicha doctrina. Así, en este último asunto declara el TJUE que el profesional que impuso a un consumidor una cláusula declarada abusiva por el juez nacional no puede reclamar, cuando el contrato pueda subsistir sin dicha cláusula, la indemnización legal establecida por la disposición supletoria del Derecho nacional que habría sido aplicable de no existir dicha cláusula.

A nuestro juicio, cabe separarse de la doctrina de la no integración cuando hay un motivo para ello como puede ser que la eliminación de la cláusula abusiva afecte a intereses de terceros o concurra cualquier otra circunstancia que haga necesario colmar la laguna dejada por la cláusula abusiva nula, aunque se trate de una cláusula accesorio. Si se elimina por abusiva una cláusula que obliga al consumidor a pagar los gastos notariales de la escritura de constitución, el problema no está resuelto porque la eliminación no implica que el profesional tenga que pagar la factura del notario. Existe un vacío que hay que colmar puesto que el notario tiene que cobrar y para ello hay que acudir al Derecho supletorio. En cambio, si la eliminación afecta a una cláusula penal de índole accesorio que establece una indemnización en favor del profesional la nulidad de la cláusula abusiva conlleva simple y llanamente la eliminación de la penalización, teniendo

todo su sentido la aplicación de la doctrina de la no integración como mecanismo disuasorio a fin de que el profesional deje de utilizar cláusulas abusivas.

A nuestro juicio, la respuesta que ha de dar el juez nacional debe adaptarse a las circunstancias concurrentes y la doctrina de la no integración ha de ser aplicada de forma flexible garantizando la protección del consumidor, pero a la vez resolviendo los problemas planteados de manera efectiva. Lo difícil será decidir cuándo procede la flexibilización y cuándo no.

Es de admitir que hay una parte importante de la doctrina, tanto española como de otros países europeos, que defienden la aplicación del Derecho supletorio incluso en supuestos de cláusulas accesorias abusivas como una solución más justa que la pura eliminación de la cláusula abusiva. Así lo defiende el profesor Storme²⁵⁵ en un artículo cuyo título es muy revelador: «*On the Usefulness of Default Rules and Disproportionate Sanctions in Consumer Law*»²⁵⁶. Storme considera –refiriéndose a las cláusulas no esenciales– que las normas supletorias reflejan el equilibrio que el legislador ha tratado de establecer entre todos los derechos y obligaciones de las partes. El autor señala que cuando una cláusula deja de ser vinculante por causar un desequilibrio importante, la aplicación de la norma supletoria restablecería el equilibrio. Así, el autor cita varios ejemplos: si una cláusula sancionatoria es anulada, la parte demandante debe probar el daño causado por el incumplimiento; si un periodo de preaviso es más corto que el fijado por la norma supletoria causando un desequilibrio, se aplicaría el periodo de preaviso de la norma supletoria. Según el autor, la tendencia en el Derecho contractual en las últimas décadas es moderar las sanciones aplicando el principio de proporcionalidad (una cláusula desproporcionada es reemplazada por el juez por una cláusula proporcionada), precisamente lo contrario a lo observado en la jurisprudencia del TJUE. Sostiene Storme que hay buenas razones para no aplicar la reducción conservadora de la validez (*geltungserhaltende Reduktion*), pero es más problemático prohibir al juez aplicar las normas supletorias y no hay que despreciar las normas supletorias como remedio efectivo para el consumidor. Inaplicar no únicamente las cláusulas abusivas, sino también las normas supletorias, es claramente desproporcionado según Storme²⁵⁷, quien espera que el TJUE se tome más en

²⁵⁵ STORME, M. E., «On the Usefulness of Default Rules and Disproportionate Sanctions in Consumer Law», *European Review of Private Law*, núm. 3, 2021, p. 399-401.

²⁵⁶ Podríamos traducirlo como «Sobre la utilidad de las normas supletorias y las sanciones desproporcionadas en Derecho de consumo».

²⁵⁷ Storme hace mención a la postura del Tribunal de Casación belga que, tomando como referencia la jurisprudencia del TJUE, tiene declarado que el arrendatario-consumidor no tiene que abonar ninguna indemnización por los perjuicios sufridos por el arrendador como consecuencia del nuevo arrendamiento que tiene que concertar este (*damages for relocation*) cuando existe una cancelación anticipada

serio el equilibrio configurado por los legisladores nacionales y supranacionales en el Derecho contractual.

También en nuestra doctrina nacional encontramos autores que defienden la conveniencia de impulsar la integración a fin de restablecer el equilibrio contractual y que ven en los últimos pronunciamientos del TJUE señales en esa dirección. Así se manifiesta Martín Faba²⁵⁸ en sus comentarios sobre la sentencia *OTP Jelzálogbank*. El autor parte de una idea que no compartimos según la cual «la doctrina de la no integración» produce situaciones de desequilibrio patente para el predisponente y consecuencias de desequilibrio extremo para el adherente, pudiendo ser esa la razón por la que el *statu quo* está cambiando paulatinamente o bien porque la nulidad parcial como regla general era un recurso disponible a voluntad del consumidor, que podría optar de manera oportunista por la nulidad total con el fin de salirse de un contrato que ya no le interesa aprovechando la excusa de que alguna de sus cláusulas fuese abusiva.

A nuestro juicio, no es un planteamiento correcto. Entendemos que no se puede hablar de «oportunismo» en el consumidor por ejercer la acción que más le convenga (acción de nulidad del contrato en su conjunto con restitución de las cantidades abonadas de más o bien acción de nulidad de una cláusula abusiva con subsistencia del contrato y restitución de cantidades indebidamente percibidas por el profesional). Esa alternativa del justiciable nunca puede ser tachada de oportunismo. La doctrina de la no integración tiene una justificación legítima (disuadir al profesional del empleo de cláusulas abusivas) y, a nuestro modo de ver, más que un cambio del *statu quo*, lo que hace el TJUE en algunos pronunciamientos recientes es adaptar su jurisprudencia a las circunstancias que se le presentan. No hay cambio de doctrina en *OTP Jelzálogbank*. Por eso, después de *OTP Jelzálogbank*, en *A. S. A.*, el TJUE vuelve a incidir en que cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite que el juez nacional pueda integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula.

Discrepamos de Martín Faba cuando dice que de *OTP Jelzálogbank* y de otras precedentes se infiere que la nulidad total no procede siempre que quepa una integración que restablezca el equilibrio de derechos y obligaciones de las

del arrendatario y la indemnización prevista contractualmente es considerada abusiva por desproporcionada, no teniendo derecho el arrendador ni siquiera a los perjuicios probados.

²⁵⁸ MARTÍN FABA, J. M., «Hacia una integración que sirva para restablecer el equilibrio contractual (STJUE de 2 de septiembre de 2021, asunto C-932/19, *OTP Jelzálogbank Zrt.*)», *Centro de Estudios de Consumo*, 16 septiembre 2021.

Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Hacia_una_integracion_que_sirva_para_restablecer_el_equilibrio_contractual.pdf (última consulta: 22 de septiembre de 2023)

partes y, a la inversa, la integración siempre procede si sirve para evitar la nulidad contractual y restablecer el equilibrio de derechos y obligaciones dimanantes del contrato. Es lo que el autor denomina «la nueva doctrina». A partir de esa conclusión, Martín Faba avanza en su novedosa teoría –lo que siempre es de agradecer– y sostiene que podría deducirse de *OTP Jelzálogbank* que, tras la nulidad de una determinada cláusula, accidental o esencial, que cause o que no la nulidad del contrato en que se incluye, el juez debe integrar la laguna con una norma que restablezca el equilibrio contractual. Martín Faba también hace hincapié en que la integración es posible si la norma supletoria ha sido promulgada después de la inclusión de la cláusula abusiva y si dicha norma ha sido específicamente creada para cubrir la laguna dejada en el contrato por la cláusula nula, ampliando la configuración a aquellas reglas creadas por la jurisprudencia con posterioridad a la inclusión de la cláusula abusiva, promulgada concretamente para cubrir el vacío dejado por la cláusula. Con arreglo a su «nueva doctrina» el autor situaría la integración como un paso previo al examen de subsistencia del contrato, de forma que solo se podrá declarar la nulidad total si la integración no es posible o no funciona, porque la naturaleza o la causa del contrato queda alterada o porque el equilibrio contractual no queda restablecido.

Nuestra discrepancia con respecto a este planteamiento se debe, entre otras razones, a que consideramos que el TJUE no determina su postura en base a una dicotomía «integración sí-integración no» ni tampoco su modo de proceder es acorde a esa «nueva doctrina». Según el TJUE, dentro del método a seguir por el juez nacional, este debe evaluar si el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva o no. A partir de la respuesta a esa pregunta, se plantean las siguientes disyuntivas.

Entiendo que no cabe sacar de contexto las declaraciones del TJUE en *OTP Jelzálogbank*. Lo que dice en este asunto no supone modificar su postura anterior. El TJUE se enfrenta a una disposición nacional húngara que declara la nulidad de una cláusula sobre el diferencial cambiario con una determinada configuración²⁵⁹ y obliga al juez a sustituir la cláusula nula por la aplicación del tipo de cambio oficial para la divisa correspondiente. Esa disposición nacional está fuera del ámbito de la Directiva 93/13 por aplicación de la exclusión del artículo 1.2 y en cuanto a la incidencia de esa legislación en las garantías de protección derivadas de la Directiva, el TJUE vincula directamente el respeto de las garantías de protección a la posibilidad de restablecimiento de la situación del consumidor como si no hubiera existido la cláusula abusiva. El

²⁵⁹ Aplicación del tipo de cambio de compra para el desembolso del préstamo y aplicación del tipo de cambio de venta para el reembolso del préstamo por parte del prestatario.

TJUE no se pronuncia ni en favor ni en contra de la integración, sino que está comprometido con la protección del consumidor y es respetuoso con la voluntad del legislador nacional en la medida en que este asegure el restablecimiento del equilibrio entre los derechos y obligaciones del profesional y del consumidor, que puede recuperar lo abonado en exceso y sin perjuicio, todo ello, de que el juez controle las restantes cláusulas del contrato como, por ejemplo, la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio y pueda llegar a las conclusiones que considere oportunas. Entre otras declaraciones, lo que dice el TJUE en *OTP Jelzálogbank* es que no porque pida el consumidor la nulidad del contrato el juez va a estar predispuesto a otorgar esa nulidad, lo que es lógico y de sentido común. Distinto es que cuando el juez considera que procede la nulidad del contrato, oiga al consumidor para conocer su postura sobre las consecuencias perjudiciales o no que le acarrea la nulidad e, incluso, para saber si el consumidor prefiere consentir la cláusula abusiva. No se trata de un consumidor «oportunista»²⁶⁰ porque pida la nulidad del contrato, sino que solicita aquello que satisface mejor sus intereses. Parece que, en este caso, a diferencia de que sucedía en *Dziuback*, el juez nacional no estimaría esa nulidad porque esa no es la solución prevista por el ordenamiento interno en su conjunto.

5.3 EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES RESTITUTORIAS A RESULTAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA POR ABUSIVA

El TJUE ha puesto en valor reiteradamente la necesidad de que se le permita al consumidor el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría de no haber existido una cláusula declarada abusiva. De hecho, el TJUE se ha referido, de forma concreta, al derecho del consumidor a la restitución de las cantidades obtenidas indebidamente por el profesional. Por tanto, la acción reparatoria tiene una importancia capital en la configuración de

²⁶⁰ Discrepamos de la hipótesis de Martín Faba, quien considera que el interés del consumidor en la devolución de todo el capital prestado «de golpe» se debe a que «a causa de la devaluación de la moneda húngara el inmueble aumentó de valor, y el consumidor podía venderlo en el mercado obteniendo un precio que bastara para pagar al banco su crédito y sacar algún beneficio» (*Ibid.*, p. 9). Según tenemos entendido, la devaluación de la moneda húngara y su enorme impacto en las hipotecas multidivisas contratadas por la mayoría de los consumidores húngaros provocó una enorme crisis social, con pérdida de la vivienda familiar y bajada generalizada de los precios de los inmuebles. Sobre el impacto en el mercado inmobiliario puede verse el artículo de TÖMÖRI, M., e SÜLI-ZAKAR, I., «The state of the Hungarian residential market in the time of the global economic crisis», *Belgeo Revue Belge de Géographie*, 3-4, 2011. p. 167-186.

Disponible en: <https://journals.openedition.org/belgeo/6289>.

los efectos de la declaración de la cláusula abusiva. Dicho de otro modo, la declaración de abusividad es «papel mojado» si no va acompañada de la posibilidad de satisfacer al consumidor el perjuicio económico sufrido, particularmente, la restitución de lo abonado de más a resultas de la cláusula abusiva. Dentro de los diferentes aspectos relativos a la acción restitutoria, en el presente capítulo nos vamos a centrar en el inicio del cómputo del plazo de la prescripción de la acción, analizando varias resoluciones dictadas por el TJUE que estudian esa cuestión, sin perjuicio de que lo declarado hasta ahora será completado con los futuros pronunciamientos al respecto, en especial, el que resuelva las –hasta el momento– cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles relativas a la acción resolutoria a resultas de la cláusula abusiva sobre reparto de gastos de la constitución y cancelación de hipoteca: la formulada por nuestro Tribunal Supremo mediante el auto 10157/2021 de 22 de julio (ES: TS:2021:10157A²⁶¹), así como las elevadas por la sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante dos autos de 9 de diciembre de 2021 (ES: APB:2021:9350A²⁶² y ES: APB:2021:9347A²⁶³) con contenido prácticamente idéntico y por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Barcelona mediante auto de 22 de julio de 2021 (ES: JPI:2021:297A²⁶⁴). Es de reseñar que existe otra cuestión prejudicial pendiente sobre el inicio del plazo de prescripción planteada por el tribunal polaco Sąd Okręgowy w Warszawie el 12 de enero de 2022 que ha dado lugar al asunto C-28/22, *Getin Noble Bank* (*Délai de prescription des actions en restitution*).

5.3.1 Análisis jurisprudencial

Caso 91. *Raiffeisen Bank*²⁶⁵: Es incompatible con la Directiva 93/13 y con los principios de efectividad y equivalencia una interpretación jurisdiccional

²⁶¹ Asunto C-561/21, *Banco Santander contra GP y BG*, órgano remitente: Tribunal Supremo.

²⁶² Asunto C-812/21, *Banco Santander contra SA y OG*, órgano remitente: Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.

²⁶³ Asunto C-813/21, *Banco Sabadell*, órgano remitente: Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15 (ambas cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona tienen prácticamente el mismo contenido).

²⁶⁴ Asunto C-484/21, *Caixabank contra FCC y MAB*, órgano remitente: Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona.

²⁶⁵ Asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2020, SC Raiffeisen Bank SA contra JB (asunto C-698/18) y BRD Groupe Société Générale SA contra KC (asunto C-699/18), Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Especializado de Mure  , Rumanía. EU: C:2020:537. El Abogado General Sr. Szpunar presentó sus conclusiones el 5 de marzo de 2020.

de la normativa rumana con arreglo a la cual la acción de restitución de las cantidades abonadas a resultas de una cláusula abusiva queda sujeta a un plazo de prescripción de tres años que comienza a correr desde el cumplimiento íntegro del contrato en el que figura dicha cláusula.

Hechos. Estas peticiones se han presentado en el contexto de sendos litigios, en primer lugar, el instado por JB contra SC Raiffeisen Bank SA (en lo sucesivo, «Raiffeisen Bank»)²⁶⁶, y, en segundo lugar, el formulado por KC contra BRD Groupe Société Générale SA (en lo sucesivo, «Société Générale»)²⁶⁷, en relación con el carácter abusivo de determinadas cláusulas de contratos de préstamo.

Las cuestiones prejudiciales en el primero de ambos asuntos se refieren, sustancialmente, a la conformidad del Derecho rumano sobre plazos de prescripción aplicables a las acciones judiciales en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores con diversas disposiciones de la Directiva 93/13 y principios generales del Derecho de la Unión, y no al fondo del litigio principal ni a la interpretación o la aplicación de las disposiciones del ordenamiento nacional.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si los artículos 2, letra b), 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida

²⁶⁶ En 2008, JB celebró con Raiffeisen Bank un contrato de préstamo personal por importe de 4.168,41 euros, una duración de 84 meses y vencimiento durante el año 2015, fecha en la que el interesado devolvió íntegramente el préstamo. Al considerar que determinadas cláusulas contractuales eran abusivas, en diciembre de 2016, JB presentó una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de T  rgu Mure   solicitando la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contractuales del contrato de préstamo celebrado con Raiffeisen Bank, la nulidad absoluta de aquellas y la restitución de los importes indebidamente pagados casi un año después de la expiración de dicho contrato, es decir, dentro del plazo de tres años a partir del día previsto con carácter ordinario para poder ejercitar una acción de orden patrimonial. Durante el procedimiento, entre otras cuestiones, se dilucidaba si JB había perdido la condición de consumidor con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda, como consecuencia de la extinción del contrato de préstamo en cuestión por su cumplimiento íntegro.

²⁶⁷ En mayo de 2003 KC y otra parte, en calidad de co-prestatario, celebraron con Société Générale un contrato de préstamo personal por importe de 17.000 euros, con una duración de 120 meses. Este contrato se extinguió mediante devolución anticipada en marzo de 2005. Al considerar que, a la luz de disposiciones nacionales en la materia, determinadas cláusulas de ese contrato eran abusivas, en julio de 2016, KC presentó una demanda ante Tribunal de Primera Instancia de T  rgu Mure   solicitando que se declarara el carácter abusivo de esas cláusulas. KC solicitó la anulación de dichas cláusulas, la restitución de las cantidades pagadas en virtud de estas y el pago de los intereses legales calculados desde la fecha en que Société Générale cobró esas cantidades hasta su restitución efectiva. Société Générale alegó que, en la fecha de presentación de la demanda, KC ya no tenía la condición de consumidor, dado que, para entonces, habían concluido las relaciones entre las partes y el contrato en cuestión había expirado once años atrás, mediante reembolso anticipado.

en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración.

A través de su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si los artículos 2, letra b), 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como los principios de equivalencia, de efectividad y de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisdiccional de la normativa nacional según la cual la acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional queda sujeta a un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr desde la fecha de cumplimiento íntegro de ese contrato, al presumirse que, desde esa fecha, el consumidor tiene conocimiento del carácter abusivo de esa cláusula.

El TJUE considera que no es competente para responder las cuestiones planteadas en el asunto 699/18 al no ser aplicable la Directiva 93/13 *ratione temporis* al litigio principal en dicho asunto al tenerse en cuenta la fecha de celebración del contrato (28/mayo/2003) y la fecha de adhesión de Rumanía a la Unión Europea (1 de enero de 2007).

Doctrina. El TJUE recuerda que el artículo 6 de la Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, así como que la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Se deduce de lo anterior que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. La protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión. Observa el TJUE que, a falta de normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer la regulación

procesal de los recursos judiciales que hayan de garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho de la Unión genera en favor de los justiciables, siempre y cuando esta regulación, respete los principios de equivalencia y efectividad. De esta forma, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-698/18 que los artículos 2, letra b), 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración, siempre y cuando ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad)²⁶⁸.

En cuanto al análisis de la segunda cuestión, comienza el TJUE abordando si el plazo de prescripción controvertido respeta el principio de efectividad, observando que el examen debe comprender en particular la duración de ese plazo y las modalidades para su aplicación, incluyendo el mecanismo previsto para determinar el inicio de tal plazo. A ese respecto señala que un plazo razonable debe resultar materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo. Según el tribunal remitente el plazo de tres años empieza a correr a partir del cumplimiento íntegro del contrato celebrado con un profesional y ese momento de inicio del cómputo se corresponde con la fecha en la que el consumidor debe o debería haber tenido conocimiento del carácter abusivo de una o de varias cláusulas de ese contrato. Señala el TJUE que siempre y cuando se establezca y se conozca con antelación, un plazo de prescripción de tres años parece, en principio, materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo. Ahora bien, observa el TJUE que hay que tener en cuenta que es posible que los consumidores desconozcan el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un profesional o no perciban la amplitud de los derechos que les confiere la Directiva 93/13 tanto en el momento del cumplimiento íntegro del contrato como con posterioridad a este.

Indica el TJUE que, habida cuenta de la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor, ha de considerarse que un plazo de prescripción de

²⁶⁸ Asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18. STJUE de 9 de julio de 2020, *Raiffeisen Bank*, apdos. 49 a 58.

tres años que empieza a correr a partir de la fecha del cumplimiento íntegro del contrato no puede garantizar al consumidor una protección efectiva, puesto que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en dicho contrato. Un plazo de tal naturaleza hace, por tanto, excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor conferidos por la Directiva 93/13 ²⁶⁹.

Presentada esa primera conclusión, el TJUE aborda un problema que le plantea equivocadamente el tribunal remitente al afirmar este que el consumidor pierde tal condición en el momento del cumplimiento íntegro del contrato. El TJUE desarrolla los argumentos para desvirtuar dicha afirmación como no puede ser de otra manera. Así, sostiene el TJUE que la definición del concepto de «consumidor» que figura en el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 no incluye elemento alguno que permita determinar en qué momento un contratante deja de ser consumidor en el sentido de esta y deja, por tanto, de poder invocar la protección que le confiere esa Directiva. Teniendo en cuenta la premisa de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad frente al profesional, el cumplimiento del contrato no cambia retroactivamente el hecho de que, en el momento de su celebración, el consumidor se hallara en situación de inferioridad frente al profesional. Afirmar el TJUE que en estas circunstancias circunscribir exclusivamente la protección que la Directiva 93/13 confiere al consumidor a la vigencia del contrato en cuestión, de modo que su cumplimiento íntegro excluya toda posibilidad de que el consumidor invoque tal protección, no se compadece con el sistema de protección instaurado por esa Directiva. Se desprende de ello que el concepto de «consumidor» que figura en el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un contrato se haya cumplido íntegramente no excluye que una de las partes del contrato pueda ser considerada «consumidor» a efectos de tal disposición. Por ello, el TJUE vuelve a incidir en que el principio de efectividad se opone a que la acción de restitución quede sujeta a un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr desde la fecha en que finaliza el contrato en cuestión, con independencia de si para esa fecha el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato, en el que fundamenta la acción, dado que estas reglas de prescripción pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor conferidos por la Directiva 93/13 ²⁷⁰.

²⁶⁹ *Ibid.*, apdos. 59 a 67.

²⁷⁰ *Ibid.*, apdos. 68 a 75.

Una vez terminado el análisis del principio de efectividad en el sentido de que no es respetado por la normativa nacional, el TJUE pasa a examinar el principio de equivalencia. Así, afirma que su observancia exige que la norma nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes. Añade el TJUE que corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce directamente la regulación procesal aplicable, apreciar la similitud de los recursos de que se trate desde el punto de vista de su objeto, su causa y sus elementos esenciales. En el caso de autos, se desprende de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial que, conforme a la reiterada jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales rumanos, la inoponibilidad de las cláusulas abusivas se asimila al régimen de la nulidad absoluta. A tal efecto, el tribunal remitente precisa que, en Derecho rumano, el efecto de la nulidad absoluta es el restablecimiento de la situación anterior, lo que, tratándose de contratos sinalagmáticos, se logra por medio de una acción de restitución de lo pagado indebidamente. En virtud del Derecho rumano, en caso de ejercitarse acciones de ese tipo, el plazo de prescripción comienza a correr en la fecha de la declaración judicial de la causa de esas acciones. Señala el TJUE que, por el contrario, el tribunal remitente pone de relieve que, por razones de seguridad jurídica, puede considerarse que el plazo para la restitución de las cantidades pagadas a consecuencia de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado con un consumidor empieza a correr desde la fecha del cumplimiento íntegro de ese contrato y no desde la fecha de declaración judicial del carácter abusivo, y por tanto de la nulidad de la cláusula en cuestión. De ello, deduce el TJUE que, de comprobarse la similitud de las acciones en cuestión, tarea que incumbe en exclusiva al tribunal remitente, la interpretación acogida por dicho órgano jurisdiccional y resumida anteriormente supondría instaurar modalidades procesales diferentes que tratan de modo menos favorable las acciones basadas en el sistema de protección previsto en la Directiva 93/13. Observa el TJUE que si bien es cierto que los plazos de prescripción se arbitran en garantía del principio de seguridad jurídica, no es menos cierto que, en la medida en que el legislador rumano ha estimado que el principio de seguridad jurídica no se opone al plazo de prescripción de las acciones destinadas a reclamar la restitución de las cantidades pagadas a resultas de una cláusula abusiva, no puede considerarse que dicho principio se oponga a aplicar, en virtud del principio de equivalencia, el mismo plazo a las acciones basadas en el sistema de protección previsto por la Directiva 93/13. De esas consideraciones, en cuanto al principio de equivalencia, concluye el TJUE que, de comprobar el tribunal

remitente la similitud de las acciones antes mencionadas, el principio de equivalencia debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación de la legislación nacional que considera que el plazo de prescripción de una acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva empieza a correr a partir de la fecha de cumplimiento íntegro del contrato, mientras que, tratándose de una acción similar de Derecho interno, ese mismo plazo empieza a correr a partir de la fecha de la declaración judicial de la causa de la acción.

Por todo ello, expresa el TJUE sus conclusiones en relación a ambos principios, declarando que los artículos 2, letra b), 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como los principios de equivalencia, de efectividad y de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisdiccional de la normativa nacional según la cual la acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional queda sujeta a un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr desde la fecha de cumplimiento íntegro de ese contrato, cuando se presume, sin ser preciso verificarlo, que en esa fecha el consumidor debía tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión o cuando, para acciones similares basadas en ciertas disposiciones del Derecho interno, ese mismo plazo únicamente empieza a correr a partir de la declaración judicial de la causa de esas acciones.

Comentarios. No aclara prácticamente nada el TJUE en la respuesta a la primera cuestión ya que se limita a decir que no resulta incompatible con el Derecho de la Unión una normativa nacional que dota de imprescriptibilidad a la acción de declaración de cláusula abusiva, pero que somete a prescripción la acción de restitución de las cantidades abonadas a resultas de la cláusula abusiva siempre que el plazo de prescripción respete los principios de equivalencia y efectividad.

Sin embargo, en la respuesta a la segunda pregunta sí acomete el problema llevando a cabo un examen en profundidad acerca de la observancia o inobservancia de los principios de efectividad y equivalencia, con frecuentes citas a las conclusiones del Abogado General y concluyendo la vulneración de ambos principios por parte de la interpretación jurisdiccional de la normativa rumana controvertida. El planteamiento del TJUE tiene cierta similitud con el que efectuó en la sentencia *BBVA* ²⁷¹ referida al plazo de oposición extraordinario

²⁷¹ Asunto C-8/14. STJUE de 29 de octubre de 2015, *BBVA*.

concedido por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013²⁷². No se puede tener únicamente en cuenta la duración del plazo de prescripción (3 años), que puede ser un plazo razonable, sino que también tiene que ser analizado desde cuándo empieza a correr el plazo porque si es desde que finaliza el cumplimiento íntegro del contrato, puede suceder que el consumidor tenga conocimiento de la naturaleza abusiva de la cláusula cuando ya hayan transcurrido más de tres años desde la fecha del cumplimiento íntegro de ese contrato. Esa interpretación jurisdiccional de la normativa nacional vulnera, por tanto, el principio de efectividad, ya que hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, cuando se analiza un plazo de prescripción hay que tener en cuenta los diferentes elementos que juegan en el funcionamiento de dicho plazo. El TJUE realiza una serie de afirmaciones muy interesantes que reiterará en las resoluciones posteriores sobre el mismo problema.

Así, la clave para el inicio del plazo de prescripción es determinada por el TJUE en el momento en el que el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato²⁷³ (apdo. 75). Es de tener en cuenta que el TJUE se refiere a «conocimiento del carácter abusivo de la cláusula», no a la posibilidad de que la cláusula sea abusiva, lo que a nuestro juicio determina un matiz en cuanto a la exigencia de que ese conocimiento sea cabal, no simplemente que el consumidor considere que existen posibilidades de que la cláusula sea abusiva. Parece evidente que el cumplimiento íntegro del contrato constituye un dato irrelevante en la medida en que no garantiza que el consumidor conozca o pueda razonablemente conocer la naturaleza abusiva de la cláusula de ese contrato.

El Tribunal de Justicia también afirma que un plazo de tres años es suficiente para permitir al consumidor interesado preparar e interponer un recurso efectivo siempre que ese lapso de tiempo se establezca y se conozca con antelación²⁷⁴ (apartado 64). Esa condición impuesta por el TJUE es determinante porque si contemplamos el problema desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español la propia existencia de las cuestiones prejudiciales planteadas para aclarar las dudas al respecto (entre ellas la de nuestro Tribunal Supremo –órgano jurisdiccional supremo en la interpretación del Derecho nacional–)

²⁷² En BBVA el problema no estaba en que el consumidor disponía de un mes para formular el incidente de oposición –lo que era considerado suficiente por el TJUE–, sino que ese mes comenzaba a correr desde la publicación en el *BOE* de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, sin que existiera un emplazamiento personal.

²⁷³ Subrayado es nuestro.

²⁷⁴ Subrayado es nuestro.

demuestra que el comienzo del lapso de tiempo ni se ha establecido por el legislador ni se ha conocido por los consumidores con antelación.

Por otro lado, la interpretación jurisdiccional de la normativa rumana también vulnera el principio de equivalencia porque para otras acciones similares basadas en el incumplimiento del Derecho interno con un objeto y causa semejantes, la legislación rumana prevé que el plazo de prescripción empieza a correr en la fecha de la declaración judicial de la causa de esas acciones.

Caso 92. *Profi Credit Slovakia*²⁷⁵: Vulnera el principio de efectividad la normativa eslovaca que determina que el plazo de prescripción de tres años para el ejercicio de la acción restitutoria de cantidades abonadas a resultas de una cláusula abusiva comienza a correr en la fecha en la que se produce el enriquecimiento injusto.

Hechos. La petición se presentó en el contexto de un litigio instado por el consumidor LH contra Profi Credit Slovakia s. r. o., en reclamación del enriquecimiento sin causa de dicha sociedad derivado eventualmente de un pago efectuado por el prestatario en virtud de cláusulas que este considera abusivas o ilícitas de un contrato de crédito al consumo. De nuevo se dilucida sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de prestaciones abonadas en virtud de una cláusula declarada abusiva y el momento en que comienza a correr el mismo. También se pregunta al TJUE por la interpretación conforme al Derecho de la Unión de una norma nacional incompatible con las exigencias que se derivan de la Directiva 2008/48²⁷⁶.

²⁷⁵ Asunto C-485/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de abril de 2021. LH contra Profi Credit Slovakia, s.r.o. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Regional de Presov, Eslovaquia. EU: C:2021:313. Fueron presentadas conclusiones por parte del Abogado General Sr. Szpunar con fecha de 3 de septiembre de 2020, si bien estas conclusiones se limitan al análisis de las dos primeras cuestiones conforme a lo solicitado por el Tribunal de Justicia.

²⁷⁶ El 30 de mayo de 2011, el demandante en el litigio principal y Profi Credit Slovakia celebraron un contrato de crédito al consumo por importe de 1.500 euros, con un tipo de interés del 70 % y una TAE del 66,31 %, es decir, un total de 3.698,40 euros, que debían reembolsarse en 48 mensualidades de 77,05 euros, sin precisar el desglose de los reembolsos entre el capital, los intereses y los demás gastos soportados por el prestatario. Por una parte, se desprende de la resolución de remisión que, en virtud del mencionado contrato, Profi Credit Slovakia podía, desde el primer día de la relación contractual, percibir una comisión por importe de 367,49 euros como contraprestación de la posibilidad que se ofrecía al consumidor de obtener en el futuro un aplazamiento del reembolso del crédito. Como consecuencia de la aplicación de dicha comisión, el demandante en el litigio principal no recibió el importe acordado de 1.500 euros, sino un importe residual de 1.132,51 euros, es decir, un importe inferior en un 24 %, aun cuando no era seguro que este consumidor fuera a hacer uso de la posibilidad onerosa de demorar el reembolso. Por otra parte, en la resolución de remisión se menciona que la TAE indicada en el contrato (66,31 %) es inferior al tipo de interés (70 %), lo que podría obedecer al hecho de que la TAE no se calculó de acuerdo con el importe efectivamente abonado por Profi Credit Slovakia. Se precisa en la citada resolución que, en el Derecho eslovaco, la indicación incorrecta de la TAE se sanciona con la pérdida del derecho del prestamista al pago de los intereses y comisiones relativos al crédito. El 2 de febrero de 2017,

Según reformulación del TJUE, mediante la primera cuestión, el juzgado remitente pretende que se determine si el principio de efectividad debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que la acción ejercitada por un consumidor con el fin de obtener la restitución de cantidades indebidamente pagadas, de acuerdo con unas cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13 o de cláusulas contrarias a los requisitos de la Directiva 2008/48, está sujeta a un plazo de prescripción de tres años que comienza a correr a partir de la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto.

Mediante sus cuestiones prejudiciales quinta y sexta, el tribunal remitente preguntó al Tribunal de Justicia sobre la manera de proceder a una interpretación conforme con el Derecho de la Unión de una normativa nacional declarada incompatible con los requisitos derivados del artículo 10, apartado 2, letras h) e i), de la Directiva 2008/48, tal como ha sido interpretado por la sentencia de 9 de noviembre de 2016, *Home Credit Slovakia* (C-42/15)²⁷⁷, siendo así que el contrato de crédito en cuestión se celebró antes de que se dictara la citada sentencia y antes de que se modificara la mencionada normativa nacional con objeto de adecuarla a la interpretación adoptada en esa sentencia.

Doctrina. Como hace sistemáticamente en este tipo de situaciones, el TJUE señala que a falta de normas de la Unión en esa materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento de la Unión, siempre y cuando esa regulación procesal interna respete los principios de efectividad y equivalencia.

Se centra la cuestión en comprobar si la normativa eslovaca cumple con el principio de efectividad. Remitiéndose en repetidas ocasiones a las sentencias *Raiffeisen Bank* y *Caixabank*, el TJUE recuerda que la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos razonables de carácter

tras haber reembolsado la totalidad del crédito, el demandante en el litigio principal fue informado por un jurista de que la cláusula del referido contrato relativa a los gastos de aplazamiento era abusiva y que las indicaciones que se le habían dado en relación con la TAE no eran correctas. El 2 de mayo de 2017, el demandante en el litigio principal interpuso una demanda para obtener la restitución de las comisiones que él consideraba indebidamente percibidas. En su defensa, Profi Credit Slovakia invocó la prescripción de la acción del interesado. Mediante resolución de 15 de noviembre de 2018, el Tribunal Comarcal de Prešov, desestimó la demanda. El tribunal remitente, el Tribunal Regional de Prešov, que conoce del recurso de apelación interpuesto por el demandante en el litigio principal, considera que el contrato en cuestión puede, desde varios puntos de vista, considerarse contrario a las normas del Derecho de la Unión aplicables en materia de protección de los consumidores.

²⁷⁷ Asunto C-42/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de noviembre de 2016, *Home Credit Slovakia a.s. contra Klára Bíróová*. Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Dunajská Streda, Eslovaquia, EU: C:2016:842.

preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión. También alude a que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. Con respecto al plazo de prescripción de tres años, recuerda que siempre que ese lapso de tiempo se establezca y se conozca con antelación, un plazo de esa duración parece, en principio, suficiente para permitir al consumidor interesado preparar e interponer un recurso efectivo, de modo que esa duración, en sí misma, no es incompatible con el principio de efectividad. Dicho ello, el TJUE aborda el problema de fondo que es el momento de inicio del cómputo fijado para el plazo de prescripción examinado, afirmando que en circunstancias como las del litigio principal existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor interesado no invoque, durante el plazo impuesto, los derechos que le confiere el Derecho de la Unión lo cual le impediría hacer valer sus derechos. Según indica el tribunal remitente, el plazo de tres años establecido en el artículo 107, apartado 2, del Código Civil eslovaco comienza a correr a partir de la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto y la prescripción tiene lugar aun cuando el consumidor no pueda apreciar por sí mismo que una cláusula contractual es abusiva o no haya tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contractual en cuestión.

Para reforzar sus argumentos el TJUE se remite a las conclusiones del Abogado General²⁷⁸ en las que señala que los contratos de crédito, como el controvertido en el litigio principal, se ejecutan por regla general durante períodos de tiempo prolongados y, por ello, si el hecho que da inicio al plazo de prescripción de tres años es todo pago efectuado por el prestatario, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente, no puede excluirse que, al menos para una parte de los pagos efectuados, se produzca la prescripción incluso antes de que finalice el contrato, de modo que tal régimen de prescripción puede privar sistemáticamente a los consumidores de la posibilidad de reclamar la restitución de los pagos realizados en virtud de las cláusulas que contravienen las citadas Directivas. En consecuencia, la regulación procesal controvertida en la medida en que exige al consumidor que actúe ante los tribunales en un plazo de tres años a partir de la fecha del enriquecimiento injusto y en la medida en

²⁷⁸ Asunto C-485/19. Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 3 de septiembre de 2020.

que dicho enriquecimiento puede tener lugar durante la ejecución de un contrato de larga duración, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confieren la Directiva 93/13 o la Directiva 2008/48, y que, por lo tanto, infringe el principio de efectividad.

Como cuestión colateral, la resolución de remisión se refería a aspectos relacionados con el dolo del profesional. Al respecto, el TJUE, siguiendo al Abogado General, deja claro que la intención del profesional que recurre a una cláusula declarada abusiva por los tribunales carece de pertinencia en lo que respecta a los derechos de los consumidores derivados de la Directiva 93/13, y lo mismo cabe decir respecto al artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48. Por lo tanto, a efectos de hacer valer sus derechos, derivados de las citadas disposiciones, un consumidor no puede verse obligado a demostrar el carácter doloso de la conducta del profesional en cuestión. A efectos de que el tribunal remitente, reciba una respuesta clara y no mezcle las cuestiones relativas a los dos plazos de prescripción (tres años y el excepcional de diez años), el TJUE señala claramente que la posibilidad de ampliar el plazo de prescripción de tres años siempre que el consumidor demuestre la intención deliberada del profesional, prevista en el artículo 107, apartado 2, del Código Civil, no puede desvirtuar lo declarado en el apartado anterior de la presente sentencia.

Por ello, concluye el TJUE que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el principio de efectividad debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que la acción ejercitada por un consumidor con el fin de obtener la restitución de las sumas indebidamente abonadas para cumplir un contrato de crédito, de acuerdo con cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13 o con cláusulas contrarias a los requisitos de la Directiva 2008/48, está supeditada a un plazo de prescripción de tres años que comienza a correr a partir de la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto.

El TJUE pasa a examinar las cuestiones quinta y sexta, toda vez que no procedía responder a la segunda y que las cuestiones tercera y cuarta fueron inadmitidas.

En ellas se dilucida sobre la manera de proceder a una interpretación conforme con el Derecho de la Unión de una normativa nacional declarada incompatible con los requisitos derivados del artículo 10.2.h) e i) de la Directiva 2008/48 por la sentencia *Home Credit Slovakia*, teniendo en cuenta que el contrato de crédito se celebró antes de que se dictara dicha sentencia y antes de que se modificara la mencionada normativa para adecuarla a la sentencia.

El TJUE hace mención a las premisas que tiene elaboradas en el sentido de que cuando interpreta una norma del Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. Por tanto, la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de dictarse la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. A partir de ahí, centrándose en el asunto enjuiciado, declara el TJUE que corresponde al tribunal remitente interpretar, haciendo uso de los métodos reconocidos por el Derecho interno, las disposiciones eslovacas aplicables en la fecha de celebración del contrato en cuestión, esto es, el 30 de mayo de 2011, en la medida de lo posible, de conformidad con la Directiva 2008/48, tal como ha sido interpretada por la sentencia de 9 de noviembre de 2016, *Home Credit Slovakia* (C-42/15, EU: C:2016:842).

A ello añade el TJUE que el tribunal remitente no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar las disposiciones nacionales de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que los tribunales eslovacos²⁷⁹ las hayan interpretado de manera incompatible con ese Derecho. A continuación, entra en el campo más problemático que es el de la interpretación *contra legem*.

Señala el TJUE que la obligación de interpretación conforme está limitada por los principios generales del Derecho, en particular por el de seguridad jurídica, en el sentido de que no puede servir de fundamento para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales nacionales, incluidos los que resuelven en última instancia, deben, no obstante, modificar, en caso necesario, la jurisprudencia nacional consolidada cuando esta se base en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. Concluye la cuestión aludiendo a que en *Pohotovost* ya resolvió el mismo problema, por ello declara que procede responder a las cuestiones prejudiciales quinta y sexta que el artículo 10, apartado 2, y el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2008/48, tal como han sido interpretados por la sentencia de 9 de noviembre de 2016, *Home Credit Slovakia* (C-42/15, EU: C:2016:842), son aplicables a un contrato de crédito celebrado antes de que se dictara la citada sentencia y antes de que se modificara la normativa nacional con objeto de adecuarla a la interpretación adoptada en esa sentencia.

²⁷⁹ En la versión española, por error, se dice «tribunales checos». Cotejado con las versiones francesa e inglesa, concluimos que debería decir «tribunales eslovacos».

Comentarios. En primer lugar, debemos observar que las cuestiones primera y segunda fueron redactadas defectuosamente por parte del tribunal eslovaco, ya que la única norma sobre la que solicitaba aclaración al TJUE era el artículo 47 de la Carta. Como hemos hecho alusión en otros comentarios de este trabajo, el TJUE no puede interpretar únicamente una norma en abstracto como es el artículo 47 de la Carta, sino que esta disposición tiene que ir acompañada de la interpretación de una norma en concreto que en este caso son dos, la Directiva 93/13 y la Directiva 2008/48. No obstante el planteamiento erróneo del tribunal remitente, las cuestiones son admitidas. A tal fin aduce el TJUE que, a pesar de no mencionar acto alguno del Derecho de la Unión distinto de la Carta, de los fundamentos de Derecho expuestos en la resolución de remisión se desprende que en esta se establece de manera clara y suficiente un vínculo entre las normas de prescripción expresadas en el artículo 107.2 del Código Civil que son aplicables a un recurso interpuesto por un consumidor y las disposiciones del Derecho derivado de la Unión, cuya finalidad es garantizar la protección de los consumidores, aludiendo expresamente el TJUE a las disposiciones de la Directiva 93/13 y de la Directiva 2008/48.

Es de observar que las preguntas primera y segunda son reformuladas –incluyendo la mención expresa a ambas directivas–, primero por el Abogado General y, más tarde, por el TJUE, que contesta únicamente la primera, dado que la segunda se planteaba únicamente para el supuesto de que se diese respuesta negativa a la primera, lo que no sucedió.

Es absolutamente lógica la postura del TJUE declarando incompatible con el Derecho de la Unión la normativa eslovaca que fija el momento del inicio del cómputo del plazo de prescripción en la fecha que se produjo el enriquecimiento injusto. Resulta meridiano que en muchas ocasiones cuando el consumidor advierte de la naturaleza abusiva de la cláusula habrán transcurrido esos tres años por lo que de nada le servirá conseguir la declaración judicial de nulidad de la cláusula si no puede recuperar el dinero que ha abonado de manera injusta al profesional y se encuentra con una resolución judicial desestimatoria de la reclamación económica por haber prescrito la acción reparatoria. Resulta interesante lo argumentado por el Abogado General en sus conclusiones y que después es sintetizado por el TJUE en la sentencia en relación con la intencionalidad o dolo del profesional. El Abogado General se refiere al artículo 3.1 de la Directiva (contrariamente a las exigencias de la buena fe) manifestando que no se trata de un criterio que tenga carácter subjetivo, sino de un criterio objetivo que se vincula con el considerando decimosexto de la Directiva 93/13 que hace hincapié en los elementos objetivos de la apreciación de

la exigencia de la buena fe. En definitiva, en el sistema de la Directiva 93/13, al insertar una cláusula abusiva en el contrato o al causar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, el dolo carece de pertinencia. Ello excluye la posibilidad de entablar un debate sobre si ha actuado con culpa o con dolo. En definitiva, como dice el Abogado General, la responsabilidad del profesional debe calificarse como responsabilidad objetiva por el mero hecho de utilizar una cláusula abusiva.

El otro problema debatido en el presente asunto referido a los límites de la interpretación conforme es concluido por el TJUE sin arrojar demasiada luz sobre el particular, incluso ha tenido que profundizar menos al respecto que en el también reciente asunto *CDT*. Lo que dice en la sentencia que ahora comentamos es que el juez nacional tiene que interpretar las normas nacionales en la medida de lo posible de conformidad con la Directiva 2008/48, tal como ha sido interpretada por *Home Credit Slovakia*. No obstante, sigue observando el TJUE que la obligación de interpretación conforme está limitada por los principios generales del Derecho, en particular, por el de seguridad jurídica, en el sentido de que no puede servir de fundamento para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Ese es el equilibrio tan complicado de conseguir. Saber cuándo estamos ante una interpretación *contra legem* vedada por el ordenamiento de la Unión y cuándo podemos ensanchar la norma nacional hasta poder interpretarla conforme al Derecho de la Unión. En cualquier caso, añade el TJUE que los órganos jurisdiccionales nacionales, incluidos los de última instancia, deben modificar la jurisprudencia nacional cuando se base en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. En definitiva, el juez nacional debe inaplicar el Derecho interno, ya sea legislación o interpretación jurisprudencial, cuando sea contrario al Derecho de la Unión. Apreciar los diferentes matices de cada situación es tarea complicada, por lo que si el juez nacional tiene dudas de interpretación del Derecho de la Unión habrá de acudir a la cuestión prejudicial como mecanismo para su aclaración.

Caso 93. *BNP Paribas Personal Finance (contra VB y otros)*²⁸⁰: Es contraria a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad la normativa francesa que determina que el plazo de prescripción de cinco años para el

²⁸⁰ Asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de junio de 2021. VB y otros contra BNP Paribas Personal Finance SA. Peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Primera Instancia de París, Francia. EU: C:2021:470. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott a la que le fue asignado.

ejercicio de la acción de devolución de cantidades abonadas a resultas de una cláusula abusiva empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo.

Hechos. Esta cuestión prejudicial tiene su origen en dos litigios tramitados ante el mismo juzgado que es el Tribunal de Grande Instance de Paris (Tribunal de Primera Instancia de París). Un primer litigio es instado por un grupo de consumidores (VB, WA, XZ, YY, ZX, DY y EX) contra la entidad bancaria BNP Paribas Personal Finance SA (en adelante, BNP Paribas) y en un segundo litigio figuran como demandantes varios consumidores (AV, BW, CX y FA) y como demandada la misma entidad, contando con la intervención del Procureur de la République (Fiscal de la República), en relación con el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas que figuran en unos contratos de préstamo hipotecario denominados en moneda extranjera en las que se establece, en particular, que el franco suizo es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio²⁸¹.

Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, examinadas conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13

²⁸¹ Durante 2008 y 2009, varios consumidores (en lo sucesivo, «demandantes en los litigios principales») suscribieron individualmente con BNP Paribas Personal Finance un contrato de préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera y conocido como «Helvet Immo». Estos contratos, que fueron comercializados principalmente por intermediarios, se celebraron para comprar bienes inmuebles o participaciones en sociedades inmobiliarias, por importes variables comprendidos entre 48.000 y 426.000 francos suizos (CHF) (aproximadamente entre 44.000 y 389.000 euros), y para duraciones comprendidas entre 22 y 25 años. Los contratos incluían cláusulas con arreglo a las cuales los créditos en cuestión se financiaban mediante préstamos suscritos en francos suizos y se gestionaban a la vez en francos suizos (moneda de cuenta) y en euros (moneda de pago). En cuanto a las operaciones de cambio, los pagos en concepto de los préstamos en cuestión únicamente podían efectuarse en euros para un reembolso en francos suizos. Las operaciones de cambio que debían efectuarse se enumeraban en los contratos de préstamo controvertidos en los litigios principales y, en caso de impago del prestatario, el prestamista podía sustituir unilateralmente el franco suizo por el euro. Se hacía depender la amortización de la evolución de la paridad euro/franco suizo. El prestamista proporcionó simulaciones a unos consumidores, pero no a otros. Debido a la evolución desfavorable de los tipos de cambio registrada desde la fecha de celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales, los demandantes en esos litigios experimentaron dificultades para devolver el préstamo hipotecario que habían suscrito. En consecuencia, de 2015 a 2018, cada uno de dichos demandantes interpuso recurso ante el tribunal remitente contra BNP Paribas Personal Finance invocando, en particular, el carácter abusivo de las cláusulas que establecían el mecanismo financiero previsto en los contratos «Helvet Immo». Ante el tribunal remitente, los demandantes en los litigios principales alegan, en particular, el carácter abusivo de las cláusulas que establecen el mecanismo financiero previsto en los contratos de préstamo controvertidos. Por su parte, BNP Paribas Personal Finance alega que las acciones en las que los demandantes en los litigios principales sostienen el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales han prescrito y, en cualquier caso, son infundadas. En lo referente, por un lado, a la prescripción de las acciones ejercitadas por los demandantes en los litigios principales, el tribunal remitente señala que la aplicación del plazo de prescripción de cinco años, en virtud del artículo 2224 del Código Civil francés, llevaría a declarar la prescripción de tales acciones. Dicho plazo empieza a correr, según la jurisprudencia nacional, en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo.

debe interpretarse, a la luz del principio de efectividad, en el sentido de que se opone a una normativa nacional que sujeta el ejercicio de una acción por un consumidor a efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor o a efectos de la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de dicha Directiva, a un plazo de prescripción de cinco años que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo.

Mediante su tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos de esta disposición, comprende las cláusulas del contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio.

A través de las cuestiones cuarta y quinta el tribunal remitente pregunta si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, la exigencia de transparencia de las cláusulas de ese contrato que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio se cumple cuando el profesional ha facilitado al consumidor información relativa a la incidencia, sobre las obligaciones financieras de dicho consumidor, de la eventual apreciación o depreciación del euro respecto de la divisa en la que se ha denominado el préstamo.

Mediante sus cuestiones prejudiciales sexta y séptima el tribunal remitente pregunta si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la carga de la prueba del carácter claro y comprensible de una cláusula contractual, a efectos del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, recaiga sobre el consumidor y si lo mismo cabe decir por lo que se refiere a la transmisión de la información contenida en documentos relativos a las técnicas de venta empleadas por el profesional o por otra persona que haya participado, en nombre de ese profesional, en la comercialización de los préstamos en cuestión.

Mediante su octava cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los

derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato toda vez que, por un lado, el profesional dispone de mayores medios que el consumidor para anticipar el riesgo de tipo de cambio y, por otro lado, el riesgo soportado por dicho profesional está limitado, mientras que el soportado por el consumidor no lo está.

Doctrina. El TJUE presenta su premisa tradicional en cuanto a que, no existiendo normativa específica al respecto en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento de los Estados miembros la regulación de esos aspectos con arreglo al principio de autonomía procesal, siempre y cuando la normativa nacional cumpla los principios de equivalencia y efectividad. Siguiendo el planteamiento de las preguntas por parte del juzgado remitente, el TJUE se centra en el principio de efectividad y lo relaciona con la exigencia de tutela judicial efectiva. Declara el TJUE que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables implica, en particular en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13, una exigencia de tutela judicial efectiva, consagrada también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos²⁸². A continuación, el TJUE efectúa una serie de declaraciones que parten del principio general de que la protección del consumidor no es absoluta. Una de las consecuencias de este principio es que el establecimiento de unos plazos razonables con carácter preclusivo para el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión sería compatible con el principio de efectividad, de forma que, en principio, resulta admisible limitar temporalmente los recursos basados en el Derecho de la Unión, y, en particular, las acciones derivadas de la Directiva 93/13. Ahora bien, en ese punto, el TJUE recuerda lo declarado en la «vieja» sentencia *Cofidis* de 21 de noviembre de 2002, C-473/00, en el sentido de que la Directiva 93/13 se opone a una normativa nacional que prohíbe al juez nacional, una vez expirado un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. A partir de esta idea, el TJUE diferencia las dos situaciones que le está planteando el juez remitente: prescripción de la acción declarativa de la naturaleza abusiva de una cláusula y prescripción de la acción restitutoria para recuperar las cantidades abonadas

²⁸² As. acumulados C-776/19 a C-782/19. STJUE de 10 de junio de 2021, *BNP Paribas Personal Finance (contra VB y otros)*, apdo. 29.

indebidamente a resultas de una cláusula abusiva. En cuanto a la acción declarativa, al amparo de los artículo 6.1 (no vinculan al consumidor las cláusulas abusivas) y 7.1 (obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para el cese de cláusulas abusivas) de la Directiva 93/13, el TJUE llega a la conclusión de que para garantizar una protección efectiva de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor, este debe poder invocar en todo momento el carácter abusivo de una cláusula contractual no solo como medio de defensa, sino también a efectos de que el juez declare el carácter abusivo de una cláusula contractual, de modo que una acción ejercitada por el consumidor para que se declare el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede estar sujeta a ningún plazo de prescripción²⁸³. Una vez resuelta la primera situación, procede el TJUE a abordar la prescripción de la acción restitutoria para la devolución de las cantidades indebidamente abonadas a consecuencia de una cláusula abusiva. Al respecto, retoma la idea inicial de que la oposición de un plazo de prescripción a las acciones de carácter restitutorio, ejercitadas por unos consumidores con el fin de hacer valer derechos que les confiere la Directiva 93/13, es compatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, siempre que respete los principios de equivalencia y efectividad. A partir de ahí, el TJUE entra a analizar dos aspectos del plazo de prescripción: su duración y la fecha de inicio de su cómputo. Con relación a la duración, el TJUE indica que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad con el principio de efectividad de plazos de prescripción comparables al controvertido en los litigios principales, de duraciones de tres y cinco años, que se opusieron a acciones dirigidas a hacer valer los efectos restitutorios de una declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual. Según el Tribunal de Justicia, a condición de que se establezcan y conozcan con antelación, dichos plazos son, en principio, suficientes para permitir que el consumidor interesado prepare e interponga un recurso efectivo. En consecuencia, siempre que se establezca y conozca con antelación, un plazo de prescripción de cinco años, como el controvertido en los litigios principales, opuesto a la acción restitutoria no es contrario al principio de efectividad, siendo, en principio, materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo para hacer valer los derechos que le confiere dicha Directiva, en particular en forma de pretensiones, de naturaleza restitutoria, basadas en el carácter abusivo de una cláusula contractual²⁸⁴. El

²⁸³ *Ibid.*, apdo. 38.

²⁸⁴ *Ibid.*, apdos. 39 a 42.

segundo aspecto del plazo de prescripción que resulta examinado es el comienzo del cómputo de dicho plazo. De las indicaciones facilitadas por el tribunal remitente se desprende que el plazo de prescripción de cinco años, establecido en el artículo 2224 del Código Civil, empieza a correr, según la jurisprudencia de los tribunales franceses, en la fecha de la aceptación de la oferta del préstamo en cuestión. Señala el Tribunal de Justicia que un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase. Observa el TJUE que la oposición de un plazo de prescripción de cinco años a una acción ejercitada por un consumidor para obtener la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13, que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato en cuestión. Existe un riesgo no desdeniable de que el consumidor no esté en condiciones de invocar, durante dicho plazo, los derechos que le confiere la Directiva 93/13. De esta forma, el TJUE afirma que un plazo de ese tipo hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a dicho consumidor y, por consiguiente, viola el principio de efectividad. Una vez dicho ello, el TJUE está en condiciones de contestar las dos cuestiones prejudiciales y afirma que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse, a la luz del principio de efectividad, en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que sujeta el ejercicio de una acción por un consumidor:

- a efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, a un plazo de prescripción;

- a efectos de la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de tales cláusulas abusivas, a un plazo de prescripción de cinco años, desde el momento en que dicho plazo empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, de modo que el consumidor podía ignorar, en ese momento, todos los derechos que le reconoce la citada Directiva²⁸⁵.

Con respecto a la tercera cuestión referida a si las cláusulas del contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el

²⁸⁵ *Ibid.*, apdos. 43 a 48.

euro la moneda de pago constituyen objeto principal del contrato, el TJUE se remite a *Andriiciuc* afirmando que el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesorio de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, constituyendo así un elemento esencial de un contrato de préstamo. El hecho de que las partes tengan la posibilidad de modificar en determinados plazos una de las cláusulas esenciales del contrato permite al prestatario modificar las condiciones de su préstamo *ex nunc*, sin que la existencia de tal posibilidad afecte directamente a la apreciación de la prestación esencial que caracteriza al contrato en cuestión. Por ello, el TJUE responde a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas del contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha disposición en el supuesto de que tales cláusulas determinen un elemento esencial que caracterice dicho contrato²⁸⁶.

Con respecto a las cuestiones cuarta y quinta relativas a la exigencia de transparencia, el TJUE aclara que en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera que expone al consumidor a un riesgo de tipo de cambio, no cumple la exigencia de transparencia la comunicación a ese consumidor de información, aunque sea abundante, si esta se basa en el supuesto de que la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago permanecerá estable durante toda la vida de dicho contrato. Así sucede, en particular, cuando el profesional no advierte al consumidor del contexto económico que puede repercutir en las variaciones de los tipos de cambio, de modo que el consumidor no está en condiciones de comprender concretamente las consecuencias potencialmente gravosas sobre su situación financiera que pueden derivarse de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera. A ello añade el TJUE que también figura entre los elementos pertinentes el lenguaje utilizado por la entidad financiera en los documentos precontractuales y contractuales. En particular, la ausencia de términos o explicaciones que adviertan expresamente al prestatario de la existencia de riesgos específicos asociados a los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera puede confirmar que no se cumple la exigencia de transparencia, tal como resulta, en particular, del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Finalmente, trae a colación el TJUE que la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial puede constituir

²⁸⁶ *Ibid.*, apdos. 57 a 60.

asimismo un elemento, entre otros, en el que el juez nacional puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no determinando automáticamente y por sí solo dicha circunstancia el incumplimiento de la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, aspecto que debe examinarse en función de todas las circunstancias propias del caso concreto. En conclusión, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera, la exigencia de transparencia de las cláusulas de ese contrato que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio se cumple cuando el profesional ha facilitado al consumidor información suficiente y exacta que permite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, comprender el funcionamiento concreto del mecanismo financiero en cuestión y valorar así el riesgo de las consecuencias económicas negativas, potencialmente significativas, de tales cláusulas sobre sus obligaciones financieras durante toda la vida de dicho contrato²⁸⁷.

Con relación a las preguntas sexta y séptima, el TJUE declara que la efectividad del ejercicio de los derechos conferidos en la Directiva 93/13 no podría garantizarse si el consumidor estuviera obligado a probar un hecho negativo, a saber, que el profesional no le facilitó toda la información necesaria para cumplir la exigencia de transparencia, tal como resulta, en particular, del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Además, corresponde al profesional controlar los canales de distribución de sus productos, ya se trate de la elección de los intermediarios o de la comunicación comercial al consumidor. Por lo tanto, debería poder disponer de las pruebas de que los documentos en cuestión no se utilizaron o ya no se utilizaban en la fecha de celebración del contrato para justificar el correcto cumplimiento de sus obligaciones precontractuales y contractuales relacionadas con la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales. Responde, por tanto, el TJUE a las cuestiones prejudiciales sexta y séptima que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la carga de la prueba del carácter claro y comprensible de una cláusula contractual, a efectos del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, recaiga sobre el consumidor²⁸⁸.

²⁸⁷ *Ibid.*, apdos. 74 a 78.

²⁸⁸ *Ibid.*, apdos. 84 a 89.

Mediante la cuestión prejudicial octava se le está preguntando al TJUE, en definitiva, si la cláusula es o no es abusiva. Al respecto, el TJUE hacer constar que se limitará a dar indicaciones ya que la calificación como abusiva corresponde al juzgado remitente. No obstante, el TJUE desarrolla unas indicaciones tan extensas que apenas deja margen al juzgado nacional. Así, declara que sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe efectuar al tribunal remitente, parece que las cláusulas contractuales controvertidas en los litigios principales hacen recaer sobre el consumidor, en la medida en que el profesional no ha observado la exigencia de transparencia frente a ese consumidor, un riesgo desproporcionado en relación con las prestaciones y el importe del préstamo recibidos, puesto que la aplicación de dichas cláusulas tiene como consecuencia que el consumidor debe asumir en último término el coste de la evolución de los tipos de cambio. En función de dicha evolución, ese consumidor puede encontrarse en una situación en la que, por un lado, el importe del capital pendiente de pago en moneda de pago, euros en el presente caso, sea considerablemente superior a la cantidad inicialmente prestada y, por otro lado, las cuotas mensuales abonadas solo hayan cubierto casi exclusivamente los intereses. Así sucede, en particular, cuando ese aumento del capital pendiente de pago en moneda nacional no está equilibrado por la diferencia entre el tipo de interés de la moneda extranjera y el de la moneda nacional, debiendo precisarse que la existencia de tal diferencia constituye para el prestatario la principal ventaja de un préstamo denominado en moneda extranjera. Continúa el TJUE afirmando que habida cuenta de la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 5 de la Directiva 93/13, no cabe considerar que el profesional podía razonablemente estimar que, tratando de manera transparente con el consumidor, este último aceptaría unas cláusulas de ese tipo en el marco de una negociación individual extremo que, no obstante, corresponde comprobar al tribunal remitente.

De esta forma, llega a la conclusión el TJUE que procede responder a la octava cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio, sin que esté limitado, pueden causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, toda vez que el profesional no podía razonablemente estimar, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, que este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, un riesgo desproporcionado de tipo de cambio resultante de tales cláusulas.

Comentarios. Es llamativo que desde el año 2000 al 2020 el TJUE únicamente haya dictado tres sentencias (*Cofidis*²⁸⁹, *Van Hove*²⁹⁰ y *Pouvin y Dijoux*²⁹¹) interpretando la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales franceses mientras que entre 2021 y 2022 lleva ya resueltos cuatro asuntos provenientes de Francia sobre la Directiva 93/13. Los cuatro casos tienen en común que se refieren al mismo producto denominado «Helvet Immo», que es un préstamo hipotecario indexado a moneda extranjera (moneda de cuenta, el franco suizo, y moneda de pago, el euro) y en los cuatro asuntos interviene como parte la entidad bancaria BNP Paribas Personal Finance²⁹². Esa «profusión» de cuestiones prejudiciales en estos dos últimos años puede deberse a muchas razones entre las que podrían estar la alta litigiosidad de ese producto comercial o un cierto cambio en la mentalidad de los jueces franceses, con una mayor tendencia actualmente al planteamiento de cuestiones prejudiciales, o, incluso, podrían influir ambas circunstancias.

Centrándonos en la sentencia objeto de comentario, en su apartado 29, el TJUE incorpora la premisa sobre el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva que reiterará posteriormente en las cuatro relevantes sentencias dictadas en Gran Sala el día 17 de mayo de 2022: *Unicaja Banco*, C-869/19 (apdo. 29), *Ibercaja Banco*, C-600/19 (apdo. 45), *Impuls Leasing Romania* C-725/19 (apdo. 46) y *SPV Project 1503*, C-693/19 y C-831/19 (apdo. 61). Se refiere el Tribunal de Justicia a que los Estados miembros deben respetar particularmente el derecho a la tutela judicial efectiva a la hora de elaborar las normas procesales que regulen el ejercicio de las acciones que corresponden a los consumidores para hacer efectivos los derechos que les confiere la Directiva 93/13. Esa declaración no es baladí, sino que, a nuestro modo de ver, constituye la perspectiva desde la que el TJUE ha de contemplar y solucionar los problemas que se presentan en este ámbito. También resulta muy importante el pronunciamiento que efectúa el TJUE en el apartado 38 de esta sentencia sobre la imprescriptibilidad de la acción para declarar la naturaleza abusiva de una cláusula contractual, tanto cuando el consumidor opone esa naturaleza abusiva como demandado (como ocurría en *Cofidis*) como cuando el consumidor es demandante. Esta declaración tiene suma importancia porque si bien hay Estados miembros en los que la imprescriptibilidad de esa

²⁸⁹ Asunto C-473/00. STJUE de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*.

²⁹⁰ Asunto C-96/14. STJUE de 23 de abril de 2015, *Van Hove*.

²⁹¹ Asunto C-590/17. STJUE de 21 de marzo de 2019, *Pouvin y Dijoux*.

²⁹² Se trata de las dos sentencias de 10 de junio de 2021 (BNP Paribas Personal Finance contra VB y otros, asuntos acumulados C-776/19 a 782/19 y BNP Paribas Personal Finance contra VE, asunto C-609/19) y de los dos autos de 24 de marzo de 2022 (BNP Paribas Personal Finance contra ZD, asunto C-288/20 y BNP Paribas Personal Finance contra AN y CN, asunto C-82/20).

acción ha sido declarada por los tribunales como sucede en España o en Rumanía (así consta en la STJUE de 9 de julio de 2020, *Raiffeisen Bank*, asuntos C-698/18 y C-699/18, apdo. 58), hay otros Estados en los que la cuestión ofrece dudas, como sucede en Francia, motivo por el que el juez remitente pregunta específicamente por ello. La importancia de *BNP Paribas Personal Finance* es resaltada por nuestro Tribunal Supremo que en el auto de 22 de julio de 2021²⁹³ de planteamiento de la cuestión prejudicial sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción restitutoria en el ordenamiento jurídico español afirma que «la jurisprudencia del TJUE sobre prescripción de las acciones de restitución posteriores a la declaración de abusividad de una cláusula en un contrato con consumidores se compendia en la sentencia de 10 de junio de 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, [...]. Esta sentencia resume las sentencias de 9 de julio de 2020, *Raiffeisen Bank SA*, [...] de 16 de julio de 2020, [...], *Caixabank SA* y *BBVA*; y de 22 de abril de 2021, *Profi Credit Slovakia*, [...]».

En la sentencia que ahora comentamos el TJUE recuerda lo ya dicho en las resoluciones anteriores en cuanto al momento en que empieza a correr dicho plazo de prescripción, principalmente en *Raiffeisen Bank* y *Caixabank*, para llegar a la conclusión de que es contrario al principio de efectividad que el plazo comience a correr en la fecha en que el consumidor acepta la oferta de préstamo, porque puede suceder que el plazo de los cinco años haya transcurrido desde esa fecha sin que el consumidor haya conocido la naturaleza abusiva de la cláusula.

Con respecto a las otras cuestiones, una valoración conjunta de las respuestas dadas por el TJUE nos lleva a afirmar que el Tribunal de Luxemburgo deja poco margen de apreciación al tribunal nacional ya que, si bien emplea la expresión «pueden causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante» está motivando la naturaleza abusiva de la cláusula al afirmar «que el profesional no podía razonablemente estimar, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, que este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, un riesgo desproporcionado de tipo de cambio resultante de tales cláusulas». En definitiva, la asunción de ese elevado riesgo con el tipo de cambio sin que los consumidores hayan recibido las suficientes informaciones –al no haber sido ello acreditado por el profesional que es a quien le corresponde la carga de la prueba– es lo que conduce prácticamente a la calificación como abusiva de la cláusula si bien ello tendrá que ser apreciado por el juez nacional.

²⁹³ Auto 10157/2021 del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021, ES: TS:2021:10157A.

5.3.2 Recientes planteamientos de cuestiones prejudiciales por tribunales españoles y opiniones doctrinales

En una elogiable decisión, nuestro Tribunal Supremo dictó auto de fecha 22 de julio de 2021 (ES: TS:2021:10157A) en virtud del cual planteó cuestión prejudicial al TJUE en relación con el día inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria ofreciendo tres alternativas al TJUE de forma que la segunda y la tercera se presentan con carácter subsidiario a la anterior.

El auto de remisión es dictado en el marco de un procedimiento en el que se ejercitan conjuntamente la acción en solicitud de nulidad de la cláusula abusiva que imponía a los prestatarios todos los gastos generados por la constitución del préstamo hipotecario y la acción de reclamación al profesional de la restitución de las cantidades abonadas indebidamente por aplicación de esa cláusula abusiva.

En dicho auto nuestro Tribunal Supremo realiza un conciso y correcto análisis de la situación. Así, en relación con la sentencia que –además de declarar la nulidad del contrato– acuerda la restitución recíproca de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, recuerda el Tribunal Supremo que tiene declarado que la sentencia que acuerda la restitución no solicitada no incurre en incongruencia porque la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, prevista en el artículo 1303 del Código Civil, no necesita de petición expresa de la parte y debe ser acordada por el juez cuando declara la nulidad del contrato²⁹⁴. El Alto Tribunal distingue entre la acción por la que se solicita la nulidad del contrato, que no prescribe en el caso de tratarse de una nulidad absoluta, y la acción de restitución de las cosas y el precio entregados recíprocamente por las partes al ejecutar el contrato nulo, que, al ser una acción de naturaleza personal, queda sometida al plazo de prescripción previsto en el artículo 1964 del Código Civil, que hasta la entrada en vigor de la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la

²⁹⁴ Sobre la acción de nulidad prevista en nuestro Código Civil véase el estudio llevado a cabo al respecto por C. Jerez Delgado en su obra *La anulación del contrato*, editorial Civitas, Madrid, 2011, pp. 172-190. En dicho estudio la autora considera que la acción de nulidad de los artículos 1301, 1302, 1309 y 1314 es, propiamente hablando, la acción restitutoria de los bienes entregados en virtud del contrato anulado, que depende de la voluntad del sujeto protegido y está sometida a un límite temporal. Frente a esta acción, Jerez Delgado distingue la acción de nulidad en sentido estricto (procesal) que es la acción declarativa de la nulidad definitiva de un contrato, común para los contratos automáticamente nulos *ipso iure* y para los contratos voluntariamente anulados por el sujeto protegido (que quedan nulos). Ejercitada esta acción, el juez puede declarar de oficio la obligación restitutoria que corresponde a ambas partes en el contrato (artículo 1303 Código Civil), si bien será conveniente, de un lado, expresar la pretensión de la demanda y necesario, de otro, llamar al proceso a los sujetos afectados (p. 190).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, era de 15 años y a partir de su entrada en vigor—sin perjuicio del régimen transitorio— es de 5 años. De esta forma, la acción de declaración de nulidad absoluta del contrato se considera imprescriptible por nuestro Tribunal Supremo y la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo se somete actualmente al plazo de 5 años. Este planteamiento es implementado por el TS a la acción de restitución de lo pagado en exceso por el consumidor a resultas de una cláusula declarada abusiva, de forma que sostiene el TS que la aplicación de un plazo de prescripción a esa acción es conforme con el principio de seguridad jurídica y no vulnera el principio de equivalencia. El TS se remite a su sentencia núm. 725/2018, de 19 de diciembre (ES: TS:2018:4236), a los efectos de calificar la acción de restitución de los gastos abonados indebidamente a resultas de la cláusula abusiva de reparto de gastos hipotecarios como una acción derivada de un cobro de lo indebido en los términos del artículo 1896 Código Civil²⁹⁵. La citada STS 725/2018 resuelve la interesante cuestión relativa a si los intereses devengados por las cantidades abonadas indebidamente a resultas de la cláusula abusiva de reparto de gastos hipotecarios han de computarse desde que se realizó el pago o desde la reclamación extrajudicial con arreglo al artículo 1108 del Código Civil. El TS viene a sostener que el efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al artículo 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos abonados a terceros, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que este deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. Por ello, el artículo 1303 Código Civil no sería aplicable propiamente al caso, sino que nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. La situación tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los artículos 1895 y 1896 CC, en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte

²⁹⁵ Artículo 1896 Código Civil: «El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere [...]».

de lo que le correspondía. Dice el TS que para dar efectividad al artículo 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el artículo 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido —en este caso, se produjo el beneficio indebido—. Vemos, por tanto, que la acción restitutoria de las cantidades abonadas indebidamente por la cláusula abusiva de gastos hipotecarios es encajada analógicamente en el artículo 1896 del Código Civil ²⁹⁶. Tras ese breve análisis de la situación en nuestro Derecho patrio, el TS comenta sucintamente el escenario a nivel comunitario tras las sentencias *Raiffeisen Bank*, *Caixabank*, *Profi Credit Slovakia* y la más reciente, *BNP Paribas Personal Finance*, que compendia lo dicho en las anteriores. A resultas de esas sentencias hay que descartar como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución la fecha de celebración del contrato (*Caixabank*), la fecha de aceptación de la oferta de préstamo (*BNP Paribas Personal Finance*), la fecha en la que se produce el enriquecimiento injusto —que es el día en el que se realiza el pago— (*Profi Credit Slovakia*) y la fecha en la que se produce el cumplimiento íntegro del contrato (*Raiffeisen Bank*).

Por ello, el TS sostiene que quedarían dos opciones en base a las cuales formula las cuestiones al TJUE. En la primera opción, focalizada en la protección del consumidor, y que podría poner en evidencia el principio de seguridad jurídica, el *dies a quo* es la fecha de la sentencia firme que declara la nulidad de la cláusula abusiva, convirtiendo la acción de restitución en imprescriptible. Esta primera opción constituye la primera pregunta formulada por el TS ²⁹⁷. En la segunda opción —que a su vez presenta dos variantes— se sitúa el *dies a quo* en las fechas de determinadas resoluciones judiciales nacionales que declararon la naturaleza abusiva de esas cláusulas y cómo debían distribuirse los gastos

²⁹⁶ A diferencia de ella, la acción restitutoria derivada del abono de las cantidades indebidas satisfechas por el consumidor a resultas de una cláusula suelo declarada abusiva se encajaría en el artículo 1303 del Código Civil. Así, como ejemplo, véase la STS número 260/2023 de 15 de febrero (ES: TS:2023:1192) relativa a una cláusula suelo, en la que el TS afirma que «una cosa es que se trate de dos acciones (la de nulidad y la de restitución) estrechamente relacionadas entre sí y otra diferente es que son dos acciones distintas que no pueden confundirse (arts.1300 y 1303 CC)» (F. J. tercero, apdo. 4.2).

²⁹⁷ «1. ¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula?»

(sentencias del TS de 23 de enero de 2019²⁹⁸) o bien las sentencias del TJUE que admitieron que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (STJUE de 9 de julio de 2020 *Raiffeisen Bank* y STJUE de 16 de julio de 2020 *Caixabank*). Con respecto a esta segunda opción, señala el Tribunal Supremo que plantea el problema de que puede ser contraria al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia. De esta forma, el TS formula las preguntas segunda y tercera como propuestas alternativas subsidiarias a la primera para fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción restitutoria para recuperar las cantidades abonadas indebidamente a resultas de la cláusula abusiva.

Tenemos conocimiento de otras tres cuestiones prejudiciales relativas al mismo problema, de las que dos han sido planteadas por la sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante autos de 9 de diciembre de 2021 (ES: APB:20219350A y ES: APB:20219347A) –con idéntico contenido, aparentemente– y por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Barcelona mediante auto de 22 de julio de 2021 (ECLI: ES: JPI:2021:297A). La Audiencia Provincial de Barcelona distingue el supuesto de acción restitutoria al que se refiere la cuestión (gastos de formalización de la hipoteca) frente a otros supuestos (cláusulas suelo, multidivisa, comisiones durante la vigencia del contrato), de forma que en el primero la cláusula que imputa al prestatario todos los gastos de formalización del contrato agota por completo sus efectos con el pago por el consumidor de la última de las facturas, según la Audiencia Provincial. El tribunal remitente hace constar que el plazo de prescripción en el ámbito territorial de Cataluña es de diez años por aplicación del artículo 121-20 del Código Civil catalán. Hemos de señalar que discrepamos del planteamiento de la Audiencia Provincial que incluye como circunstancias que permitirían al consumidor español alcanzar el pleno conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, desde una perspectiva jurídica o normativa, la sentencias del TS números 792/2009, de 16 de diciembre (ES: TS:2009:8466), 705/2015 de 23 de diciembre (ES: TS:2015:5618) y 241/2013, de 9 de mayo (ES: TS:2013:2016)–fundamento jurídico quinto, apartado 12 del auto de la AP–.

Partiendo de esa idea, pregunta la Audiencia Provincial si es compatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 someter el ejercicio de la acción restitutoria relativa a los gastos de formalización del contrato a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la cláusula agota sus efectos

²⁹⁸ Entre otras, STS número 48/2019, de 23 de enero (ES: TS:2019:104) y STS número 49/2019, de 23 de enero (ES: TS:2019:105).

con la liquidación del último de los pagos, momento en el que el consumidor conoce los hechos determinantes de la abusividad o es necesario que el consumidor disponga de información añadida sobre la valoración jurídica de los hechos. Además, se pregunta que, en caso de que sea necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos, si debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias.

A nuestro modo de ver, no parece que tenga mucho recorrido preguntar –como hace la AP– si el plazo de prescripción comienza «desde que la cláusula agota sus efectos con la liquidación del último de los pagos» (a la gestoría), toda vez que el TJUE ha declarado claramente en *Profi Credit Slovakia* que no es compatible con la Directiva 93/13 fijar como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución el día en que se produce el enriquecimiento injusto que es, en definitiva, el día en el que se realizó el pago. Por otro lado, nos llama la atención que el tribunal remitente haga hincapié en dos aspectos. En primer lugar, que el plazo de prescripción de diez años es «un plazo largo de prescripción, muy superior a los considerados por el TJUE» y, en segundo lugar, que «el ejercicio de la acción se vea favorecido en el Ordenamiento Español al contemplar como causa de interrupción del plazo la mera reclamación extrajudicial (artículo 121-11 del Ccat), hecho que determina que el plazo empiece a correr de nuevo y completamente» (fundamento jurídico quinto, apartado 14 del auto de la AP). En línea con la AP puede sostenerse que han de ponderarse todos los factores que juegan en la aplicación del plazo de prescripción, siendo su duración y la posibilidad de interrupción dos datos relevantes de su mecanismo. Por el contrario, también puede argumentarse que la discusión está en el *dies a quo* y no en la extensión del plazo o en la posibilidad de su interrupción. La Audiencia Provincial de Barcelona plantea una segunda cuestión al TJUE a cuyo tenor pregunta: «Estando sujeta la acción reparatoria a un plazo de prescripción de diez años ¿En qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva, antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?». Parece oportuno el planteamiento de la cuestión. La Audiencia Provincial interpreta –erróneamente, a nuestro juicio– el apartado 46 de la sentencia *BNP Paribas Personal Finance* al considerar la AP que dicha sentencia «señala que basta con que se dé [el conocimiento por parte del consumidor del carácter abusivo de la cláusula] antes de que expire [el plazo de prescripción]» (fundamento jurídico quinto, apartado 13 del auto de la AP). Es discutible que eso sea lo que quiera

decir el TJUE en el apartado 46 de *BNP Paribas Personal Finance*, teniendo en cuenta que en el apartado 48 parece vincular «momento en que comienza a correr el plazo» con «momento en el que el consumidor debe conocer los derechos que le reconoce la Directiva 93/13», entre ellos, la naturaleza abusiva de la cláusula controvertida y el consecuente derecho a recuperar las cantidades abonadas indebidamente. A nuestro modo de ver, no tendría sentido que bastara que el consumidor tuviera conocimiento del carácter abusivo antes de que el plazo de prescripción expirase puesto que se situaría al consumidor en situación de indefensión. ¿Dónde se pondría el listón? ¿Una semana antes de que el plazo expirase? ¿Un mes antes de que el plazo expirase? ¿Un año antes del que el plazo expirase? Parece más prudente sostener que la fecha en la que el consumidor tiene el pleno conocimiento del carácter abusivo de la cláusula marca el día inicial del cómputo del plazo de prescripción.

Por otro lado, en el auto del Juzgado de Primera Instancia Número 20 de Barcelona se hace hincapié en el hecho de que en las cuatro audiencias provinciales que hay en Cataluña se aplican tres criterios distintos: la de Barcelona considera que el cómputo del plazo se inicia una vez se ha realizado el pago de los gastos, las de Girona y Tarragona fijan el inicio a partir de la Sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 y la de Lleida en el momento en que se declaró la nulidad de la cláusula. Por ello, indica la juez que la respuesta que el TJUE dé a esta cuestión es relevante para garantizar la uniformidad de la aplicación del Derecho comunitario y para garantizar que todos los consumidores tengan los mismos derechos.

En nuestra opinión, la cuestión compleja a dilucidar sigue siendo cuándo se considera que el consumidor tiene ese conocimiento, si lo es cuando se declara judicialmente la abusividad de la cláusula de su contrato o si lo es en otro momento a causa de la producción de un evento que se considere que facilita ese conocimiento al consumidor concernido. Auguramos que el TJUE reformulará y agrupará las preguntas de los tres tribunales, simplificando el contenido de las mismas y centrándose, probablemente, en la primera pregunta del TS al objeto de dilucidar si el día inicial del cómputo debe coincidir o no con la declaración judicial de la nulidad de la cláusula. No hay que olvidar que, entre otras circunstancias, debido a la complejidad de las traducciones, el TJUE prefiere las preguntas simples y directas²⁹⁹.

²⁹⁹ Como establece el apartado 14 de las «Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones Prejudiciales» (2019/C 380/01) publicadas en el DOUE de 8 de noviembre de 2019: «[...]La necesidad correlativa de traducir dicha petición de decisión prejudicial a todas las lenguas oficiales de la Unión Europea aconseja, pues, que el órgano jurisdiccional remitente la redacte de forma sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos[...].».

Por lo que respecta a la doctrina española, se sostienen diversas teorías sobre la cuestión concernida. Así lo ha puesto de manifiesto Redondo Trigo³⁰⁰ que se ha referido, entre otras, a la opinión de Miquel González en el sentido de que este configura el plazo prescriptivo restitutorio sobre la base de la consideración de una nulidad de pleno derecho de carácter relativo de forma que, siendo imprescriptible la nulidad de pleno derecho, no parece que una vez declarada la nulidad pueda reclamarse sin límite temporal alguno la restitución de cantidades percibidas por el predisponente, no siendo sistemáticamente descabellado aplicar a esta acción de restitución el plazo de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil, dado que la remisión del artículo 9 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación a las reglas de la nulidad contractual podría entenderse hecha a este precepto situado justamente en un capítulo del Código Civil que lleva ese título. En cualquier caso, a juicio de Miquel González, parece que la prescripción aplicable a la restitución de cantidades indebidamente percibidas no podría exceder del plazo de una acción de enriquecimiento, que es el general de las acciones personales (art. 1964, 15 años antes de la reforma y 5 años después de la misma). Redondo Trigo también recoge la tesis de Carrasco Perea, entendiendo este que está prescrita la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de una cláusula suelo cuando han transcurrido cuatro años desde que la relación derivada del préstamo hipotecario haya sido terminada por cualquier causa, encontrándonos ante un supuesto de anulabilidad. En definitiva, la declaración de un contrato afectado de anulabilidad es imprescriptible y la acción de restitución de las aportaciones hechas está afectada por la prescripción de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil. Redondo Trigo expone su propia opinión en el sentido de que la nulidad de pleno derecho a la que hacen referencia el artículo 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y el artículo 83 de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios son un claro caso de lo que se ha venido a denominar ineficacia automática del contrato, para cuya existencia no es necesaria una declaración judicial³⁰¹, siendo de carácter relativo ya que se limita

³⁰⁰ REDONDO TRIGO, F., «El plazo de prescripción ante la nulidad de las cláusulas abusivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, septiembre-octubre, 2017, pp. 2752-2753.

³⁰¹ Redondo Trigo se remite a la caracterización que hace Díez-Picazo (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, p. 565) de este tipo de ineficacia automática, atendiendo al mecanismo de producción y de actuación. Según Díez-Picazo, frente a la provocada, la ineficacia automática se produce por la fuerza misma del ordenamiento jurídico como *ipso iure*, es decir, por obra del mismo Derecho, coincidente con la expresión «de pleno derecho» del artículo 6.3 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar de 1974: «“De pleno derecho” quiere decir que no es necesario que nadie inste ante los órganos jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, que algo puede ser puesto en juego sin necesidad de la previa declaración y, por consiguiente, que hay ineficacia desde el momento mismo en que el contrato ineficaz aparece».

el ejercicio de esta nulidad única y exclusivamente al adherente, alineándose Redondo Trigo con la calificación defendida por Miquel González de nulidad de pleno derecho de carácter relativo.

Marín López³⁰² lleva a cabo un exhaustivo estudio sobre la problemática del *dies a quo* de la acción restitutoria de los gastos hipotecarios. Entre otros muchos razonamientos, sostiene que la calificación de una cláusula como abusiva es una cuestión jurídica que, como tal, queda fuera de los hechos que el acreedor debe conocer para que se inicie el plazo de prescripción. Marín López analiza el tratamiento que da al problema el Derecho alemán en el que se retrasa el *dies a quo* cuando existe una situación jurídica opaca y confusa de forma que el ejercicio de la acción por parte de un abogado sería irracional o incluso temerario. El citado autor interpreta la jurisprudencia del TJUE en un sentido diferente a cómo lo hacemos nosotros. Así, sostiene que, según la jurisprudencia del TJUE, el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula no es un requisito del *dies a quo*, sino una causa de suspensión de la prescripción³⁰³. Además, dice que lo decisivo no es si un consumidor medio podía razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, sino si un profesional del Derecho razonablemente informado podía conocer que la cláusula en cuestión podía ser declarada abusiva teniendo en cuenta la situación jurídica existente³⁰⁴. No nos parece que esa postura pueda ser asumida por el TJUE que en los veinte años de interpretación de la Directiva 93/13 en ningún caso ha utilizado ese concepto y tampoco sería justo, a nuestro modo de ver, desplazar el criterio del consumidor medio al del profesional del Derecho razonablemente informado. Marín López sostiene que lo trascendental es que antes de que transcurra íntegramente el plazo prescriptivo el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula³⁰⁵. Aunque ello puede ser discutible, desde nuestro punto de vista, de lo declarado en el apdo. 48 de *BNP Paribas Personal Finance* podría deducirse que el TJUE sostiene que para que comience el cómputo del plazo de prescripción el consumidor debe conocer la naturaleza abusiva de la cláusula de su contrato.

³⁰² MARÍN LÓPEZ, M. J., «La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 42, 2022, pp. 70-167. Disponible: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3098/2403> (última consulta 25 de septiembre de 2023).

³⁰³ *Ibid.*, p. 161.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 162.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 161.

Ruiz Arranz³⁰⁶ también repasa el Derecho alemán y considera que no puede acogerse la tesis de que es la jurisprudencia que pone fin a una cuestión compleja o debatida la que actúa como detonante para aplazar el cómputo del plazo de prescripción sujeto a un *dies a quo* subjetivo porque el plazo no empezaría nunca con seguridad, pues siempre puede dictarse una jurisprudencia posterior que aclare o matice algo. Según Ruiz Arranz, la cuestión de los gastos de hipoteca no representa una situación jurídica opaca o incierta –que justifique el retraso del inicio del cómputo del plazo– por el mero hecho de que no exista todavía una jurisprudencia clara que determine la prosperabilidad de la acción³⁰⁷. Nos parece que esa posición no concuerda con la postura del Tribunal de Justicia que tiene declarado que es condición del plazo de prescripción que se haya establecido y se conozca con antelación. Mal puede casar la certeza que debe tener el consumidor de la naturaleza abusiva de la cláusula con sostener que la situación incierta que da pie al retraso del inicio del cómputo únicamente se da cuando ejercitar esa acción sea en ese momento irrazonable o temerario, por existir jurisprudencia claramente hostil. Ni siquiera nos parece adecuada en términos de justicia porque se estaría obligando al consumidor a arriesgarse a una condena en costas si no quiere perder la posibilidad de ejercer la acción antes de que prescriba. No parece que el TJUE pueda estar de acuerdo en situar al consumidor entre dos fuegos, por un lado, la posibilidad de perder un pleito con la correspondiente condena en costas al existir jurisprudencia contradictoria sobre la eventual naturaleza abusiva de una cláusula y, por otro lado, la posibilidad de que cuando la jurisprudencia se haya consolidado la acción ha prescrito porque el plazo de prescripción había estado corriendo aún sin el conocimiento cierto de que estaba ante una cláusula abusiva.

5.3.3 Opinión del autor sobre la posible respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales

Una vez analizadas las declaraciones del TJUE y partiendo de estas, corresponde ahora exponer nuestras consideraciones sobre cuál podría ser la postura del Tribunal de Justicia a la hora de responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles. El Tribunal de Justicia parte de la idea de que una cláusula abusiva nunca ha existido de manera que no podrá

³⁰⁶ RUIZ ARRANZ, A., «El *dies a quo* para calcular el plazo de prescripción: ¿se puede mover la portería?», blog Almacén de Derecho, 22 de noviembre de 2021, p. 25. disponible en <https://almacende-derecho.org/se-puede-mover-la-porteria> (última consulta: 22 de septiembre de 2023).

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 24.

tener efectos frente al consumidor. La declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

Cuando la aplicación de la cláusula abusiva ha generado pagos indebidos, dicho restablecimiento únicamente es posible si se ejercita con éxito la acción restitutoria. Por ello, en nuestra opinión, cualquier limitación al éxito de esa acción –y el plazo de prescripción lo es– habrá de ser tratada de forma restrictiva, tendrá que estar absolutamente justificada y, en caso de duda, el tribunal nacional habrá de pronunciarse en favor de la acción restitutoria, pues es el instrumento que complementa a la acción declarativa para el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva.

La clave para el inicio del plazo de prescripción es determinada por el TJUE en el momento en el que el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato (entre otros, apdo. 75 de *Raiffeisen Bank*). Es de tener en cuenta que el TJUE se refiere a «conocimiento del carácter abusivo de la cláusula», no a la posibilidad de que la cláusula sea abusiva, lo que a nuestro juicio determina un matiz en cuanto a la exigencia de que ese conocimiento sea cabal, no simplemente que el consumidor considere que existen posibilidades de que la cláusula sea abusiva.

El TJUE declara que es posible que los consumidores desconozcan el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un profesional o no perciban la amplitud de los derechos que les confiere la Directiva 93/13 tanto en el momento del cumplimiento íntegro del contrato como con posterioridad a este (apdo. 65 de *Raiffeisen Bank* y, en sentido similar, apdo. 90 de *Caixabank* y apdo. 45 *BNP Paribas Personal Finance*).

Resulta evidente que el cumplimiento íntegro del contrato o los años que hayan transcurrido desde el inicio del contrato o incluso desde que se produce el pago constituyen datos irrelevantes en la medida en que ninguno de ellos garantiza que el consumidor conozca o pueda razonablemente conocer la naturaleza abusiva de la cláusula de ese contrato.

El TJUE también tiene declarado que un plazo de tres años o un plazo de cinco años es suficiente para permitir al consumidor interesado preparar e interponer un recurso efectivo siempre que ese lapso de tiempo se establezca y se conozca con antelación (apartado 59 de *Profi Credit Slovakia*, apartado 64 de *Raiffeisen Bank* y apartado 41 de *BNP Paribas Personal Finance*). Esa condición impuesta por el TJUE es determinante porque la propia existencia de las cuestiones prejudiciales planteadas para aclarar las dudas al respecto (entre

ellas la de nuestro Tribunal Supremo –órgano jurisdiccional supremo en la interpretación del Derecho nacional–) demuestra que el comienzo del lapso de tiempo ni se ha establecido por el legislador ni se ha conocido por los consumidores con antelación.

De las manifestaciones del TJUE deducimos que es necesario que cuando empieza a correr el plazo el consumidor ya conozca la naturaleza abusiva de la cláusula. Ello se reflejaría en el apdo. 48 de *BNP Paribas Personal Finance* en el que declara el TJUE: «[...] Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 [...] se oponen a una normativa nacional que sujeta el ejercicio de una acción por un consumidor [...] a efectos de la devolución de cantidades indebidamente abonadas [...] a un plazo de prescripción de cinco años, desde el momento en que dicho plazo empiece a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, de modo que el consumidor podía ignorar, en ese momento, todos los derechos que le reconoce la citada Directiva».

Por tanto, parece que el TJUE vincula «momento en que comienza a correr el plazo» con «momento en el que el consumidor debe conocer los derechos que le reconoce la Directiva 93/13», entre ellos, la naturaleza abusiva de la cláusula controvertida y el consecuente derecho a recuperar las cantidades abonadas indebidamente. Por tanto, no se trata de que el consumidor deba conocer el carácter abusivo antes de que finalice el plazo de prescripción, sino que, sosteniendo una postura mucho más lógica, el TJUE parece pronunciarse en favor de que cuando comienza el plazo de prescripción, el consumidor debe conocer su derecho.

Las declaraciones del TJUE y nuestras consideraciones al respecto nos llevan a sostener que el TJUE debería situar el comienzo del cómputo en la fecha en la que el consumidor tiene conocimiento de la firmeza de la sentencia que declara la naturaleza abusiva de la cláusula controvertida. A continuación, exponemos una serie de razones que avalarían nuestra postura:

1. La exigencia de tutela judicial efectiva aplicable al ejercicio de la acción restitutoria por el consumidor ha de ser la perspectiva desde la que ha de considerarse el problema. Ello implica que el derecho del consumidor no puede verse frustrado por la oposición de un plazo de prescripción cuyo cómputo comience en una fecha en la que no exista la plena garantía del conocimiento cabal por parte del consumidor de la naturaleza abusiva de la cláusula.

2. La situación resultante del enfrentamiento entre el principio de seguridad jurídica, por un lado, y los principios de efectividad y de respeto de la tutela judicial efectiva, por otro, ha de ser interpretada teleológicamente, pudiéndose considerar que la finalidad de la declaración de la naturaleza abusiva

de una cláusula es el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por ello, cualquier limitación a la consecución de esa finalidad ha de tener un papel residual, reducida a la mínima expresión, a lo estrictamente necesario para evitar producir un resultado injusto.

3. El TJUE determina el inicio del plazo de prescripción en el momento en el que el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento (cabal) del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato. El TJUE parece equiparar «momento en que comienza a correr el plazo» con «momento en el que el consumidor debe conocer los derechos que le reconoce la Directiva 93/13», entre ellos, la naturaleza abusiva de la cláusula controvertida y el consecuente derecho a recuperar las cantidades abonadas indebidamente.

4. El TJUE impone como condición para la operatividad del plazo de prescripción que ese lapso de tiempo se establezca y se conozca con antelación. Al no cumplirse con esa condición en el ordenamiento jurídico español –lo que se demuestra con el planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo– la respuesta a la cuestión ha de ser la más laxa posible, lo que nos llevaría a fijar como *dies a quo* la fecha de la sentencia firme de declaración de la naturaleza abusiva de la cláusula.

5. El artículo 4.1 de la Directiva 93/13 establece que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato de que dependa, es decir, el juicio de abusividad es un examen individualizado en función de las concretas circunstancias concurrentes en la relación de consumo controvertida y analizándose también que en esa específica relación no se haya producido una negociación individual. Ello conlleva que no se conozca con plenitud de certeza si una cláusula concreta de una relación contractual concreta es abusiva o no hasta que no exista la declaración judicial firme de abusividad. La única forma que tiene el consumidor de conocer a ciencia cierta la naturaleza abusiva de la cláusula de su contrato es la existencia de sentencia firme que así lo declare. Es en ese momento cuando se concreta el abstracto derecho del consumidor a obtener el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en que se encontraría de no haber existido dicha cláusula y es ese momento el que debería determinar, a nuestro juicio, el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción restitutoria.

CAPÍTULO 6. CONDICIONES DE COMPATIBILIDAD DE LOS REGISTROS NACIONALES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO:

- 6.1 Introducción.
- 6.2 Análisis jurisprudencial.
- 6.3 El Registro español de Condiciones Generales.

6.1 INTRODUCCIÓN

La declaración de la naturaleza abusiva de una cláusula genera un conjunto de efectos tanto entre las partes que han sido litigantes en el procedimiento judicial en el que se ha efectuado la declaración, como con respecto a terceros. Dentro de este segundo ámbito de despliegue de efectos los legisladores de algunos Estados miembros han considerado conveniente que en sus sistemas jurídicos se incorpore un registro de las condiciones generales declaradas abusivas como un mecanismo de publicidad dirigido a reforzar la protección del consumidor. Detrás de esta cuestión hay problemas tan importantes como el derecho a la tutela judicial efectiva de los profesionales que, a pesar de no haber sido parte en el procedimiento judicial en el que se ha declarado la naturaleza abusiva de la cláusula, van a estar directamente afectados por la inscripción en el registro como abusiva de una cláusula con un contenido idéntico o equivalente a la que ellos utilizan. En consecuencia, se hace necesario compaginar la existencia de un registro de condiciones abusivas –de indudable provecho para la protección de los consumidores– con el derecho a la tutela

judicial efectiva de los profesionales afectados. En el marco del diseño de un sistema que mantenga el equilibrio de los derechos de las partes involucradas resulta de especial utilidad que el TJUE se haya pronunciado en relación con los márgenes en los que debe desarrollarse ese registro de condiciones generales abusivas. Así lo ha hecho –por primera y única vez hasta la fecha de cierre de nuestra investigación (30/6/2023)– en la sentencia *Biuro podrózy «Partner»* que va a ser objeto de estudio en este capítulo.

6.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Caso 94. *Biuro podrózy «Partner»*¹: El registro polaco de condiciones declaradas abusivas judicialmente es compatible con el Derecho de la Unión, a condición de que el profesional pueda recurrir tanto contra la resolución que declara la equivalencia de su cláusula con la incluida en el registro, como contra la resolución que fije, en su caso, el importe de la multa, correspondiendo al juez nacional la comprobación sobre si esa doble condición se cumple o no.

Hechos. La petición fue presentada en el marco de un litigio entre la empresa *Biuro podrózy «Partner»* (en adelante, *Biuro Partner*) –que opera en el sector de servicios turísticos– y el Presidente de la Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores de Polonia (en adelante, Oficina de Protección) en relación con la utilización por parte de *Biuro Partner* de cláusulas de condiciones generales inscritas en el registro nacional de cláusulas de condiciones generales ilícitas, concretamente, la Oficina de Protección dictó una resolución declarando que las cláusulas usadas por *Biuro Partner* eran equivalentes a las inscritas en dicho registro e imponiéndole una sanción, habiendo formulado la empresa un recurso contra esa resolución ante el Tribunal de Protección de la Competencia y de los Consumidores².

¹ Asunto C-119/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de diciembre de 2016. *Biuro podrózy «Partner» sp. z o.o. sp.k. w Dąbrowie Górniczej* contra Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Apelación de Varsovia, Polonia. EU: C:2016:987. El Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe presentó sus conclusiones el 2 de junio de 2016.

² La Oficina de Protección había dictado resolución declarando que *Biuro Partner* utilizaba cláusulas consideradas equivalentes a aquellas que habían sido declaradas ilícitas en procedimientos dirigidos contra otros profesionales e inscritas en el registro nacional de cláusulas de condiciones generales ilícitas. La Oficina de Protección impuso una multa a la empresa considerando que las cláusulas utilizadas por esta vulneraban los intereses colectivos de los consumidores. La empresa impugnó la equivalencia entre las

En cuanto a la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 6.1 y el artículo 7 de la Directiva 93/13 en relación con los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que la utilización de cláusulas de condiciones generales cuyo contenido sea equivalente al de cláusulas declaradas ilícitas mediante resolución jurisdiccional firme e inscritas en un registro nacional de tales cláusulas se considere, en relación con un profesional que no participó en el procedimiento que desembocó en la inscripción de esas cláusulas en dicho registro, como un comportamiento ilícito que puede ser sancionado mediante una multa.

Mediante la segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente desea saber si debe ser calificado como órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno en el sentido del artículo 267.3 del TFUE.

Doctrina. Para responder a la primera cuestión prejudicial el TJUE observa la posibilidad de que el régimen nacional sea contrario al artículo 47 de la Carta. En ese sentido, señala que el artículo 47 ampara tanto a los consumidores como a los profesionales. El TJUE señala que el mantenimiento de un registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas tiene por objeto responder del mejor modo posible a las obligaciones de protección de los consumidores previstas por las Directivas 93/13 y 2009/22 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores³.

Según el órgano remitente el registro persigue tres objetivos: ayudar a la difusión de las cláusulas declaradas ilícitas, contribuir a la transparencia y seguridad jurídica y, por último, evitar la multiplicación de procedimientos judiciales relativos a cláusulas de condiciones generales análogas utilizadas por otros profesionales⁴.

El TJUE afirma que el establecimiento de un registro de esa índole es compatible con el Derecho de la Unión. Fundamenta su postura en el artículo 8 de la Directiva 93/13. Habida cuenta de que con arreglo a dicha norma los

cláusulas que había utilizado y aquellas inscritas en el registro. El Tribunal Regional de Varsovia desestimó el recurso de la empresa contra la decisión de la Oficina de Protección, interponiendo la empresa recurso ante el Tribunal de Apelación de Varsovia, que plantea dos cuestiones al tener dudas sobre la interpretación conjunta de las Directivas 93/13 y 2009/22 en lo que se refiere a la extensión de los efectos de una resolución judicial que declara la ilicitud de una cláusula por abusiva con respecto a los contratos suscritos con consumidores por otros profesionales que no han sido parte en el procedimiento.

³ As. C-119/15. STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Biuro podróży «Partner»*, apdo. 33.

⁴ *Ibid.*, apdos. 34 y 35.

Estados miembros pueden adoptar disposiciones más estrictas compatibles con el Tratado, pueden crear listas que enuncien las cláusulas contractuales consideradas abusivas y conforme al artículo 8 bis del mismo instrumento están obligados a informar a la Comisión de la creación de tales listas, que responden en principio al interés de proteger a los consumidores⁵.

A continuación, el TJUE analiza los requisitos que debe cumplir un registro de esas características. Así, su creación y su gestión han de responder a las exigencias fijadas por la Directiva 93/13 y, con carácter más general, por el Derecho de la Unión. Debe ser gestionado de manera transparente en interés no solo de los consumidores sino también de los profesionales, debiendo estructurarse de manera clara, con independencia del número de cláusulas que contenga. Además, las cláusulas incluidas en el registro en cuestión deben responder al criterio de actualidad, lo que implica que dicho registro se mantenga cuidadosamente al día y que, respetando el principio de seguridad jurídica, las cláusulas que ya no hayan de figurar en él se retiren de este sin demora. El último de los requisitos dispuestos por el TJUE tiene gran relevancia ya que se refiere a que el profesional al que se le ha impuesto una multa por la utilización de una cláusula considerada equivalente a una cláusula incluida en el registro debe tener la posibilidad de recurrir dicha sanción, tanto en cuanto a la apreciación del comportamiento considerado ilícito como en cuanto al importe de la multa fijada por el órgano nacional competente. Este requisito responde al principio de tutela judicial efectiva, según el propio TJUE⁶.

Pasa el TJUE a aplicar esos requisitos al asunto del que conoce y declara que, según el Derecho polaco, la multa impuesta al profesional se basa en la constatación de que la cláusula controvertida utilizada por este es equivalente a una cláusula de condiciones generales declarada ilícita e incluida en el registro mantenido por dicha Oficina. El sistema polaco prevé que el profesional tiene derecho a impugnar esta equivalencia ante un órgano jurisdiccional especializado que tiene la misión específica de controlar las condiciones generales y, por tanto, de preservar la uniformidad de la jurisprudencia en materia de protección de consumidores⁷.

El TJUE señala que, según la documentación de que dispone, el examen efectuado por el órgano jurisdiccional competente no se limita a una mera comprobación formal de las cláusulas examinadas con las que figuran en el registro, sino que aprecia el contenido de las cláusulas controvertidas para

⁵ *Ibid.*, apdo. 36.

⁶ *Ibid.*, apdos. 37 a 40.

⁷ *Ibid.*, apdo. 41.

determinar si, habida cuenta del conjunto de circunstancias del asunto en cuestión, las cláusulas son materialmente idénticas a las inscritas en el registro, atendiendo en particular a sus efectos⁸.

En base a los razonamientos anteriores, el TJUE llega a la conclusión de que no cabe sostener que un régimen nacional como el controvertido en el litigio principal vulnera el derecho de defensa del profesional o el principio de tutela judicial efectiva, sin perjuicio de que corresponde al órgano nacional remitente comprobar que el sistema polaco cumple esos requisitos o, en palabras del TJUE, comprobar la exactitud de las consideraciones anteriores⁹.

Finalmente, el TJUE analiza la cuestión del importe de la multa, argumentando que se trata de un medio dirigido al cese del uso de cláusulas abusivas al amparo del deber que tienen los Estados miembros de velar por que existan medios adecuados a tal fin. Dicho ello, el TJUE se detiene en la necesidad de que la sanción respete el principio de proporcionalidad como principio general del Derecho de la Unión, debiendo disponer el profesional de la posibilidad de interponer un recurso para impugnar la cuantía de la multa si considera que no respeta dicho principio, incumbiendo al órgano jurisdiccional nacional comprobar si el profesional polaco disfruta de esa posibilidad.

La conclusión completa del TJUE es que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 de la Directiva 93/13, en relación con los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22 y a la luz del artículo 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que la utilización de cláusulas de condiciones generales cuyo contenido sea equivalente al de cláusulas declaradas ilícitas mediante una resolución jurisdiccional firme e inscritas en un registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas se considere, en relación con un profesional que no participó en el procedimiento que desembocó en la inscripción de esas cláusulas en dicho registro, como un comportamiento ilícito, a condición de que ese profesional goce de un derecho a la tutela judicial efectiva que le permita recurrir tanto contra la resolución que admita la equivalencia de las cláusulas comparadas en lo que atañe a la cuestión de si, habida cuenta del conjunto de circunstancias pertinentes propias de cada caso, tales cláusulas son materialmente idénticas, atendiendo en particular a sus efectos en detrimento de los consumidores, como contra la resolución que fije, en su caso, el importe de la multa impuesta. Corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si esas condiciones se cumplen o no.

⁸ *Ibid.*, apdo. 42.

⁹ *Ibid.*, apdo. 43.

Con respecto a la segunda cuestión prejudicial el TJUE señala que la misma se plantea habida cuenta de que en el plano nacional la calificación del recurso de casación como recurso en el sentido del artículo 267.3 del TFUE es controvertida. Observa el TJUE que según el órgano remitente toda infracción del Derecho de la Unión se considera un motivo de casación, deduciendo este que no forma parte de los órganos jurisdiccionales a los que se refiere el artículo 267.3 del TFUE dado que sus resoluciones pueden ser objeto de un recurso judicial del Derecho interno. El TJUE recuerda que en las sentencias en las que ha interpretado el concepto controvertido ha declarado que las resoluciones de un órgano jurisdiccional nacional de apelación que pueden ser impugnadas por las partes ante un tribunal supremo no emanan de un «órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno» en el sentido del artículo 267 TFUE. Indica el TJUE que el hecho de que para que un tribunal supremo examine el fondo del asunto, el recurso esté supeditado a una previa declaración de admisibilidad por este no produce el efecto de privar a las partes del derecho a recurrir¹⁰.

A ello añade el TJUE que dicha conclusión se aplica aún con mayor razón a un sistema procesal que se limita a imponer restricciones en lo que atañe a la naturaleza de los motivos que pueden invocarse ante ese órgano jurisdiccional que deben derivar de una infracción de ley.

Por todo ello, el TJUE responde a la segunda cuestión que el artículo 267.3 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional como el remitente, cuyas decisiones dictadas en el marco de un litigio como el del asunto principal pueden ser objeto de un recurso de casación, no puede calificarse de «órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno».

Comentarios. El primer problema abordado en esta sentencia tiene una enorme relevancia. Se trata de evaluar el posible efecto «erga omnes» o eventual extensión a otros asuntos de los efectos de las resoluciones que declaran la naturaleza abusiva de una cláusula. Así, se parte de las conclusiones de la sentencia *Invitel*¹¹ con arreglo a la cual esos efectos se extienden a todos los consumidores que hayan celebrado un contrato con las mismas cláusulas y con el mismo profesional sin haber sido parte en el procedimiento. El TJUE «dejaba en el aire» qué ocurriría con respecto a esas mismas cláusulas utilizadas por otros profesionales que no habían sido parte en el procedimiento y que, por tanto, no

¹⁰ *Ibid.*, apdos. 50 a 52.

¹¹ C-472/10. STJUE de 26 de abril de 2012. *Invitel*.

habían podido defenderse al respecto. La sentencia ahora comentada soluciona esa cuestión cuando la cláusula declarada abusiva ha sido inscrita en un registro nacional gestionado por un órgano administrativo —en este caso, la «Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores»— que recoge las cláusulas declaradas abusivas en los litigios celebrados en el Estado correspondiente —en este asunto, Polonia—. La conclusión del TJUE es que se considerará comportamiento ilícito la utilización de aquella cláusula que sea equivalente a la incluida en el registro de condiciones abusivas tras una sentencia judicial firme, si bien ese registro ha de cumplir una serie de requisitos y, además, ha de asegurarse el derecho a la tutela judicial efectiva del profesional, que debe tener la posibilidad de recurrir la resolución que le afecta, tanto en cuanto a la equivalencia material de la cláusula con respecto a la declarada abusiva, como en cuanto a la proporcionalidad de la sanción. Por tanto, el TJUE confirma el efecto expansivo de la declaración judicial de la naturaleza abusiva de una cláusula cuando ha sido plasmada en un registro que cumple con las garantías exigidas por dicho tribunal, extendiéndose a las relaciones entre consumidores y profesionales que no han sido parte en el procedimiento judicial donde se ha efectuado la declaración de abusividad, es decir, se produce una nueva extensión subjetiva a añadir a la que dio lugar la sentencia *Invitel*.

Hemos de decir que la sentencia presenta diversos aspectos muy positivos. En primer lugar, la solución facilitada por el TJUE merece nuestro elogio. Parece de sentido común que pueda sancionarse a un profesional por utilizar una cláusula abusiva idéntica o muy similar a la listada en el registro, aunque no haya estado personado en el procedimiento judicial a consecuencia del cual la cláusula fue incluida en dicho registro. Una solución distinta desvirtuaría la finalidad del registro, privándole de eficacia. Con toda lógica, para proteger el derecho a la tutela judicial efectiva del profesional, el TJUE declara que este debe tener la posibilidad de recurrir la resolución sancionatoria tanto en lo referente al contenido material de la cláusula del profesional y su identidad o no con la cláusula incluida en el registro como en cuanto a la proporcionalidad de la sanción económica. De esta forma, el TJUE ha encontrado un equilibrio, atendiendo a la finalidad de protección de los derechos de los consumidores y respetando escrupulosamente el derecho de defensa de los profesionales.

Otro de los aspectos positivos de esta sentencia estriba en que el TJUE facilita un conjunto de requisitos que han de ser cumplidos por un registro de cláusulas abusivas de cualquier Estado miembro. Así, debe ser gestionado de manera transparente, en interés tanto de consumidores como de profesionales, estructurándolo de manera clara y estando permanentemente actualizado, respetando el principio de seguridad jurídica. Dichos requisitos se completan con

la necesidad de que el ordenamiento nacional prevea un mecanismo para que el profesional pueda recurrir la resolución que considere la cláusula por él utilizada como equivalente a otra incluida en el registro en lo concerniente a la apreciación del comportamiento ilícito como en cuanto a la proporcionalidad de una eventual multa. Dichas conclusiones pueden ser aplicadas a cualquier registro de la Unión por lo que tanto los registros existentes como los de nueva creación deberían, a mi juicio, ser objeto de un análisis para comprobar que cumplen con los requisitos expresados por el TJUE en esta sentencia.

Es de señalar que el TJUE no siguió las conclusiones del Abogado General Sr. Saugmansgaard Oe ¹², quien propuso al Tribunal responder a la cuestión en el sentido de que la normativa nacional era contraria a la Directiva 93/13 y a la Directiva 2009/22/CE en relación con el artículo 47 de la Carta. El Abogado General fue desgranando una batería de argumentos en defensa de su tesis. Entre ellos: que una cláusula contractual puede considerarse abusiva en determinadas circunstancias, y no serlo en otras, en particular, en función del precio pagado por el consumidor; que la apreciación del carácter abusivo varía de un contrato a otro en función de las circunstancias particulares que concurren en el contrato y en la cláusula de que se trata, así como del Derecho aplicable; que un régimen según el cual, con carácter general, la naturaleza abusiva de las cláusulas de condiciones generales debe establecerse de una vez por todas, en un procedimiento judicial *in abstracto*, resulta difícil, o incluso imposible, de conciliar con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 que exige que la apreciación del carácter abusivo sea concreta y se base en circunstancias particulares; que la expresión «adopte disposiciones» que figura en los artículos 8 y 8 bis, apartado 1, de la Directiva 93/13 implica que la lista nacional de cláusulas abusivas habrá de establecerse por vía normativa mientras que el régimen preconizado en el asunto enjuiciado habilita a los tribunales nacionales, más que al legislador, a fijar, caso por caso, una lista negra; que el principio de seguridad jurídica puede ser cuestionado a la hora de que los profesionales identifiquen la situación jurídica en la que intervengan y en lo concerniente a la posibilidad de sancionar el uso de cláusulas que sean meramente «similares» a las incluidas en el registro; que el derecho del profesional a ser oído es objeto de una restricción particularmente grave; que las declaraciones del TJUE en *Invitel* no pueden transponerse al supuesto enjuiciado, no estando justificada una interpretación extensiva del contenido de esa sentencia que cubra una normativa que prevea una eficacia *erga omnes* con respecto a cualquier profesional que

¹² Asunto C-119/15, Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Oe presentadas el 2 de junio de 2016.

no haya participado en el procedimiento y que, en cualquier caso, no se compeadece con los derechos fundamentales del profesional.

A nuestro juicio, los argumentos expuestos por el Abogado General tienen una base razonable, pero han de ceder ante la elevada eficacia que proporciona el registro de condiciones generales abusivas para la protección de los derechos de la generalidad de los consumidores, siempre y cuando se respete el derecho a la tutela judicial efectiva del profesional. En nuestra opinión, la consecución del objetivo enunciado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 justifica una cierta relativización del artículo 4.1 del mismo texto, que queda neutralizada ante la facultad que debe gozar el profesional de ejercer acciones judiciales para salvaguardar sus derechos. Por ello, entendemos acertada la postura del Tribunal de Justicia no siguiendo la propuesta del Abogado General.

El segundo problema analizado en esta sentencia se refiere a la consideración del juzgado remitente como órgano jurisdiccional de última instancia, es decir, cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno en el sentido del artículo 267.3 del TFUE. El Tribunal de Justicia concluye que cuando cabe la posibilidad de un recurso de casación contra la decisión de un tribunal, este no puede tener la consideración de tribunal de última instancia, aunque ese recurso esté limitado por el necesario cumplimiento de determinados requisitos y sujeto a un examen de su admisibilidad. También obedece al sentido común la conclusión del TJUE.

Aplicada esta sentencia a nuestra jurisdicción ordinaria puede deducirse que las audiencias provinciales no son órganos jurisdiccionales de última instancia, sino que lo es el Tribunal Supremo, ello sin perjuicio de determinados procedimientos en los que puede serlo otro órgano jurisdiccional como puede ocurrir con un juzgado de primera instancia conociendo de un juicio verbal por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3.000 euros (art. 455.1. LEC) y que, por tanto, constituye órgano de última instancia.

La cuestión del órgano jurisdiccional de última instancia tiene trascendencia en diferentes ámbitos –además de la consideración prevista en el artículo 267.3 TFUE–, uno de los cuales sería la posibilidad de reclamar responsabilidad al Estado por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión. En la medida en que la jurisprudencia del TJUE imponga como uno de los requisitos que la resolución generadora del daño haya sido pronunciada por un órgano judicial de última instancia, limitaría los supuestos susceptibles de declaración de responsabilidad y correspondiente indemnización en favor del lesionado. Se quedarían fuera muchos supuestos relativos al Derecho de consumidores en los que, por las especiales circunstancias concurrentes habitualmente, no es frecuente acudir al tribunal supremo del Estado miembro correspondiente.

6.3 EL REGISTRO ESPAÑOL DE CONDICIONES GENERALES

Como es sabido, en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, el legislador español dedicó un conjunto de disposiciones a la creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Esas disposiciones fueron desarrolladas reglamentariamente a través del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que quedó aprobado el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Dos son los aspectos fundamentales de nuestro Registro de Condiciones Generales de la Contratación: la inscripción de formularios o condiciones generales de la contratación y la inscripción de sentencias que declaran como abusivas determinadas cláusulas de los contratos de adhesión.

Por tanto, se ha llevado a cabo la construcción normativa y funcional del Registro de Condiciones Generales, pero el panorama real –por encima de las apariencias establecidas – no es positivo.

A pesar de que la exposición de motivos de la Ley, al explicar la naturaleza y finalidad del Registro, afirmara que «el carácter eminentemente jurídico de este Registro deriva de los efectos «*erga omnes*» que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad», más de veinte años después de su promulgación, parece que estos efectos se han visto de alguna u otra forma diluidos. Así, Cuadrado Soler¹³ afirma que el Registro de Condiciones Generales de la Contratación se ha considerado por la mayor parte de la doctrina un fracaso. Por un lado, en cuanto al depósito de formularios, por cuanto que su inscripción es voluntaria¹⁴ y, además, porque los parámetros calificadores son distintos de los previstos para los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Por otro lado, según Cuadrado Soler, el efecto *erga omnes* y *ultra partes* tropezó con la actual LEC, en especial con la regla 2.ª del artículo 221.1 LEC¹⁵,

¹³ CUADRADO SOLER, J., *El Registro de Condiciones Generales de la Contratación ante el control de transparencia material*, edit. Dykinson, Madrid, 2021, p. 84.

¹⁴ Ese carácter voluntario ha de ser matizado en la actualidad ya que, como novedad muy positiva, la disposición final cuarta de la Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario establece la obligatoriedad del depósito en el Registro de los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha ley.

¹⁵ Artículo 221 LEC: «Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

[...] 2.ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente».

de modo que este efecto depende de la decisión de los jueces y tribunales en cada sentencia que dicten. Por nuestra parte, consideramos que esta última observación ha quedado desfasada. Ello por cuanto que la disposición final cuarta de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario modifica el apartado 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en adelante LGCC, estableciendo la obligatoriedad de remitir las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas. Ello se ve complementado por la disposición final quinta de la citada Ley 5/2019 que añade un apartado 4 al artículo 521 de la LEC en idéntico sentido. Todo ello, sin perjuicio de que el artículo 22 de la LGCC¹⁶ era y es suficientemente explícito. Por tanto, si antes de la Ley 5/2019 cabían –en nuestra opinión– pocas dudas sobre la obligatoriedad del órgano jurisdiccional de remitir mandamiento para la inscripción de la sentencia en el Registro, en la actualidad tras las disposiciones finales cuarta y quinta de la Ley 5/2019 la situación es tan meridianamente clara que ningún juzgado o tribunal español debería incumplir dicha obligación.

Ballugera Gómez¹⁷ es un gran defensor de los efectos positivos que debe generar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en adelante, RCGC. Así, sostiene que el RCGC es un instrumento que ayudará en gran medida a que las sentencias de nulidad de condiciones generales tengan este ansiado efecto «ultra partes» y que contribuya a facilitar la eliminación de las cláusulas abusivas del mercado. Se refiere Ballugera al efecto «ultra partes» que es predicable tanto de las sentencias dictadas en procedimientos colectivos como de las recaídas en procedimientos individuales. Así, cuando en una sentencia individual se declara la nulidad de una condición general, esa declaración afecta a la condición general idéntica que está en el formulario y de rebote a todas las cláusulas incorporadas a los muchos contratos que el profesional ha celebrado con sus clientes con base en ese formulario. Las sentencias individuales de nulidad de cláusulas abusivas tienen efecto «ultra partes» por esa vía. Ballugera subraya que es muy importante la inscripción de las sentencias

¹⁶ Artículo 22 LGCC., «Inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo».

¹⁷ Carlos Ballugera es registrador de la propiedad y presidente del Consejo de Consumidores y Usuarios –órgano adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición–. Ballugera ha escrito numerosos artículos sobre el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y sostiene propuestas tan interesantes como la de que exista un registro europeo de condiciones generales de la contratación.

en el RCGC. Por medio de ese instrumento y de su publicidad oficial y fácil se permite al adherente no litigante aprovecharse de las sentencias firmes de nulidad recaídas en litigios de otros adherentes con los mismos intereses económicos. La eficacia «ultra partes» no para en lo idéntico, es decir no sólo extiende la nulidad de una cláusula abusiva a otra cláusula abusiva en otro contrato del mismo banco con otro cliente no litigante, sino que se extiende a lo parecido usado por otros predisponentes no demandados a través del efecto «ultra partes» y de los efectos de la cosa juzgada material en su aspecto positivo¹⁸. A nuestro modo de ver, el RCGC es un instrumento que puede tener una enorme utilidad si se configura correctamente. Las modificaciones adoptadas a través de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario deberían contribuir a mejorar el funcionamiento del Registro tanto en cuanto al obligado depósito de formularios en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios –hasta ahora la voluntariedad daba lugar a un escaso uso del Registro por los profesionales– como en cuanto a una generalizada inscripción de todas las sentencias firmes por las que se declare la nulidad, cesación o retractación de condiciones generales abusivas. No obstante, para que el Registro se convierta en un instrumento realmente útil para los consumidores y para los abogados u otros profesionales que defienden los intereses de los consumidores son necesarios cambios profundos. Si en estos momentos efectuamos una simple consulta del Registro los resultados son decepcionantes, desde nuestro punto de vista. Así, no existe posibilidad de búsqueda temática (préstamos, seguros, vivienda, etc.), búsqueda por conceptos (gastos, intereses, etc.) u otros criterios que ayuden al consumidor a localizar de forma sencilla y rápida aquellas cláusulas que han sido declaradas abusivas en los aspectos en los que esté interesado para poder comparar su contenido con el de la cláusula de su contrato. Pero es que, además, si comprobamos ficha por ficha –lo que nunca sería un método atractivo para el consumidor– correspondientes a sentencias firmes de nulidad, nos encontramos con frecuentes y graves deficiencias. En ese sentido, hay ocasiones en las que no se incluye el contenido de la cláusula abusiva, ni tampoco los datos del órgano jurisdiccional. La irracionalidad llega a extremos insospechados al incluirse el número de procedimiento pero no el juzgado o tribunal que ha dictado la sentencia, ni tampoco el contenido de la cláusula, o bien se detalla la sentencia del Tribunal Supremo relativa al recurso de casación pero indicando que no se han enviado las sentencias de los órganos infe-

¹⁸ BALLUGERA GÓMEZ, C., «Registro de cláusulas abusivas», *Regispro*, enero, 2019.
 Disponible en <https://regispro.es/c-ballugera-registro-de-clausulas-abusivas/#registro-de-clausulas-abusivas>
 (última consulta: 13 de septiembre de 2023).

riores que contienen las cláusulas declaradas abusivas, por lo que se carece de información sobre las cláusulas declaradas nulas en cualquiera de las instancias anteriores¹⁹. También, a veces hay pestañas que llevan a notas donde se indica «fuera de servicio». En definitiva, un funcionamiento deficiente, a nuestro juicio, que no resulta provechoso para los consumidores.

¹⁹ En una información general facilitada por el Registro de Bienes Muebles de Madrid con fecha de 29 de enero de 2022, siendo el predisponente la entidad de seguros Caser reza el extracto como sigue:

«Debe tenerse en cuenta que la información derivada de la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo núm. 401/2010 de fecha 1 de Julio de 2010, es forzosamente fragmentaria e incompleta. En efecto, en ella se resuelve únicamente acerca de los pronunciamientos que han sido objeto de recurso de casación e infracción procesal de la Sentencia dictada por la Sección diecinueve Audiencia Provincial de Madrid en fecha 29 de Marzo de 2006 (que no ha sido presentada en este Registro), en rollo de apelación número 833/2005, dimanante, a su vez, del juicio verbal número 163/2005 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, que originó la Sentencia dictada por éste en 9 de mayo de 2005 (Sentencia que tampoco ha sido presentada en este Registro). Por tanto, se carece de información sobre las cláusulas declaradas nulas en cualquiera de las instancias anteriores, si no han sido objeto de recurso ante el Tribunal Supremo».

CAPÍTULO 7. RELACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13 CON NORMATIVAS SECTORIALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN

SUMARIO:

- 7.1 Introducción.
- 7.2 Análisis jurisprudencial.

7.1 INTRODUCCIÓN

El presente epígrafe está constituido exclusivamente por dos asuntos. En primer lugar, la sentencia *Air Berlin* nos proporciona el criterio del TJUE con respecto a una cuestión de particular relevancia que es la relación entre, por un lado, la Directiva 93/13 y las normas nacionales que la transponen, frente a las normativas sectoriales del Derecho de la Unión, por otro, y la eventual preeminencia de unas u otras. En segundo lugar, la sentencia *DelayFix*, dictada en relación con un litigio en el que resultan de aplicación varios instrumentos comunitarios, nos ofrece la respuesta sobre la aplicación o no de la Directiva 93/13 en un litigio entre dos profesionales, actuando uno de ellos en virtud de la cesión de un crédito operada en su favor por un consumidor.

7.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Caso 95. *Air Berlin*¹: La Directiva 93/13 es una directiva general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de actividad

¹ Asunto C-290/16. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) dictada el 6 de julio de 2017, *Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG* contra *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV*. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al

económica, por lo que para que no resulte de aplicación a un ámbito concreto es necesario que existan disposiciones que, expresa y claramente, así lo dispongan, lo que no sucede en el caso en cuestión (explotación de servicios aéreos).

Hechos. La petición se formuló en el marco de un litigio formulado por la unión federal de centrales y asociaciones de consumidores, en lo sucesivo, «Bundesverband», contra la compañía aérea Air Berlin en ejercicio de una acción de cesación contra determinadas prácticas de Air Berlin relativas a la presentación de los precios y a las condiciones generales de contratación que figuran en su sitio de Internet².

La primera cuestión prejudicial se refiere exclusivamente a la interpretación del Reglamento 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Unión por lo que no vamos a detenernos en ella.

Mediante su segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, según la reformulación del Tribunal de Justicia, si el artículo 22, apartado 1, del Reglamento núm. 1008/2008 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la aplicación de una normativa nacional que transpone la Directiva 93/13 pueda llevar a anular una cláusula que figura en las condiciones generales de contratación y que permite facturar gastos de tramitación a tanto alzado específicos a los clientes que no se hayan presentado a un vuelo o que hayan anulado su reserva.

Doctrina. El TJUE parte de la premisa, que es la del tribunal remitente, de que la normativa nacional que tiene por objeto proteger a los consumidores contra las prácticas abusivas –concretamente, el artículo 307 del BGB– en

artículo 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania). EU: C:2017:523. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. M. Wathelet, al que le fue asignado.

² El Landgericht Berlin (Tribunal Regional Civil y Penal de Berlín) estimó la demanda del Bundesverband y ordenó a Air Berlin, bajo pena de sanciones, por una parte, que dejara de mostrar, en concepto de «Impuestos y tasas», en la presentación de los precios correspondientes a vuelos en su sitio de Internet, importes que no se corresponden con los que dicha compañía aérea ha de abonar efectivamente y, por otra parte, que suprimiera el apartado 5.2 de sus condiciones generales de contratación consultables en su sitio de Internet (en lo sucesivo, «condiciones generales de contratación»), que establece que Air Berlin deducirá, como gastos de tramitación, un importe de 25 euros por reserva y pasaje sobre la cuantía que se le habrá de devolver cuando éste no se haya presentado a un vuelo o cuando haya anulado su reserva. Al haberse desestimado la apelación interpuesta por Air Berlin ante el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín, la demandada Air Berlin recurrió en casación ante el Tribunal Supremo Civil y Penal que eleva cuestión prejudicial ante el TJUE con dos preguntas relativas al Reglamento núm. 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. En la reformulación de la segunda pregunta el TJUE se refiere expresamente a la normativa nacional que transpone la Directiva 93/13 y su relación con el mencionado Reglamento.

virtud de la cual dicho tribunal considera abusiva la cláusula que figura en el apartado 5.2 de las condiciones generales de contratación, se fundamenta en el Derecho de la Unión en la medida en que dicha normativa transpone la Directiva 93/13. El tribunal remitente se pregunta si, conforme a la sentencia de 18 de septiembre de 2014, *Vueling Airlines* (C-487/12, EU: C:2014:2232), hay que considerar que la libertad reconocida a las compañías aéreas de fijar las tarifas con arreglo al artículo 22, apartado 1, del Reglamento núm. 1008/2008 se opone a que una normativa nacional que transpone el Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores se aplique a tal cláusula. El TJUE señala que el propósito de la Directiva 93/13, de conformidad con su artículo 1, apartado 1, es aproximar las disposiciones de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, sin que sea necesario pronunciarse sobre si los gastos de tramitación a tanto alzado establecidos por la cláusula que figura en el apartado 5.2 de las condiciones generales de contratación están incluidos en el concepto de «tarifas aéreas» en el sentido del Reglamento núm. 1008/2008 y, como consecuencia, si esa cláusula es conforme con la libertad de fijación de precios establecida en el artículo 22, apartado 1, de dicho Reglamento.

El TJUE declara que, por ello, se trata de una directiva general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de actividad económica. El objetivo de esta Directiva no es restringir la libertad de fijación de precios de las compañías aéreas, sino que persigue obligar a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo, en aras de la protección que debe concederse al consumidor por hallarse en situación de inferioridad respecto del profesional, tanto en lo que atañe a la capacidad de negociación como al nivel de información³.

Observa el Tribunal de Justicia que, en ese contexto, únicamente cabría admitir que dicha Directiva no sería aplicable en el ámbito de los servicios aéreos regulado por el Reglamento núm. 1008/2008 si así lo establecieran con claridad las disposiciones de dicho Reglamento. A ello añade que ni el tenor del artículo 22 del Reglamento núm. 1008/2008, relativo a la libertad de fijación de precios, ni el tenor de las demás disposiciones de dicho Reglamento permiten sacar tal conclusión, aunque la Directiva 93/13 ya estaba vigente en la fecha en que se adoptó ese mismo Reglamento. Tampoco cabe deducir del objetivo perseguido por el artículo 22, apartado 1, del Reglamento núm. 1008/2008 que los contratos de transporte aéreo no estén sometidos

³ Asunto C-290/16. STJUE de 6 de julio de 2017, *Air Berlin*, apdos. 42 a 44.

al cumplimiento de las normas generales que protegen a los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

Según el TJUE, la sentencia de 18 de septiembre de 2014, *Vueling Airlines*⁴, no puede conducir a una conclusión distinta. En esa sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 22, apartado 1, del Reglamento núm. 1008/2008 se opone a una normativa, como la controvertida en aquel asunto, que tiene por finalidad obligar, en cualquier circunstancia, a las compañías aéreas a transportar el equipaje facturado de sus pasajeros sin poder exigir ningún suplemento de precio por ello. En cambio, el Tribunal de Justicia en modo alguno estableció que la libertad de fijación de precios se opone, con carácter general, a la aplicación de cualquier norma de protección de los consumidores. Por el contrario, el Tribunal de Justicia indicó que, sin perjuicio de la aplicación, en particular, de las normas en materia de protección de los consumidores, el Derecho de la Unión no se opone a que los Estados miembros regulen aspectos relativos al contrato de transporte aéreo, especialmente a efectos de proteger a los consumidores contra las prácticas abusivas, siempre que no se cuestionen las disposiciones sobre precios del Reglamento núm. 1008/2008. Así pues, no es posible deducir de dicha sentencia que el artículo 22, apartado 1, del Reglamento núm. 1008/2008 se oponga a la aplicación de una normativa nacional que transpone disposiciones del Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores como las de la Directiva 93/13. De las consideraciones anteriores resulta que la libertad de fijación de los precios de los servicios aéreos en el interior de la Unión, establecida en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento núm. 1008/2008, no puede impedir la aplicación de tal normativa nacional a las cláusulas de los contratos de transporte aéreo.

Manifiesta el TJUE que la respuesta contraria conllevaría privar a los consumidores de los derechos que les otorga la Directiva 93/13 en el ámbito de la fijación de los precios de los servicios aéreos y permitir que las compañías aéreas pudieran incluir en los contratos celebrados con los pasajeros –al no existir control alguno– cláusulas abusivas en la fijación de precios.

El TJUE concluye que procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 22, apartado 1, del Reglamento núm. 1008/2008 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la aplicación de una normativa nacional que transpone la Directiva 93/13 pueda llevar a anular una cláusula

⁴ Asunto C-487/12. STJUE de 18 de septiembre de 2014, *Vueling Airlines*, S. A., contra Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ourense, EU: C:2014:2232.

que figura en las condiciones generales de contratación y que permite facturar gastos de tramitación a tanto alzado específicos a los clientes que no se hayan presentado a un vuelo o que hayan anulado su reserva⁵.

Comentarios. La importancia de esta sentencia estriba en el hecho de que el TJUE tiene que analizar la relación entre una norma sectorial, el Reglamento núm. 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Unión, y la Directiva 93/13. Ese análisis le permite al Tribunal de Justicia dejar muy claro que la Directiva 93/13 es una directiva general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de actividad económica, por lo que para que no resulte de aplicación a un ámbito concreto es necesario que existan disposiciones que exprese y claramente así lo dispongan. En el asunto litigioso, el Reglamento núm. 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Unión no recoge ninguna norma que disponga que la Directiva 93/13 no es de aplicación a ese ámbito, por lo que de ello se deduce que la Directiva 93/13 resulta de plena aplicación. Las declaraciones efectuadas por el TJUE en *Air Berlin* son trasladables a cualquier debate que se produzca con respecto a otra norma sectorial y su relación con la Directiva 93/13. De ahí, la trascendencia de esta resolución.

Caso 96. *DelayFix*⁶: En supuestos de cesión de créditos a una agencia de gestión de cobro el hecho de que los litigios se sustancien únicamente entre profesionales no impide la aplicación de la Directiva 93/13 en la medida en que el ámbito de aplicación de esta no depende de la identidad de las partes del litigio, sino de la calidad de las partes en el contrato.

Hechos. La petición se formuló en el contexto de un litigio instado por la entidad DelayFix, con domicilio social en Varsovia (Polonia), sociedad especializada en la gestión de cobros y a la que un pasajero aéreo cedió sus derechos contra la compañía aérea Ryanair DAC, con domicilio social en Dublín (Irlanda), en relación con el pago de una cantidad de 250 euros en concepto de compensación por la cancelación de un vuelo, sobre la base del Reglamento (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre

⁵ Asunto C-290/16. STJUE de 6 de julio de 2017, *Air Berlin*, apdos. 45 a 51.

⁶ Asunto C-519/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) dictada el 18 de noviembre de 2020. Ryanair DAC contra DelayFix. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Regional de Varsovia, 23.ª Sala Mercantil de Recursos, Polonia. ECLI: EU: C:2020:933. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, al que le fue asignado.

compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91, publicado en DOUE el 17 de febrero de 2004⁷. El TJUE tiene que interpretar dicho instrumento en relación con el artículo 25.1 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁸ y con la Directiva 93/13.

Mediante la cuestión prejudicial planteada, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 25 del Reglamento núm. 1215/2012 y los artículos 2, letra b), 3, apartados 1 y 2, y 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para impugnar la competencia de un órgano jurisdiccional para conocer de una demanda de compensación presentada sobre la base del Reglamento núm. 261/2004 contra una compañía aérea, esta puede oponer una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato de transporte entre un pasajero y esa compañía aérea a una agencia de gestión de cobro a la que el pasajero ha cedido su crédito.

Doctrina. El TJUE realiza un conjunto de observaciones relativas al Reglamento 1215/2012. Tras ello procede a verificar los requisitos de validez de la cláusula atributiva de la competencia a los tribunales de Irlanda⁹. El

⁷ Passenger Rights, sociedad especializada en la gestión de cobros de créditos de pasajeros aéreos, convertida posteriormente en DelayFix, solicitó ante el Tribunal de Distrito de la ciudad de Varsovia que se condenara a la compañía aérea Ryanair, sobre la base del Reglamento núm. 261/2004, al pago de una cantidad de 250 euros como compensación por la cancelación de un vuelo entre Milán (Italia) y Varsovia (Polonia), uno de cuyos pasajeros le había cedido el crédito que tenía frente a esa compañía aérea. Ryanair propuso una excepción de incompetencia de los órganos jurisdiccionales polacos, basándose en que la cláusula 2.4 de sus condiciones generales de transporte, contratadas por dicho pasajero al comprar su billete en línea, establece una competencia en favor de los tribunales irlandeses. Según Ryanair, DelayFix, como cesionaria del crédito de dicho pasajero, está vinculada por esa cláusula. Mediante auto de 15 de febrero de 2019, el Tribunal de Distrito de la ciudad de Varsovia desestimó esta excepción de incompetencia, al considerar, por una parte, que la cláusula atributiva de competencia que figuraba en el contrato de transporte entre el mismo pasajero y la compañía aérea era abusiva, en el sentido de la Directiva 93/13, y, por otra parte, que DelayFix, como cesionaria del crédito de este tras la cancelación del vuelo, no podía estar vinculada por esa cláusula. Ryanair interpuso un recurso contra dicho auto ante el órgano jurisdiccional remitente. Alega que DelayFix no es un consumidor, por lo que no puede gozar de la tutela jurisdiccional prevista para los contratos celebrados con consumidores. El órgano jurisdiccional remitente precisa que, según las disposiciones nacionales y en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo polaco, el carácter abusivo de una cláusula contractual puede constatarse en el marco del examen de una acción de reclamación de cantidad ejercitada contra un deudor por un profesional que ha adquirido el crédito de un consumidor. No obstante, el órgano jurisdiccional mantiene ciertas dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión y plantea cuestión prejudicial.

⁸ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en el DOUE el 20 de diciembre de 2012.

⁹ Asunto C-519/19. STJUE de 18 de noviembre de 2020, DelayFix, apdos. 37 a 51.

TJUE señala que, en lo que atañe a las relaciones entre la Directiva 93/13 y los derechos de los pasajeros aéreos tal como se desprenden del Reglamento núm. 261/2004, el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva 93/13 constituye una normativa general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de actividad económica, incluido el del transporte aéreo. En segundo lugar, señala que, en circunstancias análogas a las del litigio principal, de cesión de créditos a una agencia de gestión de cobro, el Tribunal de Justicia declaró, por lo que respecta a la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, publicada en el DOUE el 22 de mayo de 2008, que el hecho de que los litigios de que se trataba se sustanciaron únicamente entre profesionales no impedía la aplicación de un instrumento del Derecho del consumo de la Unión, en la medida en que el ámbito de aplicación de esa Directiva no dependía de la identidad de las partes del litigio de que se tratase, sino de la calidad de las partes en el contrato. El TJUE acoge esa jurisprudencia por lo que respecta a la aplicación de la Directiva 93/13¹⁰. Con esta afirmación ya tiene la cuestión prácticamente resuelta, dado que, según la propia jurisprudencia del TJUE, ese tipo de cláusula atributiva de competencia tiene naturaleza abusiva.

Señala el TJUE que según los artículos 1.1. y 3.1. de la Directiva 93/13, esta se aplica a las cláusulas que figuren en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor que no se hayan negociado individualmente. En el caso de autos, el contrato de transporte en el que se basa el crédito que invoca DelayFix fue celebrado inicialmente entre un profesional, a saber, la compañía aérea, y un pasajero, y nada indica que este último hubiera adquirido su billete de avión para fines distintos de los privados. En tercer lugar, recuerda el TJUE que, en virtud del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, tal cláusula se considerará abusiva cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Recuerda el TJUE que tiene declarado que una cláusula atributiva de competencia que se ha incluido sin haber sido objeto de negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y que confiere competencia exclusiva a un tribunal en cuya circunscripción se encuentra el domicilio del profesional debe considerarse abusiva a los efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, en la medida en que, contrariamente a las exigencias de la buena fe, esta causa, en detrimento del consumidor de

¹⁰ *Ibid.*, apdos. 52 a 54.

que se trata, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Añade que una cláusula de esa índole queda comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales, a que se refiere el punto 1, letra q), del anexo de la Directiva. En ese contexto, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13. Declara el TJUE que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio como el principal, con arreglo a la legislación del Estado cuyos tribunales se designan en una cláusula atributiva de competencia, e interpretando esa legislación conforme a las exigencias de la Directiva 93/13, extraer las consecuencias jurídicas del eventual carácter abusivo de tal cláusula, dado que del tenor del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se desprende que los jueces nacionales están obligados a excluir la aplicación de una cláusula contractual abusiva para que esta no produzca efectos vinculantes. Finalmente, señala el TJUE que en virtud del artículo 7, punto 1, letra b), del Reglamento núm. 1215/2012, y por lo que atañe a los vuelos directos, tanto el lugar de salida como el lugar de llegada del avión deben considerarse, indistintamente, los lugares de prestación principal de los servicios que son objeto de un contrato de transporte aéreo, de modo que quien presenta una demanda de compensación al amparo del Reglamento núm. 261/2004 puede optar por hacerlo ante el tribunal en cuya demarcación se halle, o bien el lugar de salida, o bien el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato.

De esta forma, el TJUE concluye que el artículo 25 del Reglamento núm. 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que, para impugnar la competencia de un órgano jurisdiccional para conocer de una demanda de compensación presentada sobre la base del Reglamento núm. 261/2004 contra una compañía aérea, esta no puede oponer una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato de transporte entre un pasajero y esa compañía aérea a una agencia de gestión de cobro a la que el pasajero ha cedido su crédito, a menos que, según la legislación del Estado cuyos órganos jurisdiccionales son designados en esa cláusula, esa agencia de gestión de cobro se haya subrogado en la posición del contratante inicial en todos sus derechos y obligaciones, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente. En su caso, tal cláusula, incluida sin haber sido negociada individualmente en un contrato celebrado entre un consumidor, a saber, el pasajero aéreo, y un profesional, a saber, la citada compañía aérea, y que confiere competencia

exclusiva al órgano jurisdiccional en cuyo territorio está situado el domicilio de esta, debe considerarse abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13.

Comentarios. La clave de este asunto es que el TJUE extiende a la Directiva 93/13 lo que ya tenía declarado en relación con la Directiva relativa a contratos de crédito al consumo: en los supuestos de cesión de créditos a una agencia de gestión de cobro, aunque el litigio se sustancie entre dos profesionales se aplica el instrumento del Derecho de consumo de la Unión, dado que el ámbito de aplicación de la Directiva no depende de la identidad de las partes del litigio, sino de la calidad de las partes en el contrato. Además, el TJUE reitera lo ya dicho en *Air Berlin* en el sentido de que la Directiva 93/13 se aplica en todos los sectores de actividad económica, por lo que para que no resulte de aplicación a un ámbito concreto es necesario que existan disposiciones que exprese y claramente así lo dispongan. En el presente asunto la Directiva 93/13 se aplica para declarar abusiva la cláusula atributiva de competencia en un litigio de reclamación de compensación por cancelación de vuelo que se tramita al amparo del Reglamento 261/2004 que regula esa materia.

SECCIÓN 2

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ÁMBITO PROCESAL (LA LABOR DE LOS JUECES COMO PUNTO CENTRAL)

A continuación, vamos a tratar de desarrollar uno de los aspectos más novedosos y relevantes del Derecho europeo de consumo. Podríamos determinarlo como el desarrollo y propagación de una tendencia innovadora llevada a cabo por el Tribunal de Justicia que, en sus resoluciones, con la finalidad de garantizar la efectiva protección de los derechos de los consumidores, se adentra en el campo del Derecho procesal de los Estados miembros. Como señala Jerez Delgado¹, la jurisprudencia del TJUE parece actuar como auténtica fuente del Derecho de la Unión en materia de cláusulas abusivas: Si bien sus sentencias no son normas legales sino judiciales y, por tanto, aplicables al caso concreto, sucede que –por ser interpretación autorizada de la Directiva– deben aplicarse a otros casos en que concurren idénticas circunstancias, lo que en materia de cláusulas abusivas introducidas en contratación en masa puede ser habitual. Y esto, naturalmente repercutirá en el diseño de nuevos mecanismos de tutela de los consumidores.

¹ JEREZ DELGADO, C., y VERDÚN PÉREZ, F., «A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 15, número 1, marzo 2023, p. 460.

La tutela judicial del consumidor amparada por el Tribunal de Justicia integra un conjunto de facetas diferenciadas entre las que se encuentran la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio, el principio de efectividad, el principio de equivalencia, el subprincipio de equivalencia de orden público, la transparencia, etc., que aparecen en las resoluciones del Tribunal de Justicia, ya sea de forma individual o combinada, condicionando el fallo de los asuntos. Así lo hemos podido comprobar en los capítulos anteriores relativos al desarrollo conceptual de Derecho sustantivo, no existiendo, por tanto, compartimentos estancos, si bien a continuación, en la parte especial, representa una constante. El manejo de estas figuras por parte del TJUE da lugar a construcciones jurídicas que han ido evolucionando en los últimos veinte años, situándose en su trasfondo la tutela judicial efectiva del consumidor como punto de unión.

En el marco de ese «movimiento» del Tribunal de Justicia ostenta un papel protagonista la que podemos denominar «doctrina de la obligada tutela o protección judicial de oficio del consumidor», también llamada «la doctrina del juez activo en litigios de consumidores»², entre otras nominaciones.

² Es nuestra traducción de la expresión acuñada por Anthi Beka y que propicia el título de su obra: *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, Intersentia Ltd, Cambridge, 2018.

CAPÍTULO 8. LA DOCTRINA DE LA OBLIGADA TUTELA JUDICIAL DE OFICIO EN EL MARCO DE LA DIRECTIVA 93/13

SUMARIO:

- 8.1 Introducción.
- 8.2 Análisis jurisprudencial.
- 8.3 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial.

8.1 INTRODUCCIÓN

La doctrina de la obligada tutela judicial de oficio en materia de consumidores se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, hay que señalar que los antecedentes de la doctrina de la tutela de oficio de los consumidores podrían situarse en la sentencia *Van Schijndel*¹ en la medida en que en dicha resolución el TJUE afirma que en un proceso que versa sobre derechos y obligaciones civiles de los que las partes disponen libremente, corresponde al Juez nacional aplicar las disposiciones de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, incluso cuando la parte interesada en su aplicación no los ha invocado, en el supuesto de que su Derecho nacional le permita su aplicación². De esta forma, el TJUE atribuye a las normas comunitarias sobre Derecho de la competencia el mismo rango

¹ Asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93. STJUE de 14 de diciembre de 1995. Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contra Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten. Peticiones de decisión prejudicial: Hoge Raad - Países Bajos. EU: C:1995:441.

² *Ibid.*, apdo. 15.

que tienen las normas nacionales de orden público y deben recibir el mismo tratamiento procesal que estas.

La importancia de esta sentencia es que por primera vez el TJUE admite expresamente que la obligación de aplicar el Derecho comunitario por parte del juez nacional, cuando se trate de una materia imperativa, incluye la apreciación de oficio, pero lo limita a aquellos casos en que en el proceso se hayan planteado las cuestiones de hecho que lo permita, no obligándole a renunciar a «la pasividad»³⁻⁴.

En *Eco Swiss*⁵ el TJUE declaró que un órgano jurisdiccional nacional ante el que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 CE, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público.

El orden público comunitario tiene un carácter dinámico, siendo su contenido delimitado por el Tribunal de Justicia que ha declarado que forman parte del orden público comunitario las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior y la protección de los consumidores, los principios relativos a la libre circulación, los principios de no discriminación y los derechos enunciados en la Carta⁶.

Son de reseñar las variantes terminológicas empleadas por el propio TJUE que ha utilizado la expresión «normas de interés público del Derecho de la Unión que tienen el mismo rango que las normas nacionales de orden público», «disposiciones imperativas», «normas que forman parte del orden público comunitario», etc.

En el marco del Derecho de consumidores la premisa que despliega la actuación del juez de oficio es la calificación de parte débil del consumidor frente al profesional y el correlativo desequilibrio entre ambas posiciones, que solo puede ser corregido a través de la actuación de oficio del juez al existir un interés social en la protección del consumidor.

³ PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, p. 26.

⁴ Según afirma Pérez Daudí en la misma obra, la primera resolución del TJUE que hace referencia al concepto de orden público comunitario es el auto del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1965, asunto Acciaierie San Michele, C-9/65, en el que declara contrario al orden público comunitario cualquier intento de un Estado miembro de eludir una obligación del tratado de la CECA (p. 25).

⁵ Asunto C-126/97. STJUE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad de Países Bajos, EU: C:1999:269, apdo. 41.

⁶ PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor...*, op.cit, p. 159.

El desequilibrio existente en la relación sustancial entre profesional y consumidor se ve traducido en diferentes manifestaciones (frecuentes situaciones de rebeldía del consumidor, riesgo de ignorancia de sus derechos por parte del consumidor, dificultad del consumidor de ejercer sus derechos, pequeña cuantía de los litigios en algunas ocasiones, gastos que una acción judicial produce, ausencia de defensa legal obligatoria ante determinados tribunales, presencia de abogados especializados en la defensa de los profesionales⁷, entre otras). En otros ámbitos, la actuación judicial de oficio viene motivada por causas distintas a las anteriores. Así, por ejemplo, en el ámbito del Derecho de la competencia, el interés público viene justificado por la necesidad del buen funcionamiento del mercado interior.

Por tanto, la actuación judicial de oficio en el ámbito de consumidores viene justificada por la necesidad de protección del consumidor y del restablecimiento de la igualdad en la relación entre profesional y consumidor. En definitiva, esa actuación de oficio del juez es la que restituye la situación de igualdad procesal, que forma parte del genérico derecho a la tutela judicial efectiva.

El componente que da lugar a la extensión de la doctrina es el sentido social que la misma adquiere, particularmente a través de los asuntos provenientes de los Estados en los que la especial gravedad de la anterior crisis económica generó situaciones de extremada angustia para los consumidores (en especial, pérdida de la vivienda familiar), tal y como sucedió en España, Hungría, Eslovaquia y, con diferente incidencia, en otros Estados miembros. El interés social que está implícito en el Derecho de consumidores se convierte en extrema necesidad social cuando nos situamos en esos asuntos de consumidores en riesgo de perder su vivienda familiar que, a su vez, son representativos de la situación de cientos de miles de consumidores, por lo que el TJUE es consciente de que la resolución que dé a cada uno de esos asuntos puede afectar la vida de cientos de miles de ciudadanos de la Unión en situación de gran dificultad económica. El contexto social y económico en el que se han dictado las resoluciones del TJUE ha sido clave para determinar su evolución.

Es esa función o motivación social que imprime el TJUE a sus resoluciones sobre la tutela judicial de oficio en materia de consumidores el motor que hace avanzar a gran velocidad la doctrina, sirviéndose del principio de equivalencia –y, dentro de este, del subprincipio de equivalencia de orden público– y

⁷ POISSONIER, G.: «La C. J. C. E. donne au juge national le pouvoir d'appliquer d'office le droit communautaire de la consommation», *Revue européenne de droit de la consommation*, 1/2007-2008, p. 141.

del principio de efectividad –sustituido o acompañado en los últimos años por el principio de tutela judicial efectiva–, frente al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, que ha cedido progresivamente su virtualidad y que aparece cada vez más desdibujado, sobre todo, frente al derecho a la tutela judicial efectiva que asume el protagonismo y se erige en el cauce sobre el que discurre el juicio valorativo. Como es sabido, con arreglo al principio de equivalencia, el ordenamiento jurídico nacional no puede tratar las reclamaciones basadas en el Derecho de la Unión Europea de manera menos favorable que las reclamaciones similares de Derecho interno y, en virtud del principio de efectividad, la regulación procesal no puede estar articulada de tal manera que haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

En el contexto de la doctrina de la tutela de oficio de consumidores nos encontramos con el «principio de equivalencia de orden público» que es el resultado de la simultánea aplicación del clásico principio de equivalencia junto con el concepto sustantivo de orden público⁸. El principio –o subprincipio– de equivalencia de orden público comprende la aplicación de oficio de normas imperativas de Derecho de consumidores por parte del juez nacional al conferírseles el mismo rango que las normas nacionales de orden público cuando, según la legislación nacional, estas han de aplicarse de oficio.

Visto desde otra perspectiva, sería la aplicación del principio de equivalencia en el concreto ámbito de la actuación judicial de oficio, a fin de que no exista discriminación entre aquellas situaciones reguladas por el Derecho interno en las que la aplicación de normas nacionales de orden público da lugar a la obligada actuación judicial de oficio y aquellas otras situaciones en las que la aplicación de normas del Derecho de la Unión que forman parte del orden público comunitario o que tienen el mismo rango que las normas nacionales de orden público, debe conllevar la misma consecuencia, es decir, la necesaria actuación judicial de oficio. Por tanto, el tratamiento procesal debe ser el mismo.

La aplicación de la doctrina de la tutela judicial de oficio en el marco del procedimiento conllevará que el juez habrá de adaptar los principios procesales tradicionales como el principio dispositivo, el principio de proposición de prueba de parte, el principio de congruencia e, incluso, en determinadas circunstancias, el principio de cosa juzgada, a las exigencias de la doctrina de la tutela judicial de oficio, tal y como han sido declaradas por el TJUE.

⁸ BEKA, A., *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, Intersentia Ltd, Cambridge, 2018, p. 48.

8.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Pasamos ahora al análisis de las sentencias más relevantes —a nuestro modo de ver— en la configuración de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio de los consumidores.

Caso 97. *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* (también referenciada como *Océano Grupo Editorial* o como *Océano*)⁹: La necesidad de que el juez nacional esté facultado para apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula en un contrato de consumidores, como único medio para alcanzar la protección efectiva del consumidor con arreglo al objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva 93/13.

Hechos. La cuestión se suscitó en el marco de varios litigios entre consumidores y editoriales con motivo de las reclamaciones de cantidades formuladas por estas, resultantes de contratos de venta a plazos celebrados entre las partes¹⁰.

En esas circunstancias, el juzgado preguntó al Tribunal de Justicia si el ámbito de protección al consumidor de la Directiva 93/13 permitía al juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda ante los juzgados ordinarios.

Doctrina. Antes de abordar la cuestión clave de la posible apreciación de oficio, el TJUE dejó claro que una cláusula atributiva de competencia que sea incluida sin que haya sido objeto de una negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y que confiere competencia exclusiva a un Tribunal en cuyo territorio se encuentra el domicilio del profesional, debe considerarse abusiva a los efectos del artículo 3 de la Directiva, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y

⁹ Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000. *Océano Grupo Editorial, S. A. contra Rocío Murciano Quintero y Salvat Editores, S. A. contra José M. Sánchez Alcón Prades y otros*. Peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 del Tratado CE por el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona. EU: C:2000:346. El Abogado General Sr. Antonio Saggio presentó sus conclusiones el 16 de diciembre de 1999.

¹⁰ Los contratos contenían una cláusula que atribuía la competencia a los tribunales de Barcelona, ciudad en la que se encontraba el domicilio social de las demandantes y en la que no estaba domiciliado ninguno de los demandados. Las demandas no les fueron notificadas a los demandados porque el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona tenía dudas sobre su competencia —cláusulas de esta índole habían sido declaradas nulas en algunas ocasiones por el Tribunal Supremo— y, particularmente, se planteaba el juez las dudas sobre la posibilidad de apreciación de oficio de su carácter abusivo.

las obligaciones de las partes que se derivan del contrato ¹¹. Por tanto, el Tribunal de Justicia efectuó la calificación de la naturaleza abusiva de la cláusula en cuestión.

A continuación, el TJUE analizó el sistema de protección establecido por la Directiva afirmando que se basa 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 estas ¹².

También manifestó el Tribunal de Justicia que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si estos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. Explica su razonamiento con un argumento muy simple pero cargado de justicia: en litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva, añadiendo que si bien es cierto que, en algunos Estados miembros, las reglas de procedimiento permiten a los particulares defenderse a sí mismos en tales litigios, existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello deduce el Tribunal que únicamente podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula ¹³.

Considera el Tribunal que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva–, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores ¹⁴. Con ello, el Tribunal concluye que la protección que la Directiva otorga a los consumidores implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya

¹¹ *Ibid.*, apdos. 21 a 24.

¹² *Ibid.*, apdo. 25.

¹³ *Ibid.*, apdo. 26.

¹⁴ *Ibid.*, apdo. 28.

sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales ¹⁵.

Además, en esta misma sentencia el Tribunal de Justicia declaró que al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva, de forma que la exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva ¹⁶.

Comentarios. En *Océano Grupo Editorial* el Tribunal de Justicia, por primera vez, dispone la facultad del juez para apreciar de oficio la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas del contrato sobre el que se basa la relación entre el profesional y el consumidor.

Antes de entrar a valorar la sentencia, vamos a referirnos a la opinión del Abogado General Sr. Saggio ¹⁷. En ese sentido, es de observar que una de las cuestiones que se pregunta el Abogado General es si la cláusula atributiva de competencia al juez del domicilio de la empresa es una cláusula abusiva o no, respondiendo que dicha cláusula es abusiva con arreglo a la Directiva. Dicho planteamiento fue seguido por el Tribunal de Justicia, que, sin embargo, en sentencias sucesivas cambió su postura, cediendo esa función de calificación al juez nacional –posición que se mantiene en la actualidad– y limitándose el Tribunal de Justicia a aportar los criterios orientativos que ayuden al juez nacional a determinar si una cláusula es abusiva o no.

El Abogado General, en consonancia con la Comisión y el Gobierno francés y en contra de lo sostenido por el Gobierno español, considera «que la necesidad de atribuir al juez nacional la facultad de declarar de oficio la ineficacia de una cláusula abusiva en el sentido de la Directiva se deriva precisamente del propio sistema de protección del consumidor, parte débil del contrato» ¹⁸. Las argumentaciones del Abogado General al respecto son adoptadas por el Tribunal de Justicia, en especial, las referidas al desequilibrio entre las partes que provoca esa cláusula, que solo puede compensarse mediante la intervención positiva del juez.

¹⁵ *Ibid.*, apdo. 29.

¹⁶ *Ibid.*, apdos. 30 a 32.

¹⁷ Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98. Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio presentadas el 16 de diciembre de 1999.

¹⁸ *Ibid.*, apdo. 18.

Como cuestión de menor importancia queremos mencionar una aparente contradicción observada en el punto 21 de las conclusiones del Abogado General. No encontramos otra explicación a lo que en dicho apartado manifiesta el Sr. Saggio. Así, afirma: «A este respecto considero necesario partir de que el demandado en el procedimiento pendiente ante el órgano jurisdiccional *a quo* (el consumidor) no se ha personado en autos, renunciando por tanto a alegar la falta de competencia del juez que conoce del asunto por estar fundada en una cláusula abusiva. Según el Gobierno español, debe atribuirse un significado decisivo al comportamiento de la parte[...]. Salvo equivocación nuestra, existe un error de planteamiento. Parece indudable que era imposible la personación del consumidor puesto que las demandas no habían sido todavía admitidas a trámite, ni, en consecuencia, notificadas. Así se deduce, entre otros, del apartado 18 de la sentencia (*«Estas demandas no les fueron notificadas [...]»*) y del punto primero del fallo donde el Tribunal de Justicia literalmente declara: «La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido *cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales*» y ello también se infiere del propio contenido de la cuestión prejudicial: «¿El ámbito de protección al consumidor de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores permite al Juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas *al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda ante los Juzgados ordinarios?*»¹⁹. En definitiva, parece lógico deducir que el juez nacional suspendió el procedimiento y planteó la cuestión prejudicial antes de dictar la resolución de admisión a trámite de las demandas y antes, lógicamente, de emplazar a los demandados. Por ello, era imposible que se personaran los demandados ni, por supuesto, tampoco se les puede reprochar renuncia a alegar la falta de competencia. Parece, por tanto, ilógico hablar de que «el demandado [...] (el consumidor) no se ha personado en autos» o de que «debe atribuirse un significado decisivo al comportamiento de la parte», cuando era imposible que el demandado se personara en autos al encontrarse el asunto en un trámite previo a la notificación de la demanda al consumidor-demandado que es la fase de admisión a trámite de la demanda.

¹⁹ Cursiva es nuestra.

Por otro lado, como hemos dicho, el TJUE sigue la línea del Abogado General en lo referente al reconocimiento de la facultad del juez de decidir de oficio sobre su falta de competencia territorial, sin embargo, no sucede lo mismo en relación con el otro punto trascendental de este asunto, referido a la problemática de la ausencia de adaptación del Derecho español a la Directiva y la falta de atribución a los particulares de derechos que pueden hacer valer ante los tribunales. Al respecto, el Tribunal de Justicia no siguió la postura del Abogado General, ya que este venía a sostener de una forma indirecta el efecto directo horizontal de la Directiva²⁰.

El asunto *Océano Grupo Editorial* es fruto del activismo judicial del Abogado General Antonio Saggio y sus *référéndaires* dentro de la influyente y respetada élite judicial italiana existente en el Tribunal de Justicia y en el Tribunal de Primera Instancia²¹ y es percibido como una oportunidad perdida para terminar abiertamente con la distinción entre el efecto directo vertical y horizontal de las directivas²², a la vez que se le reconoce su impacto en la configuración del Derecho de consumidores de la Unión Europea y en la preservación del modelo social europeo basado en la noción de justicia que forma parte de los principios generales del Derecho civil²³. También ha de mencionarse el relevante papel del juez nacional remitente, José María Fernández Seijo, entonces titular del Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona²⁴, quien posibilitó la decisión del TJUE al suspender de oficio los procedimientos de reclamaciones de cantidad formulados por las editoriales contra los consumidores para pedir al Tribunal de Justicia que interpretara la Directiva 93/13, lo que supuso la primera cuestión prejudicial en relación a dicho instrumento jurídico.

Resulta indiscutible la enorme trascendencia de esta sentencia que, conibiendo la actuación de oficio del juez como facultad, abre el camino a la

²⁰ *Ibid.*, apdo. 30: «A este respecto considero que una aplicación correcta del principio de supremacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno y el deber de garantizar una aplicación uniforme de las normas comunitarias implican que las Directivas a las que no se ha adaptado el Derecho interno, una vez transcurrido el plazo para ello, puede producir el efecto de *excluir la aplicación de la norma nacional no conforme*, también cuando, por falta de precisión o porque no tiene eficacia directa en las relaciones “horizontales”, no atribuyan a los particulares derechos que puedan hacer valer ante los tribunales».

²¹ NICOLA, F., y TICHADOU, E., «Océano Grupo: A Transatlantic Victory for the Consumer and a Missed Opportunity for European Law», en *EU Law Stories Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, dir. por F. Nicola y B. Davies, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 370.

²² *Ibid.*, p. 371.

²³ *Ibid.*, p. 373.

²⁴ El juez Fernández Seijo como titular del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona también fue quién formuló la cuestión en el asunto Aziz y ha planteado otras remisiones prejudiciales, dando lugar a pronunciamientos del TJUE de gran notoriedad.

doctrina de la obligada intervención del órgano jurisdiccional en defensa de los derechos del consumidor cuando concurren determinadas circunstancias. Podemos afirmar que se incorpora al ámbito de consumidores lo que el TJUE había establecido con relación a las normas de competencia en el asunto *Van Schijndel* ²⁵.

A partir de *Océano Grupo Editorial* se va a desarrollar la doctrina del TJUE sobre la obligada actuación de oficio del juez en materia de protección de consumidores, extendiéndose desde la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas a otros instrumentos del ámbito de consumo (Directiva 87/102/CEE en materia de crédito al consumo, Directiva 85/577/CEE referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, entre otros) y afectando a distintos tipos de procedimientos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros correspondientes ²⁶.

Simultáneamente a ese proceso de extensión que el Tribunal de Justicia lleva a cabo, también va perfilando en los años siguientes los requisitos necesarios para su aplicación, exigiéndose que el juez tenga a su disposición los elementos fácticos y jurídicos para poder evaluar la abusividad de una cláusula, que el consumidor no exprese su rechazo a que la cláusula abusiva deje de ser vinculante y que se respete el principio de audiencia en el sentido de que antes de la adopción de la decisión por parte del juez las partes hayan tenido la posibilidad de debatir de forma contradictoria sobre la eventual abusividad de la cláusula, entre otros.

El desarrollo de esta doctrina a partir de *Océano Grupo Editorial* dio lugar a que en 2013, en el marco de la profunda crisis económica atravesada por varios Estados miembros y, en especial, por España, el TJUE pudiera contemplar el asunto *Aziz* ²⁷ –remisión prejudicial también del juez Fernández Seijo– desde una perspectiva de justicia social, dando lugar a un pronunciamiento que declaró incompatible con el Derecho de la Unión el procedimiento de ejecución hipotecaria tal y como estaba configurado en la legislación procesal española.

²⁵ Asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93. STJUE de 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel y Van Veen*.

²⁶ En el caso de cuestiones prejudiciales provenientes de órganos jurisdiccionales españoles tuvo influencia en el procedimiento declarativo, monitorio, ejecución ordinaria e hipotecaria, entre otros.

²⁷ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.

Caso 98. *Cofidis*²⁸: La facultad de un tribunal nacional de examinar de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor el carácter abusivo de una cláusula no se puede hacer depender de la observancia de un plazo de preclusión.

Hechos. La cuestión se suscitó en el marco de un litigio instado por la financiera Cofidis contra un consumidor relativo al pago de cantidades que se adeudaban en cumplimiento de un contrato de crédito celebrado por este último con la referida sociedad²⁹.

El TJUE reformuló las dos cuestiones planteadas por el tribunal francés en el sentido de que pedía que se dilucidase si la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato.

Doctrina. El TJUE declara que la facultad reconocida al juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que este ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos³⁰, añadiendo que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos³¹. Razona el

²⁸ Asunto C-473/00. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 2002. Cofidis SA y Jean-Louis Fredou, Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el tribunal d'instance de Vienne (Francia). EU: C:2002:705. El Abogado General Sr. Tizzano presentó sus conclusiones el 18 de abril de 2002.

²⁹ Mediante un contrato celebrado el 26 de enero de 1998, Cofidis concedió al Sr. Fredout una línea de crédito. Dado que no se pagaron los vencimientos, el 24 de agosto de 2000 Cofidis demandó al Sr. Fredout ante el tribunal d'instance de Vienne para que le condenara a pagar las cantidades adeudadas. al tratarse de un litigio relativo a una operación de crédito al consumo. Como resultado del examen del contrato, el tribunal d'instance de Vienne dedujo que las cláusulas financieras resultaban ilegibles y por su contenido podían inducir a error al consumidor. En consecuencia, dichas cláusulas financieras podían considerarse abusivas. El tribunal d'instance de Vienne consideró que el plazo de preclusión de dos años previsto en el artículo L. 311-37 del code de la consommation era aplicable y le prohibía anular aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo había comprobado.

³⁰ *Ibid.*, apdos. 32 y 33.

³¹ *Ibid.*, apdo. 34.

TJUE que, por tanto, en aquellos procedimientos que tengan por objeto el cumplimiento de cláusulas abusivas, incoados por profesionales contra consumidores, la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para no aplicar tales cláusulas, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, puede atentar contra la efectividad de la protección que es objeto de los artículos 6 y 7 de la Directiva. Con toda lógica, considera el Tribunal de Justicia que para privar a los consumidores de dicha protección, a los profesionales les bastaría esperar a que haya expirado el plazo señalado por el legislador nacional y solicitar a continuación el cumplimiento de las cláusulas abusivas que siguen utilizando en los contratos³². Concluye el Tribunal que debe considerarse que una norma procesal, que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, puede hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a los consumidores en los litigios en los que estos sean demandados³³.

Además, el Tribunal replica los argumentos de Cofidis y del gobierno francés relativos a que el Tribunal haya declarado en repetidas ocasiones que unos plazos de preclusión más breves que el que se cuestiona en el asunto principal no son incompatibles con la protección de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los particulares, manifestando que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales, de forma que las sentencias son únicamente el resultado de apreciaciones realizadas caso por caso atendiendo al contexto fáctico y jurídico propio de cada asunto, que no pueden extrapolarse automáticamente a ámbitos distintos de aquellos en cuyo marco se emitieron³⁴. También esta idea es relevante y se va a repetir con frecuencia por parte del Tribunal que va a llevar a cabo un análisis caso por caso de las circunstancias concurrentes.

Comentarios. En los albores de la doctrina, el TJUE siguió la misma línea trazada en *Océano Grupo Editorial*, a pesar de que tanto el gobierno francés como Cofidis hicieron esfuerzos por diferenciar las situaciones –cláusula

³² *Ibid.*, apdo. 35.

³³ *Ibid.*, apdo. 36.

³⁴ *Ibid.*, apdo. 37.

de competencia exclusiva en *Océano* y norma procesal que fija plazo para la invocación de excepción en *Cofidis*-. Este asunto era clave para saber si el TJUE iba a extender a un ámbito diferente la facultad del juez para actuar de oficio que había declarado en relación con un problema de competencia territorial. El TJUE respondió con toda claridad señalando la incompatibilidad de la norma francesa con la Directiva 93/13 lo que supuso un paso muy importante para la lenta consolidación de la doctrina, habida cuenta de los interrogantes de futuro que planteaba *Océano Grupo Editorial*.

Es de observar que el Abogado General Sr. Tizzano en sus conclusiones³⁵ propuso al Tribunal de Justicia declarar que la Directiva 93/13 no se aplica a las cláusulas de un contrato tipo que reflejen disposiciones legales o reglamentarias al entender que las cláusulas financieras del contrato del pleito principal se corresponden con uno de los modelos contractuales establecidos por el legislador francés. No obstante, de forma subsidiaria, para el supuesto de que el TJUE no estuviera de acuerdo con dicha apreciación, el Abogado General proponía declarar que la Directiva 93/13 se opone a una disposición nacional que no permite al juez nacional declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor demandado, el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato tipo una vez transcurridos dos años desde su celebración.

La primera conclusión del Abogado General fue rechazada por el TJUE al sostener que las cláusulas del contrato del pleito no se limitan a reflejar disposiciones legales o reglamentarias imperativas, reprochándoseles una redacción ambigua, no resultando patente que esas cláusulas queden excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Este asunto tuvo una gran trascendencia en Francia porque a results de la cuestión prejudicial planteada por el juez de instancia de Vienne fue modificada la doctrina consolidada de la Cour de cassation que hasta entonces no permitía la actuación de oficio de los jueces en litigios de consumidores³⁶. De la misma forma que sucedió en España con posterioridad, el mecanismo de la cuestión prejudicial es utilizado por un juez inferior para poner en evidencia la jurisprudencia del más alto tribunal del Estado.

Volviendo a la norma procesal francesa, a mi modo de ver, la configuración de la legislación francesa y su interpretación por la Cour de cassation reflejaba en cierto modo una infracción del principio de igualdad procesal entre consumidor y profesional, ya que transcurridos dos años desde la celebración

³⁵ Asunto C-473/00. Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano presentadas el 18 de abril de 2002.

³⁶ BEKA, A., *The Active Role of Courts*, op. cit., p. 144.

de contrato el profesional puede reclamar el incumplimiento de la cláusula pero el consumidor no puede alegar la naturaleza abusiva de la misma, por lo que está sobrado de razón el argumento del TJUE en el sentido de que al profesional le basta esperar el transcurso de dos años para formular la reclamación al consumidor, situándolo en un escenario en el que se encuentra desprovisto de medios de defensa. En la misma dirección, cabe añadir que el propio Abogado General en la nota 43 a sus conclusiones observó que le parecía significativo que ningún otro Estado miembro distinto de Francia hubiera establecido un plazo de preclusión para proponer una excepción contra el carácter abusivo de cláusulas incluidas en contratos tipo.

Caso 99. *Mostaza Claro*³⁷: La equiparación del rango de determinadas disposiciones de la Directiva 93/13 a las normas nacionales de orden público en el marco de un procedimiento de nulidad del laudo arbitral.

Hechos. La cuestión es formulada por la Audiencia Provincial de Madrid en un litigio entre una empresa de telefonía y una consumidora³⁸. La Audiencia Provincial expuso en el auto de remisión que no le ofrecía dudas que el convenio arbitral cuya nulidad solicita la consumidora implicaba una cláusula contractual abusiva y, por tanto, estaba afectado de nulidad. Sin embargo, al no haber invocado la consumidora la nulidad en el procedimiento arbitral, la Audiencia Provincial preguntó al TJUE si la protección de los consumidores conferida por la Directiva 93/13/CEE puede implicar que el Tribunal que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral aprecie la nulidad del convenio arbitral, y anule el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esa cuestión se alega en el recurso de anulación pero no se opuso por el consumidor en el procedimiento arbitral.

³⁷ Asunto C-168/05. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006. Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S. L. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Audiencia Provincial de Madrid. EU: C:2006:675. El Abogado General Sr. Tizzano presentó sus conclusiones el 27 de abril de 2006.

³⁸ La remisión tiene como objeto una cláusula contenida en el contrato de una línea de telefonía móvil firmado por las partes en virtud de la cual sometían sus diferencias –de producirse– al arbitraje a realizar por una determinada asociación denominada Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad. Sobrevenido un problema en el cumplimiento del contrato, la empresa de telefonía inició el procedimiento arbitral y la asociación de arbitraje concedió un plazo de diez días a la consumidora para rechazar el arbitraje, precisando que, en caso de rechazo, la vía judicial quedaría expedita. La consumidora presentó alegaciones en cuanto al fondo, pero no impugnó el procedimiento arbitral, ni invocó la nulidad del convenio arbitral. Posteriormente, el arbitraje dio la razón a la empresa de telefonía. La consumidora instó la nulidad del laudo arbitral ante la Audiencia Provincial alegando que el carácter abusivo de la cláusula compromisoria implicaba la nulidad del convenio arbitral.

Doctrina. Con carácter previo, el Tribunal deja constancia de que corresponde al juez nacional determinar si una cláusula reúne los requisitos para ser calificada como abusiva o no³⁹.

Dicho eso y entrando a contestar la cuestión, el TJUE comienza aludiendo a la necesidad de que la norma procesal nacional que garantiza la salvaguardia de los derechos conferidos por el Derecho comunitario cumpla los principios de equivalencia y efectividad.

Tras reiterar los fundamentos expuestos en *Océano y Cofidis* —en particular sobre la facultad del juez de apreciación de oficio de las cláusulas abusivas—, el Tribunal de Justicia declara que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que exige a los Estados miembros establecer que los consumidores no queden vinculados por las cláusulas abusivas, no podría alcanzarse si el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de anulación dirigido contra un laudo arbitral no estuviera facultado para apreciar la nulidad de dicho laudo, debido únicamente a que el consumidor no ha invocado la nulidad del convenio arbitral en el marco del procedimiento de arbitraje⁴⁰.

El Tribunal de Justicia alude a que en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo⁴¹.

Tras remitirse nuevamente al artículo 6 de la Directiva y aludir al hecho de que la Directiva tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores y constituye, conforme al entonces artículo 3 CE, apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de esta⁴², el Tribunal declara que «la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional»⁴³.

Finalmente, el Tribunal de Justicia declara que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que

³⁹ *Ibid.*, apdo. 23.

⁴⁰ *Ibid.*, apdo. 30.

⁴¹ *Ibid.*, apdo. 35.

⁴² *Ibid.*, apdo. 37.

⁴³ Asunto C-168/05. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006. *Mostaza Claro*, apdo. 38.

conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación⁴⁴.

Comentarios. En *Mostaza Claro* el Tribunal de Justicia equipara el rango de determinadas disposiciones de la Directiva 93/13 a las normas nacionales de orden público y comienza a configurar como un deber del juez y no como una mera facultad la apreciación de oficio por parte del juez de la existencia de una cláusula abusiva, al considerar que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.

Por primera vez, el Tribunal de Justicia equipara los artículos de la Directiva 93/13 a las normas de orden público de los ordenamientos nacionales, aplicando el que podría denominarse principio de equivalencia de orden público. En la medida en que la legislación nacional prevé la posibilidad de anulación del laudo arbitral de oficio cuando sea contrario a las normas de orden público, en aplicación del principio de equivalencia y dado el interés público inherente a la protección a los consumidores que tutela la Directiva, el TJUE declara que el juez debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula.

Esta sentencia tiene gran importancia porque el Tribunal de Justicia va mucho más lejos que el Abogado General, que temía conferir el rango de normas de orden público a las normas de protección de consumidores.

En sus conclusiones⁴⁵, el Abogado General Sr. Tizzano, con carácter previo, presenta una serie de reflexiones sobre la procedencia o no de determinar la calificación de la cláusula en cuestión como abusiva, dado que las partes intervinientes en el procedimiento se han posicionado sobre la calificación como abusiva o no de la cláusula. En ese sentido, el Abogado General expone su opinión sobre la cláusula coincidente con la postura del gobierno finlandés y de la Comisión que consideran que se trata de una cláusula abusiva, pero el Sr. Tizzano afirma que es al juez nacional al que corresponde determinar si la cláusula se califica como abusiva porque es el que tiene conocimiento directo de las

⁴⁴ *Ibid.*, apdo. 39.

⁴⁵ Asunto C-168/05. Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano presentadas el 27 de abril de 2006.

circunstancias concurrentes, constituyendo una excepción la postura del Tribunal de Justicia en *Océano* –al calificar la cláusula– por la evidencia del carácter abusivo de la cláusula atributiva de competencia. Al respecto, el Tribunal de Justicia ya se había pronunciado en *Freiburger Kommunalbauten*⁴⁶ en el sentido de que el Tribunal de Justicia no califica una cláusula como abusiva o no, correspondiendo dicha tarea al juez nacional en función a las circunstancias del caso, limitándose el Tribunal de Justicia a establecer criterios orientadores, lo que representaba una postura opuesta a la adoptada en *Océano*⁴⁷.

No obstante, aclara el Abogado General que en este asunto el propio órgano jurisdiccional remitente ha calificado la cláusula como abusiva y el objeto de la cuestión planteada no es ese sino que la Audiencia Provincial de Madrid quería saber si conociendo de la impugnación de un laudo arbitral, puede apreciar la nulidad de una cláusula compromisoria considerada abusiva y, en consecuencia, anular el laudo, aun cuando el consumidor no hubiera propuesto la excepción en el procedimiento arbitral y lo hiciera por primera vez en el escrito en que se formalizaba la impugnación.

El Abogado General alude a que la legislación española –al igual que la mayor parte de las legislaciones nacionales e instrumentos internacionales– prevé la posibilidad de anulación del laudo arbitral cuando sea contrario a las normas de orden público con independencia de que alguna de las partes lo alegue.

Es de resaltar que el Abogado General, sin excluir que ese razonamiento pueda ser correcto, no comparte la postura de la Comisión cuando esta sostiene que las disposiciones de la Directiva 93/13 también pueden considerarse normas de orden público. Esa discrepancia la basa el Abogado General en el riesgo de dar un alcance excesivamente amplio al concepto de normas de orden público que tradicionalmente se refiere únicamente a las normas que un ordenamiento jurídico considera de absoluta y primordial importancia.

Por todo ello, el Abogado General escoge un camino «más seguro» para llegar a un resultado muy similar al basarse en el principio del respeto del derecho de defensa, considerando que ese derecho resulta menoscabado de manera grave por la cláusula de sumisión.

Además, vincula el principio del derecho de defensa con el concepto de orden público comunitario a fin de proponer al TJUE que declarase que el juez nacional que conoce de la impugnación de un laudo arbitral puede apreciar⁴⁸

⁴⁶ Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004. *Freiburger Kommunalbauten*.

⁴⁷ Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98. STJUE de 27 de junio de 2000. *Océano Grupo Editorial*.

⁴⁸ Negrita es nuestra.

el carácter abusivo de una cláusula compromisoria y declarar la nulidad del laudo por ser contrario al orden público, aun cuando tal vicio no haya sido invocado por el consumidor en el procedimiento arbitral y se alegue por primera vez en el escrito en que se formaliza la impugnación⁴⁹.

En consecuencia, por un lado, la vía seguida por el Abogado General es diferente a la del TJUE ya que, en lugar de atribuir a las normas de protección de consumidores el rango de normas de orden público, considera que la aplicación de la cláusula compromisoria ha supuesto vulneración del derecho de defensa que forma parte del orden público comunitario.

Por otro lado, la conclusión alcanzada por el Abogado General presenta un matiz diferenciador importante en relación al fallo del TJUE ya que este dispone: «La Directiva 93/13/CEE [...] debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar⁵⁰ la nulidad del convenio arbitral» mientras que la propuesta del Abogado General reza: «puede apreciar».

Por tanto, el TJUE no siguió la línea del Abogado General, sino que se decidió por una alternativa que, a la postre, ha conllevado unas consecuencias trascendentales, configurando el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 como norma imperativa, lo que ha dado pie a integrarlo dentro del orden público comunitario y que tenga el mismo rango que las normas nacionales de orden público.

También es muy significativo que en esta sentencia el Tribunal comienza a configurar como un deber del juez y no como una mera facultad, la apreciación de oficio por parte del juez de la existencia de una cláusula abusiva.

Es de observar que a resultas de la respuesta dada por el TJUE a su cuestión prejudicial, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 21), mediante sentencia de 16 de enero de 2007⁵¹, anuló el laudo arbitral si bien no desarrolló en profundidad los argumentos manifestados por el TJUE, sino que se limitó a declarar en el fundamento cuarto de dicha sentencia que la recurrente podía alegar como motivo de anulación del laudo que el convenio arbitral era nulo por contener una cláusula abusiva, conforme al artículo 45.1 de la ley de Arbitraje de 1988, aun cuando en el procedimiento arbitral no hubiera utilizado esta argumentación, y, en consecuencia, procedía estimar el recurso de anulación del laudo arbitral y declarar la nulidad de dicho laudo.

⁴⁹ Asunto C-168/05. *Mostaza Claro*. Conclusiones del Abogado General, apdo. 63.

⁵⁰ Negrita es nuestra.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 21) de 16 de enero de 2007. Núm. de Resolución: 9/2007, Núm. de Recurso: 654/2003, ES: APM:2007:970.

Hemos de resaltar la vinculación de esta sentencia con el anterior asunto *Eco Swiss*⁵², al tener su origen ambas resoluciones en sendos procedimientos arbitrales y al haberse apoyado el TJUE en la sentencia *Eco Swiss* para dictar *Mostaza Claro* en cuya fundamentación se remite a la anterior en los apartados 34, 35 y 37.

En efecto, el TJUE traslada a *Mostaza Claro* la doctrina expresada en *Eco Swiss* en cuanto a que cuando un órgano jurisdiccional nacional debe estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimarlo con base en normas comunitarias de orden público, teniendo tal cualidad el artículo 81 CE –actualmente 101 TFUE– relativo a normas sobre competencia según la sentencia *Eco Swiss* y el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 en el ámbito de protección de consumidores según la sentencia *Mostaza Claro*.

Por tanto, también forma parte del orden público comunitario la protección de consumidores, proporcionando el TJUE una perspectiva menos mercantilista del Derecho comunitario y más cercana a los ciudadanos, movido por la necesidad de procurar la elevación del nivel y calidad de vida de estos a través del fortalecimiento de la protección de los consumidores encomendada por el antiguo artículo 3 CE, apartado 1, letra t, extremos a los que se refiere expresamente el apartado 37 de *Mostaza Claro*. Esa es la senda por la que va a discurrir el Derecho de la Unión en los años siguientes a *Mostaza Claro*.

Como dicen Micklitz y Reich, con referencia a la sentencia *Mostaza Claro*, «una política que utiliza el derecho económico para la protección de dichos intereses [los intereses de los consumidores] pretende mejorar la “calidad de vida”», aludiendo también al preámbulo del TFUE en el que las «Altas Partes Contratantes» afirman que, entre otros, «el fin esencial de sus esfuerzos es la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos»⁵³.

Esta sentencia del Tribunal de Justicia despertó ciertas críticas en los sectores defensores del arbitraje a ultranza, al observar con recelo que el Tribunal de Justicia introducía su doctrina en el ámbito del arbitraje, siguiendo la línea de *Eco Swiss*. A nuestro modo de ver, no tenían razón los críticos. Al igual que sucederá posteriormente con *Asturcom Telecomunicaciones*⁵⁴, *Mostaza Claro* demuestra que el arbitraje origen del litigio nacional y cuya impugnación es el objeto del procedimiento no es más que una «pantomima».

⁵² Asunto C-126/97. STJUE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*.

⁵³ MICKLITZ, H-W., y REICH, N., «El tejido de Derecho europeo de protección de consumidores», en *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, dir. por J. M. Beneyto Pérez, tomo VII, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 292.

⁵⁴ Asunto C-40/08. STJUE de 6 de octubre de 2009. *Asturcom Telecomunicaciones*.

La propia institución (Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad) es la que elabora los contratos de telefonía que luego utilizan las empresas de telecomunicaciones y cuando existe alguna desavenencia es la misma asociación la encargada del arbitraje. Es evidente que existe un conflicto de intereses en la actuación de AEADE.

En general, es necesario depurar aquellas situaciones en las que el arbitraje pueda resultar manipulado y, particularmente, en el ámbito del Derecho de consumo, dadas sus especiales características, es preciso delimitar aquellos supuestos en los que pueda utilizarse. Sin perjuicio de las competencias de los legisladores, tanto nacionales como comunitario, el TJUE ha de desarrollar sus funciones en su calidad de máximo intérprete del Derecho de la Unión como lo hizo en *Mostaza Claro*, aunque ello suponga adentrarse en los pormenores del procedimiento arbitral.

Por tanto, no compartimos la opinión de Christoph Liebscher⁵⁵, quien considera en sus comentarios sobre la sentencia *Mostaza Claro* que el Tribunal de Justicia ha situado el arbitraje fuera del sistema de administración de justicia y lo ha hecho, no aplicando un enfoque funcional, sino institucional. Según Liebscher, dado que el ámbito del Derecho comunitario es cada vez mayor, los razonamientos de *Eco Swiss*, continuados en *Mostaza Claro*, supondrían una marcha atrás por varias décadas del arbitraje y destruirían el principio establecido de que los tribunales estatales no deben revisar los fundamentos legales de un caso.

Caso 100. *Pannon GSM*⁵⁶: La plena transformación de la facultad en obligación del juez.

Hechos. La remisión prejudicial es instada en un litigio entre la empresa de telefonía Pannon GSM Zrt. (en lo sucesivo, «Pannon») y la Sra. Sustikné Győrfi, en relación con el cumplimiento de un contrato de abono telefónico celebrado entre dichas partes⁵⁷.

⁵⁵ LIEBSCHER, C., «Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL», *Common Market Law Review*, Vol 45, núm. 2, abril, 2008, p. 556.

⁵⁶ Asunto C243/08. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009. Pannon GSM Zrt. Y Erzsébet Sustikné Győrfi. petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Budaörsi Városi Bíróság (Hungría), EU: C:2009:350. No fueron presentadas conclusiones escritas por parte de la Abogado General a la que le fue asignado el asunto, Sra. Trstenjak.

⁵⁷ El contrato se celebró sobre la base de un formulario suministrado por Pannon que establece que, con la firma del contrato, la consumidora tomaba conocimiento del reglamento de explotación –que incluye las condiciones generales de la contratación y forma parte inseparable del contrato– y aceptaba su contenido. En virtud del reglamento de explotación, las dos partes en el litigio principal reconocían la competencia del tribunal correspondiente al domicilio social de Pannon para toda controversia nacida del contrato de abono o relacionada con este. Las partes no negociaron individualmente la mencionada cláusula de atribución de

A través de la primera cuestión el órgano jurisdiccional nacional preguntó si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el consumidor únicamente podrá considerar que no está vinculado por la cláusula abusiva en el supuesto de que la haya impugnado con éxito. En segundo lugar, preguntó acerca de las obligaciones que incumben al juez nacional en virtud de las disposiciones de la Directiva, a fin de que se determine si este último, en el marco del examen de su competencia y con independencia de la naturaleza del recurso, ha de pronunciarse –de oficio, si es necesario– sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual. En tercer lugar, el tribunal húngaro preguntó sobre qué elementos debe considerar el juez nacional para apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual.

Doctrina.—Para responder a la primera pregunta el Tribunal de Justicia, tras reiterar razonamientos presentados en *Océano*⁵⁸ y *Mostaza Claro*⁵⁹, afirmó que no cabe interpretar la expresión «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales», que figura en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, en el sentido de que autoriza a los Estados miembros a supeditar el carácter no vinculante de una cláusula abusiva a un requisito como el mencionado en la primera cuestión prejudicial, es decir, la impugnación por parte del consumidor. En consecuencia, el Tribunal declara que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula⁶⁰.

competencia. La empresa de telefonía entendió que la consumidora había incumplido sus obligaciones y presentó el requerimiento de pago ante el juzgado de su propio domicilio social, que acordó la providencia de requerimiento, es decir, no puso reparos a su competencia territorial. Vemos, por tanto, que el juzgado húngaro no fue tan diligente como el juez de Barcelona en el asunto *Océano*, puesto que este, ante las dudas que le planteaba su competencia territorial pretendida por la parte actora, formuló la cuestión prejudicial antes de admitir a trámite las demandas. La consumidora formuló escrito de oposición, convirtiéndose el procedimiento en contradictorio. El tribunal indicó que el domicilio de la consumidora –beneficiaria de una pensión de invalidez– no se encontraba en su circunscripción territorial, sino que estaba a 275 kilómetros, no existiendo línea directa de ferrocarril o autobús. El tribunal manifestó que las normas procesales aplicables prevén que la competencia territorial corresponde al tribunal del domicilio de la demandada. El tribunal remitente explicó que el Código de Enjuiciamiento Civil prevé que el juez, en la materia de que se trata, debe plantearse de oficio la cuestión de su competencia territorial. Sin embargo, al no estar regulada tal competencia territorial por normas imperativas, una vez que el demandado haya presentado por primera vez un escrito de contestación que entre en el fondo del litigio ya no resultaría posible plantearse tal cuestión. Según la legislación nacional húngara, el juez que conociese del asunto únicamente podría examinar la exactitud de los hechos invocados por el demandante para fundamentar la competencia territorial de dicho juez cuando tales hechos sean contrarios a hechos notorios o a hechos de los que el propio juez tenga oficialmente conocimiento, o cuando sean improbables o hayan sido impugnados por la otra parte en el litigio. En vista de esa situación, el tribunal que conocía el asunto formuló la cuestión prejudicial.

⁵⁸ Asuntos C-240/98 a C-244/98. STJUE de 27 de junio de 2000, *Océano*.

⁵⁹ Asunto C-168/05. STJUE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*.

⁶⁰ *Ibid.*, apdos. 27 y 28.

La segunda pregunta se convierte en la cuestión clave de este asunto. Así, el Tribunal de Justicia reitera lo dicho en *Mostaza Claro* en el sentido de que la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional⁶¹. Continúa afirmando el Tribunal que el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial⁶².

A continuación, el Tribunal alude a un supuesto en el que el juez nacional no está vinculado por esa obligación, que es cuando el consumidor tras haber sido informado al respecto por el juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula⁶³. Podemos deducir que este supuesto en el que expresamente el consumidor haga constar que no desea invocar el carácter abusivo y no vinculante de una cláusula, de producirse, lo será muy excepcionalmente.

Añade el Tribunal de Justicia que, en tales circunstancias, las características específicas del procedimiento judicial que se ventila entre el profesional y el consumidor, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que debe disfrutar el consumidor en virtud de las disposiciones de la Directiva⁶⁴. De esta forma, concluye su razonamiento enunciando la premisa ya clásica de que el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, de forma que cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone, y, teniendo en cuenta que esta obligación incumbe asimismo al juez nacional en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial⁶⁵.

⁶¹ *Ibid.*, apdo. 31

⁶² *Ibid.*, apdo. 32

⁶³ *Ibid.*, apdo. 33.

⁶⁴ *Ibid.*, apdo. 34.

⁶⁵ *Ibid.*, apdo. 35.

La tercera cuestión planteada es resuelta por el TJUE aludiendo, en primer lugar, a los conceptos de buena fe y de desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en una cláusula no negociada individualmente que el artículo 3 de la Directiva delimita únicamente de manera abstracta como elementos que confieren carácter abusivo a esa cláusula. También menciona el Tribunal de Justicia el anexo constituido por la lista indicativa pero no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, según remisión del artículo 3, apartado 3, de la Directiva. Además, el Tribunal se remite al artículo 4 de la Directiva que obliga a tener en cuenta en la apreciación sobre la abusividad la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, así como todas las circunstancias que concurran en el momento de su celebración⁶⁶. Precizando algo más sus indicaciones, el Tribunal de Justicia se remite a la sentencia *Océano*, en la que declaró que en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional en el sentido de la Directiva, una cláusula redactada previamente por un profesional, que no se haya negociado individualmente y cuyo objeto consista en atribuir la competencia, en todos los litigios que tengan su origen en el contrato, a un órgano judicial en cuya circunscripción se halle el domicilio del profesional, reúne todos los criterios para que pueda ser calificada de abusiva a efectos de la Directiva.

El Tribunal de Justicia se pronuncia en el sentido de que la apreciación de la abusividad corresponde al juez nacional, por lo que, sin llegar a calificar la cláusula, le presenta unas indicaciones extremadamente claras al relacionar el asunto con la sentencia *Océano* en la que también se cuestionaba una cláusula de sumisión al tribunal del domicilio social del profesional. Reitera el Tribunal de Justicia su razonamiento relativo a que una cláusula que impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un tribunal que puede estar lejos de su domicilio, dificulta su comparecencia en los casos de litigios de escasa cuantía, ya que los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor podrían resultar disuasorios y dar lugar a que este renuncie a interponer un recurso judicial y a defenderse.

El Tribunal establece la diferenciación entre lo que puede hacer y lo que no. Es decir, aclara que en el ejercicio de la competencia que le reconoce el artículo 234 CE –actualmente, artículo 267 TFUE–, puede establecer los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva pero no puede pronunciarse sobre la aplicación de estos criterios generales a una cláusula particular que debe ser examinada en

⁶⁶ *Ibid.*, apdo. 39.

función de las circunstancias propias del caso concreto⁶⁷ (por parte del juez nacional). La anterior consideración la apoya el TJUE en su sentencia *Freiburger Kommunalbauten*.⁶⁸, siguiendo esa línea, con un determinado giro sobre lo que había hecho en *Océano*.

A fines aclaratorios, remite al juzgado nacional al apartado 22 de la sentencia *Océano* en el que se describe el tipo de cláusula que supondría un impedimento para que el consumidor pudiese defenderse en juicio. En base a todo ello, el Tribunal concluye que incumbe al juez remitente determinar si una cláusula contractual puede ser calificada de abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva⁶⁹, de forma que al determinar tal extremo, el juez nacional deberá tener en cuenta el hecho de que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin haber sido objeto de negociación individual y que atribuye competencia exclusiva al tribunal en cuya circunscripción está situado el domicilio del profesional, puede ser considerada abusiva⁷⁰.

Comentarios. Según delimitación efectuada por el propio TJUE en la sentencia *Tomášová*⁷¹, es a partir de la sentencia *Pannon GSM* de 4 Junio de 2009 cuando ya está configurada de forma clara la obligación consistente en que el juez nacional debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Y cuando considere que la cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla salvo si el consumidor se opone a ello, esto es, si el consumidor tras haber sido informado al respecto por el juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula. Lo que inicialmente se había dispuesto como facultad y en algunas sentencias como obligación –pero sin la deseable llamada de atención al respecto– es ahora establecido con claridad y firmeza como tal deber.

Es de señalar que, a pesar de la trascendencia de este asunto, la Abogado General Sra. Trstenjak no tuvo que formular conclusiones.

Un nuevo elemento de esta sentencia es que el consumidor puede no invocar el carácter abusivo después de haber sido advertido por el juez, respondiendo este punto al principio de autonomía de la parte, al tener en cuenta el

⁶⁷ *Ibid.*, apdo. 42.

⁶⁸ Asunto 237/02. STJUE de 1 de abril de 2004. *Freiburger Kommunalbauten*.

⁶⁹ *Ibid.*, apdo. 43.

⁷⁰ *Ibid.*, apdo. 44.

⁷¹ Asunto C-168/15. STJUE de 28 de julio de 2016. Milena Tomášová contra Slovenská republika - Ministerstvo spravodlivosti SR y Pohotovosť s.r.o. Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Prešov, Eslovaquia. EU: C:2016:602.

TJUE que puede ser de interés del consumidor la aplicación de la cláusula en casos específicos y en orden a evitar que el consumidor tenga que soportar una forzada protección en contra de su voluntad⁷².

Otra cuestión relevante se refiere al reparto de competencias entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales. Y ello porque en *Océano* se asumía que el Tribunal de Justicia tenía un control total sobre la determinación final del carácter abusivo de la cláusula. Sin embargo, en *Freiburger Kommunalbauten* el Tribunal de Justicia hizo hincapié en que la apreciación final sobre la naturaleza abusiva de una determinada cláusula de un contrato debe ser efectuada por el juez nacional, de forma que la tarea del Tribunal de Justicia queda limitada a determinar los criterios generales para la apreciación⁷³. En opinión de Micklitz y Kas, lo que trata de hacer el Tribunal de Justicia en *Pannon* es concordar lo dicho en *Océano* y en *Freiburger Kommunalbauten*, de manera que la cláusula de sumisión territorial se considera abusiva, pero la apreciación final corresponde al juzgado húngaro, aclarando que únicamente había establecido criterios generales en *Océano*. Según esos autores, dentro de la doctrina, Heinig critica esa delegación en favor del juez nacional y en perjuicio de una amplia armonización comunitaria, mientras que otros como Ancery y Wissink tienen una visión más positiva de ello⁷⁴.

Como ya hemos avanzado, esta sentencia constituye el punto de inflexión, según el propio TJUE ha explicado en *Tomasova*, a partir del cual ya no existe ninguna duda ni reticencia en cuanto a que el juez nacional está obligado a actuar de oficio a la hora de apreciar la posible abusividad de una cláusula una vez dispone de los elementos fácticos y jurídicos para dicha apreciación, por lo que cuando esa obligación no es cumplida por el juez nacional surgiría la posibilidad de reclamar al Estado los perjuicios derivados de tal incumplimiento sufridos por el consumidor en el marco de la doctrina *Köbler*, es decir, debiendo concurrir los demás requisitos que el propio TJUE ha ido configurando en su jurisprudencia relativa a la responsabilidad del Estado-juez por infracción del Derecho de la Unión Europea.

El establecimiento de la obligación en lugar de la facultad contribuye a una aplicación uniforme del Derecho de la Unión ya que la configuración como facultad provocaría que, en función del criterio de cada juez, las normas comunitarias se interpretarían de forma dispar en los diferentes Estados miembros e incluso dentro del mismo Estado, según el criterio de cada órgano jurisdiccional.

⁷² MICKLITZ, H-W., y KAS, B., «Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008-2013) -Parte I», *European Review of Contract Law*, vol. 10,1, (2014), p. 5.

⁷³ *Ibid.*, p. 5.

⁷⁴ *Idem*.

Caso 101. *VB Pénzügyi Lízing*⁷⁵: La obligación del juez nacional de acordar de oficio diligencias de prueba cuando ello sea necesario para determinar si una cláusula es abusiva.

Hechos. La sentencia fue dictada en el marco de un litigio entre la entidad VB Pénzügyi Lízing Zrt. y un consumidor en relación con una reclamación de cantidad derivada de un contrato de préstamo destinado a financiar la compra de un vehículo⁷⁶.

La tercera pregunta formulada inicialmente se refería a si el artículo 23, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia se opone a una disposición de Derecho nacional que establece que el juez que inicie un procedimiento de remisión prejudicial lo comunicará de oficio, simultáneamente, al ministro que sea competente en materia de Justicia. En relación a las nuevas preguntas planteadas, el TJUE consideró que las cuestiones primera y segunda debían ser examinadas conjuntamente y, en base a las mismas, debía responder si el artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», contemplado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 y en el anexo de esta última, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva. También se plantea por el órgano nacional una nueva tercera cuestión complementaria a fin de tratar de determinar las responsabilidades que le incumben, en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, a partir del momento en que este se interroga acerca del carácter eventualmente abusivo de una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva. El órgano jurisdiccional nacional pregunta en particular si, en tal situación, el juez nacional tiene la obligación de acordar de oficio la práctica de la prueba con el fin de determinar los elementos de hecho y de Derecho necesarios para

⁷⁵ Asunto C-137/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010. VB Pénzügyi Lízing Zrt. contra Ferenc Schneider. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Budapesti II. és III. kerületi bíróság (Hungría). EU: C:2010:659. La Abogada General Sra. Verica Trstenjak presentó conclusiones escritas el 6 de julio de 2010.

⁷⁶ La entidad financiera formuló una petición de requerimiento de pago ante el juzgado que correspondía según la cláusula atributiva de competencia incluida en el contrato de préstamo, no siendo el juzgado del domicilio del consumidor. Este formuló oposición contra el requerimiento de pago dictado por el juzgado, convirtiendo el procedimiento en contradictorio. El juzgado decidió preguntar al TJUE sobre determinadas cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión que le suscitaban dudas. Tras haber sido formulada la cuestión prejudicial, el TJUE suspendió el procedimiento prejudicial a la espera de que se dictara la sentencia *Pannon GSM* y, una vez dictada, el órgano jurisdiccional remitente renunció a las preguntas primera y segunda, manteniendo la tercera, pero, además, formuló nuevas preguntas con carácter complementario. Es decir, los pronunciamientos del TJUE en *Pannon GSM* sirvieron para que el órgano jurisdiccional remitente albergara nuevas dudas y plantease más cuestiones.

apreciar la existencia de una cláusula de ese tipo, cuando, conforme al Derecho nacional, las pruebas sólo pueden practicarse a instancia de parte.

Doctrina. Sobre la tercera cuestión planteada inicialmente, el Tribunal de Justicia señaló que el artículo 23, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia no se opone a una disposición de Derecho nacional que establece que el juez que inicie un procedimiento prejudicial lo comunicará de oficio, simultáneamente, al Ministro que, en el Estado miembro de que se trate, sea competente en materia de Justicia. En relación con las dos primeras preguntas formuladas posteriormente o «con carácter complementario» —como las denomina el TJUE—, este declara que es competente para pronunciarse sobre la interpretación de los Tratados y de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión sin excepción alguna⁷⁷, añadiendo que al tratarse de una normativa de Derecho de la Unión, un órgano jurisdiccional nacional puede solicitar al Tribunal de Justicia que interprete los conceptos que figuran en un acto de Derecho derivado, como el concepto de «cláusula abusiva» al que hacen referencia la Directiva 93/13 y su anexo. Así, señala que los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 definen conjuntamente los criterios generales que permiten apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva⁷⁸. A continuación, el Tribunal se remite a lo declarado en *Pannon GSM*⁷⁹ recordando que el artículo 3 de la Directiva delimita únicamente de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente, que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva, solo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas y que el artículo 4 de la Directiva establece que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que en ella concurran⁸⁰.

También se refirió a lo declarado en *Pannon GSM* al afirmar que en su respuesta a dicha cuestión, precisó que incumbe al juez nacional determinar si una cláusula contractual como la que es objeto del litigio principal reúne los criterios requeridos para ser calificada de «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, y que, al determinar tal extremo, el juez nacional

⁷⁷ *Ibid.*, apdo. 38.

⁷⁸ *Ibid.*, apdo. 40.

⁷⁹ Asunto C-243/08. STJUE de 4 de junio de 2009. *Pannon GSM*.

⁸⁰ Asunto C-137/08. STJUE de 9 de noviembre de 2010. *VB Penzugyi Lizing*, apdo. 42.

deberá tener en cuenta el hecho de que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin haber sido objeto de negociación individual y que atribuye competencia exclusiva al tribunal en cuya circunscripción está situado el domicilio del profesional, puede ser considerada abusiva⁸¹. En consecuencia, el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones primera y segunda, planteadas con carácter complementario, manifestando que el artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», a la que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y el anexo de esta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta dichos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso.

Para responder a la tercera cuestión planteada con carácter complementario, el TJUE reitera las clásicas premisas ya expuestas en anteriores sentencias sobre la situación de inferioridad del consumidor y de desequilibrio entre este y el profesional que solo puede ser compensada mediante una intervención positiva ajena a las partes del contrato⁸². Así, el juez debe comprobar, incluso de oficio, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, si la cláusula es abusiva. El Tribunal de Justicia distingue dos fases en el examen. En la primera se desprende del artículo 1, en relación con el artículo 3 de la Directiva, que esta se aplica a toda cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva que figure en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que no haya sido objeto de negociación individual⁸³. Con el fin de garantizar la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión, el juez nacional debe, por lo tanto, en todos los casos y sean cuales fueran las normas de su Derecho interno, determinar si la cláusula controvertida ha sido o no negociada individualmente entre un profesional y un consumidor⁸⁴.

En lo que atañe a la segunda fase del mencionado examen, procede observar que la cláusula del contrato que ha sido objeto del litigio principal, tal como ha indicado el juez remitente, establece la competencia territorial exclusiva de un órgano jurisdiccional en cuya circunscripción no tiene su residencia la parte demandada, ni su domicilio social la parte demandante, pero que está situado a proximidad del domicilio social de esta, tanto geográficamente como a efectos

⁸¹ *Ibid.*, apdo. 43.

⁸² *Ibid.*, apdos. 46 a 48.

⁸³ *Ibid.*, apdo. 50.

⁸⁴ *Ibid.*, apdo. 51.

de las posibilidades de transporte⁸⁵. El TJUE se remite a *Océano*, recordando que una cláusula que se había incluido sin haber sido objeto de negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y que confería competencia exclusiva a un tribunal en cuya circunscripción se encontraba el domicilio del profesional debía considerarse abusiva a los efectos del artículo 3 de la Directiva, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, esta crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En base a todo lo anterior, el Tribunal de Justicia declara que la cláusula que en el asunto principal suscita la pregunta del juez nacional, al igual que una cláusula cuyo objeto consiste en atribuir la competencia —en todos los litigios que tengan su origen en el contrato— a un órgano jurisdiccional en cuyo territorio se halla el domicilio del profesional, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia.

En los litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor pueden resultar disuasorios y hacer que este renuncie a interponer un recurso judicial y a defenderse. Una cláusula de esta índole queda así comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del anexo de la Directiva⁸⁶.

Además, esta cláusula atributiva de competencia exclusiva permite al profesional agrupar todos los procedimientos contenciosos que genera su actividad profesional en un solo tribunal, que no es el que corresponde al consumidor, lo que facilita la organización de la comparecencia de dicho profesional, al mismo tiempo que hace que esta sea menos gravosa⁸⁷.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia responde a la tercera cuestión planteada con carácter complementario que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula⁸⁸.

⁸⁵ *Ibid.*, apdo. 52.

⁸⁶ *Ibid.*, apdo. 54.

⁸⁷ *Ibid.*, apdo. 55.

⁸⁸ *Ibid.*, apdo. 56.

Comentarios. Es de reseñar que ese importante paso constituido por la declaración del TJUE en el sentido de la obligación del juez de adoptar de oficio diligencias de prueba para poder apreciar la posible abusividad de una cláusula fue dado en contra de la opinión de la Abogado General sra. Trstenjak⁸⁹. Ello demuestra cómo la doctrina sobre la actuación de oficio del juez ha ido avanzando lentamente y con dificultades, sorteando obstáculos en forma de posturas diferentes basadas en la preponderancia del principio dispositivo del proceso civil. Llama la atención que la Abogado General haya analizado incluso el principio de tutela judicial efectiva en relación con la cuestión de la diligencia de prueba de oficio, estimando que de dicho principio no se infiere que el Derecho comunitario exija renunciar al principio de soberanía de las partes en el procedimiento y lo sustituya por el principio de oficialidad e inquisitorio. Consideramos erróneo el planteamiento de la Abogado General que, afortunadamente, no fue seguido por el TJUE. En nuestra opinión, parecería más acertado contemplar el asunto desde la óptica de la necesidad de que el juez se sitúe en la mejor posición para poder dilucidar la naturaleza abusiva o no de la cláusula controvertida, por lo que el deber de acordar de oficio diligencias de prueba va a facilitar que el juez acceda a más elementos probatorios a fin de poder adoptar la decisión más justa.

Lo que sí habrá de tenerse siempre en cuenta, desde mi punto de vista, es el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes. Como es sabido, con posterioridad a esta sentencia, en *Banif Plus Bank*⁹⁰, el TJUE estableció la obligación del juez de informar a las partes sobre la posible existencia de la cláusula abusiva y a instarles a que debatan el asunto de forma contradictoria según las formas previstas por las reglas nacionales procesales. Es en el marco del respeto a la tutela judicial efectiva de los litigantes como hay que contemplar la obligación del juez de acordar de oficio diligencias de prueba, de forma que, a mi modo de ver, antes de su adopción el juez nacional debe informar a las partes y darles la posibilidad de que debatan sobre la cuestión de forma contradictoria. Una vez acordadas las diligencias de prueba de oficio, también debería darse a las partes la posibilidad de proponer y practicar prueba al respecto—incluso cuando ese trámite se hubiera evacuado anteriormente—, todo ello sin perjuicio del posterior debate contradictorio sobre la eventual naturaleza abusiva de la cláusula o cláusulas controvertidas.

⁸⁹ Asunto C-137/08. Conclusiones presentadas por la Abogado General Sra. Verica Trstenjak el 6 de julio de 2010.

⁹⁰ Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013. *Banif Plus Bank*.

Tiene interés el hecho de que el TJUE distinga dos fases en la labor del juez nacional frente a una cláusula eventualmente abusiva. La primera fase referida a la comprobación sobre si la cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Si el resultado de esa primera fase es positivo, entonces, adentrándose en la segunda fase, el juez nacional debe apreciar la cláusula, si fuera necesario de oficio, teniendo en cuenta las exigencias de protección del consumidor.

Dentro de la primera fase, el juez nacional tendrá que comprobar que la relación planteada lo sea entre un consumidor y un profesional y que la cláusula contractual no haya sido negociada individualmente, así como que no resulte de aplicación la exclusión prevista en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13. A ello no se refiere el TJUE en esta sentencia, pero lo consideramos procedente. En relación con el asunto principal, el TJUE fija su atención en el hecho de que la cláusula entre o no dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, para lo cual el juez nacional debe acordar diligencias de prueba de oficio, puesto que al tratarse de una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional exclusiva –asignando esta a un juzgado distinto al del domicilio del consumidor–, el TJUE da por hecho el carácter eventualmente abusivo de la cláusula.

En el marco de la doctrina de la tutela judicial de oficio, a nuestro modo de ver, cabría interpretar lo declarado por el TJUE en esta sentencia de la forma más amplia posible en el sentido de que la obligación de practicar prueba de oficio se desplegaría con relación a la aplicación de cualquier disposición protectora de los derechos de los consumidores. Dicho de otro modo, siempre que el juez tenga dudas sobre la aplicación de una norma en el ámbito de consumidores y la práctica de una diligencia de prueba vaya a suministrarle elementos fácticos que puedan ayudarle a despejar esas dudas, surgiría la obligación del juez de ordenar de oficio la práctica de dicha prueba.

Hemos de aclarar que ello constituye una interpretación extensiva de lo declarado por el TJUE que se refería exclusivamente a elementos de prueba sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, es decir, si estábamos ante una relación entre profesional y consumidor y si las cláusulas contractuales no se habían negociado individualmente.

Por tanto, parece que, de darse otro supuesto distinto al analizado en esta sentencia y que no haya sido resuelto por el TJUE, el juez nacional, de albergar dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, debería plantear la correspondiente cuestión prejudicial para conocer la postura del TJUE al respecto, si bien, desde nuestro punto de vista, con el fin de garantizar el alto nivel de protección de los consumidores dispuesto por el artículo 38 de la Carta y el artículo 169

del TFUE, procedería la interpretación extensiva de lo dicho por el TJUE en *VB Penzugyi Lizing* a cualquier ámbito del Derecho de consumidores.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, hemos de traer a colación lo declarado por el TJUE en la reciente sentencia *Lintner*⁹¹ al afirmar que incumbe al juez nacional acordar, si es necesario de oficio, diligencias de prueba con el fin de completar los autos, requiriendo a las partes, con plena observancia del principio de contradicción, para que le aporten las aclaraciones y los documentos necesarios al efecto. Nos llama la atención que el TJUE no haya efectuado una declaración más abierta como realizó en *VB Pénzügyi Lizing* y hemos de admitir que cabría la posibilidad de interpretar lo manifestado en *Lintner* en el sentido de que los medios de prueba a los que se refiere el TJUE en esas circunstancias se limitan al requerimiento del juez a las partes para que estas aporten aclaraciones o documentos, sin referirse a otros medios de prueba como pueden ser periciales, declaraciones de testigos, requerimientos de documentos a terceros, etc. Tendremos que estar atentos a futuras sentencias del TJUE para conocer el alcance exacto de esta reciente declaración. No obstante, confiamos en que haya sido una referencia a propósito de las circunstancias de ese caso concreto y, en ningún caso, suponga una limitación de los medios de prueba que pueda acordar el juez nacional de oficio para completar los autos y poder determinar el eventual carácter abusivo de una o varias cláusulas.

El otro aspecto destacado de esta sentencia se refiere a la reafirmación del reparto de competencias entre TJUE y juez nacional, conforme a lo ya dicho en *Pannon GSM*⁹² y, anteriormente, en *Freiburger Kommunalbauten*⁹³. El TJUE señala que le corresponde la interpretación de los criterios para la apreciación de la naturaleza abusiva de las cláusulas, mientras que al juez nacional –conocedor de las circunstancias de cada asunto– le concierne la aplicación de estos criterios para decidir si las cláusulas controvertidas tienen naturaleza abusiva o no la tienen.

Caso 102. *Pohotovost' (contra Iveta Korckovska)*⁹⁴: Aplicación del principio de equivalencia de orden público no solo en situaciones procedimentales como la cláusula de sometimiento a arbitraje (*Asturcom*

⁹¹ Asunto C-511/17. STJUE de 11 de marzo de 2020. *Lintner*

⁹² Asunto C-243/08. STJUE de 4 de junio de 2009. *Pannon GSM*.

⁹³ Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004. *Freiburger Kommunalbauten*.

⁹⁴ Asunto C-76/10. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 16 de noviembre de 2010. *Pohotovost' s.r.o. contra Iveta Korckovska* Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Regional de Presov, Eslovaquia. EU: C:2010:685. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Jääskinen, al que le fue asignado.

Telecomunicaciones), sino también en relación con el contenido sustantivo del laudo arbitral, es decir, aplicación a una cláusula que impone intereses moratorios abusivos.

Hechos. La cuestión fue formulada en el marco de un litigio instado por el profesional, la entidad Pohotovost, contra una consumidora, la Sra. Korckovská –discapacitada que recibe una pensión de invalidez–, en ejecución de un laudo arbitral que condenaba a la consumidora a pagar el importe equivalente a 1620,53 euros más los intereses de demora y los gastos correspondientes a resultados del impago de un contrato de préstamo cuyo principal fue de 663,88 euros⁹⁵.

El órgano jurisdiccional elevó cuestión prejudicial al TJUE en relación con varias preguntas relativas fundamentalmente a la existencia de la obligación de apreciación de oficio por parte del juez y a la falta de constancia de la TAE en el contrato.

Doctrina. El TJUE resolvió mediante auto declarando que la Directiva 93/13 impone al órgano jurisdiccional que conoce la ejecución de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin la comparecencia del consumidor, la obligación de apreciar, incluso de oficio, el carácter abusivo de una penalización contenida en el contrato, cuando el órgano jurisdiccional tiene los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello y siempre que en virtud de las normas procesales nacionales, sea posible efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno⁹⁶.

También se pronunció el TJUE en el sentido de que corresponde al juez nacional determinar si la cláusula que impone una indemnización despropor-

⁹⁵ En febrero de 2008, la consumidora eslovaca Sra. Korckovská contrató con la entidad Pohotovost' un crédito. Se trataba de una persona discapacitada que recibía una pensión de invalidez de 370 euros mensuales. El principal del préstamo ascendía al importe equivalente a 663 euros aproximadamente y los gastos derivados del mismo a 634 euros aproximadamente. Dentro de esos gastos se incluyen los intereses.

La consumidora tenía que devolver el principal y los gastos en el plazo de un año a razón de cuotas mensuales equivalentes a 108 euros aproximadamente. A pesar de que la TAE de ese préstamo era de 95,6 %, no se mencionaba en el contrato firmado entre las partes ni tampoco entre las condiciones generales de Pohotovost'. Al haber resultado impagadas dos mensualidades consecutivas, la entidad financiera acudió al tribunal arbitral permanente cuya competencia estaba reconocida en las condiciones generales. El laudo condenando a la consumidora a pagar 1620 euros más intereses de demora por importe de 1298 euros más gastos por importe de 329 euros devino firme y adquirió fuerza de cosa juzgada, siendo ejecutivo a partir del 18 de diciembre de 2008.

Despachada ejecución, el juzgado la suspendió por varias anomalías, entre ellas, un interés de demora de 0,25 % diario. Pohotovost' interpuso recurso y también se personó en el procedimiento una asociación de consumidores alegando que los préstamos concedidos por Pohotovost contienen cláusulas abusivas.

⁹⁶ Asunto C-76/10. Auto del TJUE de 16 de noviembre de 2010. Pohotovost', apdo. 54.

cionada es abusiva en el sentido de los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13 y deducir las consecuencias de dicha apreciación⁹⁷.

Así mismo, el TJUE declaró que la falta de indicación de la TAE en un contrato de crédito al consumo, puede ser un elemento decisivo cuando un juez nacional trate de determinar si una cláusula de un contrato de préstamo relativa al coste de este en la que no consta dicha indicación está redactada de manera clara y comprensible en el sentido del artículo 4 de la Directiva 93/13.

Finalmente, declara el TJUE que la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de créditos al consumo debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional aplicar de oficio las disposiciones que adaptan su Derecho interno al artículo 4 de esta última Directiva y establecen que en caso de que no se indique la TAE en un contrato de crédito al consumo se considerará que el crédito concedido está exento de intereses y gastos⁹⁸.

Comentarios. En un escenario muy similar al del asunto *Asturcom Telecomunicaciones*⁹⁹, es decir, en el marco de la ejecución judicial de un laudo arbitral, el TJUE resuelve en el mismo sentido, declarando la obligación del juez de la ejecución de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de un contrato de crédito al consumo cuando en virtud de las normas procesales nacionales sea posible hacer dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Se diferencia de *Asturcom Telecomunicaciones*, entre otras circunstancias, por el hecho de que en este último la cláusula en conflicto era la sumisión a arbitraje mientras que en *Pohotovost'* se trataba de una cláusula penal, considerada abusiva conforme a la Directiva 93/13 por no cumplir con los requisitos previstos para el contrato de crédito en la Directiva 87/102.

El fundamento de la postura del TJUE es el mismo que en *Asturcom Telecomunicaciones*: al tratarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 de una disposición de carácter imperativo y considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, el juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme está obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para

⁹⁷ *Ibid.*, apdo. 63.

⁹⁸ *Ibid.*, apdo. 77.

⁹⁹ C-40/08. STJUE de 6 de octubre de 2009. *Asturcom Telecomunicaciones*.

ello, cuando con arreglo a las normas procesales internas deba apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público.

El TJUE también se remite a *Caja Madrid*¹⁰⁰ para argumentar que la falta de mención de la TAE conduce a interpretar que la cláusula no fue redactada por el profesional de manera clara y comprensible, lo que a su vez da pie a que pueda apreciarse su carácter abusivo a pesar de que se refiera a los extremos especificados en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Es decir, en este asunto se interpreta conjuntamente la Directiva 93/13 con la Directiva 87/102. El carácter abusivo de la cláusula se basa precisamente en el incumplimiento de la Directiva 87/102.

Nos encontramos con la aplicación del principio de equivalencia de orden público en el marco de la Directiva 93/13 y de la Directiva 87/102. Se aplica, por tanto, no solo en situaciones procedimentales como la cláusula de sometimiento a arbitraje, sino también en relación con el contenido sustantivo del laudo arbitral, es decir, aplicación de una cláusula que impone intereses moratorios abusivos¹⁰¹.

Tiene relevancia que la norma nacional eslovaca que incorpora al Derecho interno la Directiva 87/102 prevea que cuando no consta la TAE en el contrato de crédito al consumo se considera que el crédito está exento de intereses y gastos. Como vemos, la normativa nacional eleva la protección del consumidor mediante una disposición verdaderamente disuasoria y el TJUE viene a considerar que en la medida en que la norma nacional está adaptando a Derecho interno el artículo 4 de la Directiva 87/102, el juez nacional debe aplicar de oficio dicha norma nacional.

La Directiva 87/102/CEE debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional aplicar de oficio las disposiciones que adaptan su Derecho interno al artículo 4 de dicha Directiva, siempre que en virtud de las normas procesales nacionales sea posible efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno.

La penalización sanciona la infracción de una disposición nacional adoptada en el contexto de la trasposición de normas sobre consumidores del Derecho de la Unión de consumo. El juzgado no solo tiene que apreciar de oficio la infracción de una disposición, sino también todas las consecuencias que de esa infracción resultan con arreglo al ordenamiento nacional, incluyendo penalizaciones, sin esperar a que el consumidor lo plantee y habiéndose cumplido los

¹⁰⁰ C-484/08. STJUE de 3 de junio de 2010, *Caja Madrid*.

¹⁰¹ BEKA, A., *The active role of courts...*, op. cit., p. 175.

requisitos de la doctrina de la tutela judicial de oficio (que el juez disponga de los elementos fácticos y jurídicos y que las partes hayan podido debatir sobre la cuestión de forma contradictoria)¹⁰².

*Caso 103. Banif Plus Bank*¹⁰³: La obligación del juez de informar a las partes sobre la posible existencia de la cláusula abusiva y de instarles a que debatan el asunto de forma contradictoria según las formas previstas por las reglas procesales nacionales.

Hechos. La cuestión se suscita en el marco de un litigio instado por la entidad Banif Plus Bank Zrt contra los esposos Sr. y Sra. Csipai, relativo al pago de las cantidades adeudadas en virtud de un contrato de préstamo, habiendo operado la entidad bancaria prestamista la resolución anticipada del contrato debido al impago efectuado por la parte prestataria¹⁰⁴.

Las cuestiones primera y segunda fueron examinadas conjuntamente por el Tribunal de Justicia y el órgano jurisdiccional remitente preguntaba fundamentalmente si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que impiden o, por el contrario, permiten que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual informe a las partes de que ha observado la existencia de un motivo de nulidad y les inste a emitir una declaración al respecto.

¹⁰² *Ibid.*, p. 229.

¹⁰³ Asunto C-472/11. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2013. Banif Plus Bank Zrt contra Csaba Csipai y Viktória Csipai. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Fővárosi Bíróság (actualmente Fővárosi Törvényszék) (Hungría). EU: C:2013:88. No se presentaron conclusiones escritas por parte del Abogado General Sr. Mengozzi al que se asignó el asunto.

¹⁰⁴ En 2006 el Sr. Csipai celebró un contrato de préstamo con Banif Plus Bank, cuyo período de vigencia expiraba el 15 de junio de 2012. La cláusula núm. 29 del contrato redactado previamente por Banif Plus Bank estipulaba que si el contrato se resolvía antes de que finalizara su vigencia a consecuencia de un incumplimiento del prestatario o por cualquier otro motivo derivado de un comportamiento que le fuera imputable, el prestatario debería abonar, además de los intereses de demora y los gastos, el importe total de las cuotas de amortización restantes. Dichas cuotas vencidas comprendían, además del principal, los intereses del préstamo y la prima del seguro. El consumidor abonó por última vez la cuota de amortización en el mes de febrero de 2008 y la entidad bancaria resolvió entonces el contrato y, conforme a la cláusula antes citada, exigió al prestatario el pago de todas las cantidades pendientes. El consumidor no pagó dichas cantidades, por lo que la entidad bancaria demandó al sr. Csipai, y, con arreglo a las normas del Derecho de familia, también a su esposa. El juzgado de instancia informó a las partes que consideraba que dicha cláusula núm. 29 era abusiva y les instó a que expresaran su opinión al respecto. El consumidor alegó que consideraba excesivas las pretensiones de Banif Plus Bank y que únicamente reconocía como obligación fundada la cantidad correspondiente al principal. Banif Plus Bank negó el carácter abusivo de la cláusula controvertida. El juzgado de la instancia condenó al Sr. Csipai a abonar a Banif Plus Bank un importe calculado sin aplicar la cláusula núm. 29 del contrato. La entidad bancaria interpuso recurso contra dicha sentencia y el tribunal de apelación decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

Mediante la tercera pregunta el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si la Directiva debe interpretarse en el sentido de que permite, o incluso impone, al juez nacional, a la hora de examinar una cláusula abusiva, examinar todas las cláusulas del contrato o si, por el contrario, este debe limitar su examen a las cláusulas en las que se base la demanda de la que conozca.

Doctrina. Para contestar las cuestiones primera y segunda el TJUE recuerda lo declarado en las sentencias *Pannon GSM*¹⁰⁵ y *Banco Español de Crédito*¹⁰⁶ en el sentido de que el Derecho de la Unión no atribuye al juez nacional una mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que le corresponde la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. El TJUE también se remite a *VB Pénzügyi Lízing*¹⁰⁷ y a *Banco Español de Crédito*¹⁰⁸ para recordar que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula que figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula. El Tribunal de Justicia declara que la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva exige que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda extraer todas las consecuencias de esa comprobación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula¹⁰⁹.

A continuación, el TJUE realiza una puntualización muy importante al declarar que al aplicar el Derecho de la Unión, el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aclarando que, entre esas exigencias, figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular, cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio¹¹⁰.

¹⁰⁵ Asunto C-243/08. STJUE de 4 de junio de 2009. *Pannon GSM*.

¹⁰⁶ Asunto C- 618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

¹⁰⁷ Asunto C-137/08. STJUE de 9 de noviembre de 2010. *VB Pénzügyi Lízing*.

¹⁰⁸ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*.

¹⁰⁹ Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, apdo. 28.

¹¹⁰ *Ibid.*, apdo. 29.

En ese punto, el Tribunal de Justicia recuerda que tiene declarado que, con carácter general, el principio de contradicción no confiere únicamente a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales este tiene intención de fundamentar su decisión.

Añade el Tribunal, remitiéndose a la sentencia *Comisión/Irlanda*¹¹¹, que ya anteriormente ha subrayado que, para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento¹¹².

De ello, infiere el Tribunal de Justicia que en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto– que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales¹¹³.

Después de efectuada esta trascendental declaración, el TJUE se limita a decir que la norma nacional que establece que el juez que haya comprobado de oficio un motivo de nulidad debe informar de ello a las partes y ofrecerles la posibilidad de emitir una declaración sobre la eventual declaración de nulidad de la relación jurídica correspondiente responde a esa exigencia y no es incompatible con el principio de efectividad¹¹⁴. Por todo ello, el TJUE considera procedente que, en el marco del procedimiento principal, el juez remitente, respetando el principio de contradicción y sin menoscabar la efectividad de la protección que la Directiva 93/13 confiere al consumidor, instase a la entidad financiera demandante en el procedimiento y al consumidor demandado a presentar sus observaciones relativas a su apreciación del carácter abusivo de la cláusula controvertida. El TJUE enlaza el derecho que tiene el consumidor de expresar su opinión con la posibilidad de este de manifestar que es contrario a

¹¹¹ Asunto C-89/08. Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2009. Comisión Europea contra Irlanda y otros. EU: C:2009:742

¹¹² Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013. *Banif Plus Bank*. apdo. 30.

¹¹³ *Ibid.*, apdo. 31.

¹¹⁴ *Ibid.*, apdos. 32 y 33.

que se excluya la cláusula abusiva –circunstancia que, como hemos reiterado, difícilmente se va a producir en la praxis–¹¹⁵. En definitiva, el TJUE responde a las preguntas primera y segunda declarando que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva deben interpretarse:

Por un lado, en el sentido de que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula.

Por otro lado, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales¹¹⁶.

Con relación a la tercera pregunta, el Tribunal de Justicia se limita a reproducir la redacción del artículo 3, apartado 1, y la del artículo 4, apartado 1 ambos de la Directiva. Con arreglo al primero, las cláusulas se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Conforme al segundo, dicha apreciación deberá realizarse teniendo en cuenta la naturaleza de los servicios que sean objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa¹¹⁷.

Dicho esto, el TJUE responde a la tercera cuestión prejudicial declarando que, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de la cláusula contractual en que se base la demanda de la que conozca, el juez nacional debe tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato¹¹⁸.

Comentarios. Por tanto, en *Banif Plus Bank*, el Tribunal de Justicia añade una exigencia a las premisas elaboradas en las sentencias anteriores que consiste en que el juez debe informar a las partes del posible carácter abusivo de una o varias cláusulas y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria la cuestión conforme a las normas procesales nacionales. Aunque no lo indique

¹¹⁵ Ibid. apdos. 34 y 35.

¹¹⁶ Ibid., apdo. 36.

¹¹⁷ Ibid., apdo. 40.

¹¹⁸ Ibid., apdo. 41.

expresamente el TJUE, se entiende que todo ello ha de llevarse a cabo antes de que el juez nacional tome la pertinente decisión sobre la existencia o no de la cláusula abusiva, pues si no fuese así no tendría sentido ese debate contradictorio. A nuestro modo de ver, no hubiera estado de más que el TJUE hubiera precisado que una vez llevado el cabo el debate contradictorio el juez nacional adoptará la decisión pertinente sobre la naturaleza abusiva o no de la cláusula.

La importante declaración efectuada en esta sentencia incorpora el principio *audi alteram partem* y viene a completar las premisas elaboradas en las sentencias anteriores añadiendo una nueva exigencia: la información a las partes y el debate contradictorio conforme a las normas procesales nacionales. Es muy significativo que el TJUE se haya amparado en el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 47 de la Carta para fundamentar la declaración contenida en esta sentencia. Así, el TJUE señala que el juez nacional, al aplicar el Derecho de la Unión, tiene que observar las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, encontrándose dentro de ellas el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa (apdo. 29). Esa es la configuración tal y como la presenta el Tribunal de Justicia.

También es de destacar que el TJUE aclare que este debate en forma contradictoria habrá de realizarse con arreglo a las formalidades previstas por las reglas procesales nacionales. A pesar de la trascendencia de sus declaraciones este asunto fue decidido sin conclusiones del Abogado General Sr. Mengozzi.

En el apartado 24 el TJUE hace una referencia a la sentencia *VB Pénzugyi Lizing*. Como es sabido, en esta última sentencia, el TJUE declaró que el juez nacional debe investigar de oficio si una cláusula se encuentra dentro del ámbito de la Directiva. La referencia a *VB Pénzugyi Lizing* sugiere que la obligación del juez nacional de practicar prueba de oficio no solo se aplica con relación a cláusulas que confieren la competencia territorial sino también a cláusulas relativas a la naturaleza sustantiva del contrato¹¹⁹.

La declaración contenida en la sentencia ahora comentada sobre la obligación de informar a las partes sobre el eventual carácter abusivo de una cláusula a fin de que debatan de forma contradictoria sobre la cuestión ha de ponerse en relación con la premisa ya establecida por el TJUE en *Pannon GSM* en el sentido de que el juez nacional no tiene el deber de excluir la aplicación de la cláusula controvertida si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula. No puede producirse una «renuncia» del consumidor

¹¹⁹ MICKLITZ, H-W., y KAS, B., «Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008-2013) -Parte I, *European Review of Contract Law*, vol. 10,1, 2014, p. 22.

a invocar la nulidad de la cláusula abusiva si antes no ha sido advertido por parte del Juez nacional sobre esa eventual circunstancia y por razones de igualdad procesal también debe informar simultáneamente al profesional. No obstante, hay que decir que las declaraciones efectuadas por el TJUE en esta sentencia vienen provocadas por el tenor literal de las preguntas realizadas por el tribunal húngaro que se refieren tanto a la actuación del juez nacional informando a las partes sobre el hecho de que considera nula una frase de una determinada cláusula contractual como a la facultad del juez para requerir a las partes para que emitan una declaración relativa a dicha cláusula.

A partir de esos puntos planteados por el juzgado remitente, el TJUE obtiene sus conclusiones mediante la necesaria observación del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes –con mención al artículo 47 de la Carta– y del principio de contradicción que forma parte de este. Así, el TJUE considera una obligación la actuación del juez nacional de informar a las partes sobre el hecho de que ha comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y otra obligación –vinculada a la anterior– el ofrecimiento a las partes de la posibilidad de debatir de forma contradictoria el carácter abusivo de la cláusula controvertida según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.

Desde nuestro punto de vista, existe falta de precisión en la forma de expresarse el TJUE cuando se refiere a que el principio de contradicción obliga «al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual»¹²⁰ a informar a las partes y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria la cuestión. Entendemos que debería referirse «al juez nacional que haya comprobado de oficio el *eventual* carácter abusivo de una cláusula contractual», por cuanto que si ya ha comprobado la naturaleza abusiva de la cláusula de nada serviría el debate contradictorio. En particular, no tendría sentido oír al profesional sobre la naturaleza abusiva de la cláusula si la decisión sobre el carácter abusivo ha sido ya tomada. Ese debate tiene su razón de ser en el hecho de que el juez nacional tiene una fundada creencia del «eventual» carácter abusivo de la cláusula; informa a las partes de su creencia y las llama a debatir de forma contradictoria para que expongan sus razonamientos al respecto antes de adoptar la decisión. En ese debate, lo habitual será que el profesional defienda que no estamos ante una cláusula abusiva y que el consumidor defienda que sí lo estamos, sin perjuicio de que es en ese momento cuando el consumidor puede manifestar que es contrario a que se excluya la cláusula abusiva –situación que será muy inusual–.

¹²⁰ Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013. *Banif Plus Bank*.

La tercera pregunta planteada por el tribunal remitente sobre si la Directiva permite o incluso impone al juez nacional, a la hora de examinar una cláusula contractual abusiva, examinar todas las cláusulas del contrato o si, por el contrario, debe limitar su examen a las cláusulas en las que se base la demanda de la conozca es contestada por el TJUE desviándose en cierta forma del objeto de la pregunta. El Tribunal de Justicia sustituye «examinar todas las cláusulas» por «tener en cuenta el resto de las cláusulas». De esta forma, la respuesta cae por su propio peso remitiéndose el TJUE a lo expresado por el artículo 4. 1 de la Directiva 93/13: «el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta [...] todas las demás cláusulas del contrato». Así, responde el TJUE señalando que el juez debe tener en cuenta (obligación y no facultad) el resto de las cláusulas del contrato. No obstante, esa cuestión ha quedado matizada por lo declarado por el TJUE en *Lintner*, dejando claro que ese «tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato» no implica que esté obligado a examinar de oficio e individualmente todas las demás cláusulas del contrato, «sino que únicamente debe examinar aquellas cláusulas que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes [...]» (apdo. 44 de *Lintner*). Por tanto, el alcance del examen del juez nacional –cuestión de gran relevancia– parece haber quedado definitivamente resuelto en *Lintner* en un sentido que podría entenderse contradictorio, o, al menos, diferenciado a lo observado por el TJUE en *Banif Plus Bank*.

Por otro lado, a diferencia de la terminología empleada en la respuesta a las preguntas primera y segunda, al contestar a esta tercera cuestión, el TJUE sí utiliza la expresión «el carácter *eventualmente* ¹²¹ abusivo», lo que resulta más preciso, a nuestro juicio.

Caso 104. *Asbeek Brusse y de Man Garabito* ¹²²: La Directiva 93/13 se aplica a los contratos de arrendamiento de vivienda a consumidores a reserva de las cláusulas que reflejen disposiciones imperativas (o supletorias) del Derecho nacional.

Hechos. El asunto se desarrolla en el marco de un litigio instado por una entidad dedicada a la actividad de arrendamiento de inmuebles contra sus arrendatarios –Sr Brusse y Sra. de Man Garabito– sobre reclamaciones por impago

¹²¹ Cursiva es nuestra.

¹²² Asunto C-488/11. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de Mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito y Jahani BV. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Gerechtshof te Amsterdam* (Países Bajos), EU: C:2013:341. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Mengozzi, al que le fue asignado.

de rentas, de intereses contractuales y de penalizaciones como consecuencia del contrato de arrendamiento de vivienda que tenían suscrito las partes ¹²³.

Las tres preguntas del tribunal neerlandés fueron reformuladas por el TJUE. En primer lugar, el tribunal remitente preguntó si un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador que actúa en el marco de una actividad profesional y un arrendatario que actúa con fines privados entra en el ámbito de aplicación de la Directiva. En segundo lugar, preguntó si, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 6 de la Directiva, esta se ha de interpretar en el sentido de que debe atribuirse a las normas para su transposición en el Derecho nacional el trato procesal reservado a las normas de orden público en el ordenamiento jurídico interno, de modo que el juez nacional esté obligado a examinar de oficio el carácter abusivo, en su caso, de una cláusula contractual, y a anularla si así procediera. Finalmente, en tercer lugar, el tribunal remitente interrogó al TJUE sobre si el artículo 6 de la Directiva puede interpretarse en el sentido de que permite a un juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal, limitarse a moderar el importe de la pena contractual prevista por esa cláusula, como le autoriza el Derecho nacional y ha solicitado el consumidor, en lugar de excluir la aplicación de dicha cláusula.

Doctrina. Resulta interesante comprobar cómo resuelve el TJUE el problema planteado en la primera pregunta. Ante la dicción literal del artículo 1.1 de la Directiva 93/13 en su versión neerlandesa que emplea la palabra «*verkoper*» que implica la idea de vendedor, el TJUE se ve en la obligación de repasar el término utilizado en las demás versiones, llegando a la conclusión de que en estas otras versiones lingüísticas se emplea una expresión de alcance más amplio. Así, en la versión francesa el 1.1 se refiere a los contratos celebrados entre un «*professionnel*» y un consumidor, en la española («profesional»),

¹²³ El contrato de arrendamiento se basaba en las condiciones generales elaboradas por una asociación de profesionales de la propiedad inmobiliaria. Las condiciones generales contenían una cláusula penal por impago que disponía el pago de un interés mensual del 1 % del importe adeudado desde la fecha de vencimiento hasta el pago y otra de 25 euros por cada día natural de incumplimiento. Los consumidores-arrendatarios dejaron de pagar el incremento de renta por aplicación de la cláusula de indexación y después dejaron de pagar la renta. La entidad arrendadora formuló demanda solicitando la resolución del arrendamiento y el pago de las cantidades adeudadas según el contrato que ascendían a la suma de 13.897,09 euros que incluía: 5.365,50 euros en concepto de renta arrendaticia; 156,67 euros en concepto de intereses contractuales ya vencidos; 96,25 euros en concepto de aumento de la renta por indexación; 4.525 euros en concepto de pena contractual por impago de la renta arrendaticia; 3.800 euros en concepto de pena contractual por impago del aumento de la renta por indexación y 658,67 euros por gastos extrajudiciales. El juzgado de primera instancia holandés estimó la demanda y en fase de apelación ante el tribunal superior los recurrentes solicitaron la moderación de las cantidades por la desproporción de estas con el perjuicio sufrido.

en la danesa («*erhvervsdrivende*»), en la alemana («*Gewerbetreibender*»), en la griega («*επαγγελματίας*»), en la italiana («*professionista*») y en la portuguesa («*profissional*»). Incluso la versión inglesa emplea los términos «*seller or supplier*». Por tanto, concluye el TJUE que, a pesar de la expresión utilizada en la versión neerlandesa, la intención del legislador no es limitar el ámbito de aplicación a los contratos entre un vendedor y un consumidor, sino que se aplica a todos los contratos entre un profesional y un consumidor, apoyándose para tal afirmación en el considerando décimo. Por tanto, la clave está en que actúe o no en el marco de su actividad profesional y no en qué tipo de actividad profesional desempeñe ¹²⁴. Además, el TJUE hace una declaración muy significativa en el sentido de que la protección de la Directiva 93/13 es especialmente importante en el caso de un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un particular que actúa con fines privados y un profesional de los negocios inmobiliarios, dando dos motivos esenciales. En primer lugar, porque desde el punto de vista económico ese contrato guarda relación con una necesidad esencial del consumidor, que es la de disponer de una vivienda, teniendo como objeto cantidades dinerarias que muy a menudo representan para el arrendatario una de las partidas más importantes de su presupuesto. En segundo lugar, afirma el TJUE que, desde un punto de vista jurídico, se trata de un contrato regulado por lo general por una normativa nacional compleja, con frecuencia poco conocida por los particulares ¹²⁵.

Una vez aclarado que el contrato de arrendamiento que da pie a la cuestión entra dentro del ámbito de la Directiva 93/13, el TJUE hace constar la salvedad constituida por aquellas cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas de Derecho nacional, ya que no están sujetas a la Directiva y es al juez nacional al que corresponde su determinación ¹²⁶.

En definitiva, la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, a reserva de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas previstas por el Derecho nacional, lo que corresponde comprobar al juez nacional, se aplica a un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador que actúa en el marco de su actividad profesional y un arrendatario que actúa para fines ajenos a su actividad profesional ¹²⁷.

¹²⁴ *Ibid.*, apdos. 25 a 30.

¹²⁵ *Ibid.*, apdo. 32.

¹²⁶ *Ibid.*, apdo. 33.

¹²⁷ *Ibid.*, apdo. 34.

En relación con la segunda pregunta, el TJUE diferencia la obligación del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual frente a las consecuencias de esa apreciación.

Dado que la pregunta se refiere implícitamente al principio de equivalencia, destaca el TJUE que el 6.1 de la Directiva es una disposición de carácter imperativo y que dada la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores, el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público, debiendo considerarse que esa calificación se extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el citado artículo 6. Por ello, declara el TJUE que cuando el juez nacional sea competente, según las normas procesales internas, para examinar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público, como es el caso del asunto remitido, también deberá ejercer esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios enunciados por la Directiva, el carácter abusivo en su caso de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esta ¹²⁸.

Con respecto a las consecuencias de la apreciación, hace constar el TJUE que el juez puede anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuando esta tiene un alcance que justifica esa sanción ¹²⁹.

Tras remitirse a su propia jurisprudencia (*Banco Español de Crédito* ¹³⁰, *Banif Plus Bank* ¹³¹, *Pannon GSM* ¹³²), concluye el TJUE que cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, facultad reconocida por la legislación neerlandesa al órgano remitente, también deberá anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios enunciados por la Directiva, siendo necesario que previamente haya ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio ¹³³.

Con relación a la tercera cuestión, ya resuelta en *Banco Español de Crédito*, señala el TJUE que la facultad de moderar la cláusula abusiva en lugar

¹²⁸ *Ibid.*, apdos. 43 a 45.

¹²⁹ *Ibid.*, apdo. 47.

¹³⁰ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

¹³¹ Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013. *Banif Plus Bank*.

¹³² Asunto C-243/08. STJUE de 4 de junio de 2009. *Pannon GSM*.

¹³³ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*. apdos. 49 a 53.

de suprimirla pondría en peligro el objetivo del artículo 7,1 de la Directiva 93/13 al debilitar el efecto disuasorio de la eliminación. Por tanto, como era previsible, el TJUE afirmó que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor ¹³⁴.

Comentarios. En la sentencia comentada, el TJUE sitúa todas las disposiciones de la Directiva 93/13 que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por su artículo 6 al mismo nivel y con el mismo rango que las normas nacionales de orden público. Así mismo, el Tribunal de Justicia declara que, a reserva de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas del Derecho nacional, la Directiva 93/13 se aplica a los contratos de arrendamientos de vivienda entre profesional-arrendador y consumidor-arrendatario. Al haber enunciado expresamente el TJUE la aplicación de la Directiva 93/13 a los contratos de arrendamiento, manifestando que se aplica a todos los contratos en el marco de la actividad profesional sin importar qué tipo de actividad profesional dota a esta sentencia –dictada sin conclusiones del Abogado General Sr. Mengozzi– de gran significación.

Pero es que, además, el TJUE se refiere al que podría denominarse «principio de equivalencia de orden público». Es decir, dentro del principio de equivalencia y la prohibición de discriminación entre los mecanismos procesales para la defensa de los derechos del justiciable en situaciones de carácter interno frente a los previstos para la defensa de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, el TJUE se refiere a la necesidad de equiparar la sanción para la vulneración de normas nacionales de orden público con la sanción para la infracción de normas imperativas de la Directiva 93/13, con el mismo rango que las primeras, lo que debe llevar a la anulación de oficio de la cláusula abusiva cuando esa misma sanción se prevé en el ordenamiento interno para una cláusula que infringe el orden público nacional.

Hemos de subrayar la importancia que concede el TJUE a las relaciones arrendaticias entre consumidores y profesionales, destacando el Tribunal de Justicia dos puntos. Por un lado, la importancia económica que representa el alquiler, frecuentemente una de las partidas más relevantes de su presupuesto

¹³⁴ *Ibid.*, apdos. 54 a 60.

y además vinculado a la necesidad esencial del consumidor de disponer de una vivienda; con ello se refiere, aún sin mencionarlo expresamente, al derecho a una vivienda, recogido en la jurisprudencia del TEDH y que ha sido a su vez asumido por el TJUE. Por otro lado, el TJUE hace hincapié en el hecho de que se trata de un contrato regulado por lo general por una normativa nacional compleja, con frecuencia poco conocida por los consumidores.

Son declaraciones de gran relevancia, desde nuestro punto de vista, porque en su trasfondo se puede leer la necesidad de promover el cese de las cláusulas abusivas en un sector tan importante para los consumidores como es el arrendamiento de vivienda y con relación al cual raramente se plantean cuestiones por los jueces nacionales, a pesar de la evidencia de que los profesionales de ese sector también utilizan habitualmente cláusulas abusivas.

Según Micklitz y Reich, esta sentencia demuestra que el TJUE es plenamente consciente de la dimensión de ciudadanía de los derechos de los consumidores (*citizenship dimension of consumer rights*), al resaltar la «necesidad esencial» para el consumidor-arrendatario de acceder a la vivienda ¹³⁵.

Como veremos más detenidamente dentro del capítulo sobre la normativización, esta sentencia no ha tenido la influencia deseable en nuestro país en el ámbito de los arrendamientos con consumidores. Podría afirmarse que, en el ámbito de arrendamientos de consumidores, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de productos financieros, la utilización de cláusulas abusivas sigue siendo habitual. No disponemos de datos estadísticos, pero estamos convencidos de que en la inmensa mayoría de contratos de arrendamiento suscritos entre consumidores y profesionales en España figuran un número importante de cláusulas abusivas, particularmente las referidas a penalizaciones por incumplimiento del inquilino que, cuando llegan a los tribunales, los jueces, o bien las aplican sin reparar en su naturaleza abusiva, o bien las moderan, sin tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE, particularmente cuando el consumidor-arrendatario-demandado no comparece, ignorando en muchas ocasiones los jueces su obligación de actuar de oficio al respecto. Es necesario, por tanto, una mayor difusión entre los operadores jurídicos de los pronunciamientos de esta sentencia.

Es un supuesto más de la falta de trascendencia práctica en nuestro país de aquellas sentencias dictadas a resultas de una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

¹³⁵ MICKLITZ, H-W., y REICH, N., «The Court and Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 801.

A pesar de que el presente trabajo no nos permite estudiar la realidad en otros Estados miembros, tenemos la convicción de que esa situación se repite en los demás países de la Unión (como ejemplo, la situación recogida en la sentencia *Addiko Bank*¹³⁶ de 26 de junio de 2019 que demuestra que el legislador esloveno no incorporó a su procedimiento hipotecario los pronunciamientos del TJUE en *Aziz*).

Por ello, una de las tesis que manejamos en este trabajo es la necesidad de normativizar en el ordenamiento jurídico español los pronunciamientos del TJUE que tengan trascendencia práctica para la protección de los consumidores españoles, aunque hayan tenido como origen asuntos remitidos por órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros. La realidad demuestra que cuando estos pronunciamientos están incorporados a nuestra legislación los operadores jurídicos –en especial, los jueces– los aplican con mucha mayor regularidad y corrección.

Con menor importancia, nos llama la atención el proceso que sigue el TJUE para solventar un problema ocasionado por una mala traducción del concepto de profesional en la versión neerlandesa de la Directiva 93/13.

Como veíamos en otro capítulo del presente trabajo con la expresión utilizada en la versión española en el párrafo primero del artículo 47 de la Carta, puede suceder que una determinada versión lingüística de un instrumento normativo de la Unión difiera de las demás. Dado el mismo valor jurídico del que disfrutaban las versiones en las distintas lenguas oficiales de la UE de los actos que conforman el ordenamiento comunitario, cuando se presenta un problema de esta índole, la solución que ofrece el TJUE, con toda lógica, es comparar las distintas versiones lingüísticas para conocer la voluntad e intención del legislador comunitario. Este mecanismo es trasladable a cualquier situación en los diferentes ámbitos del Derecho de la Unión.

En el presente asunto, a pesar de haber utilizado la expresión «*verkoper*» en la versión neerlandesa que se traduciría como vendedor era evidente que el legislador se refería a cualquier profesional y no únicamente al dedicado a la venta por eso en la versión inglesa se solucionó correctamente el problema utilizando dos expresiones «*seller*» y «*supplier*», es decir, vendedor y proveedor (de productos y servicios).

Finalmente, con relación a la prohibición de moderación de la cláusula penal, es de observar que el TJUE se limita a reiterar lo ya declarado en *Banco Español de Crédito* en cuanto a que la moderación –prevista por la legislación neerlandesa– de una penalización basada en una cláusula abusiva es incompatible con el artículo 6.1 de la Directiva.

¹³⁶ Asunto C-407/18. STJUE de 26 de junio de 2019. *Addiko Bank*.

Caso 105. *Lintner*¹³⁷: El juez nacional no está obligado a examinar de oficio e individualmente todas las demás cláusulas contractuales que no han sido impugnadas por el consumidor, con el fin de verificar si pueden considerarse abusivas, sino que únicamente debe examinar aquellas cláusulas que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes, debiendo acordar, si es necesario de oficio, diligencias de prueba, requiriendo a las partes para que aporten aclaraciones y documentos al efecto.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la Sra. Györgyné Lintner y UniCredit Bank Hungary Zrt. (en lo sucesivo, «UniCredit Bank») en relación con el carácter abusivo de determinadas cláusulas que figuran en un contrato de préstamo hipotecario denominado en divisas¹³⁸.

¹³⁷ Asunto C-511/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de marzo de 2020 Györgyné Lintner y UniCredit Bank Hungary Zrt Petición de decisión prejudicial, planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE, por el Tribunal General de la Capital, Hungría. EU: C:2020:188. El Abogado General Sr. Evgeni Tanchev presentó sus conclusiones el 19 de diciembre de 2019.

¹³⁸ En diciembre de 2007, la consumidora Sra. Lintner celebró con UniCredit Bank un contrato de préstamo hipotecario denominado en divisas. Este contrato incluyó determinadas cláusulas que confieren a UniCredit Bank el derecho de modificación unilateral del mismo. En julio de 2012, la Sra. Lintner presentó ante el Tribunal General de la Capital una demanda con apoyo en la Directiva 93/13 para que se declarara la invalidez, con efectos retroactivos, de las mencionadas cláusulas, siendo desestimada por dicho tribunal mediante sentencia dictada en agosto de 2013. La consumidora interpuso recurso de apelación contra la sentencia que fue conocido por el Tribunal Superior de la Capital que anuló la sentencia mediante auto dictado el 1 de abril de 2014, devolviendo el asunto al Tribunal General de la Capital. El Tribunal Superior de la Capital se amparó en la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13, argumentando que el juez debe examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas que figuran en contratos de consumidores, de forma que solo es posible una aplicación eficaz de dicha Directiva si el juez nacional examina de oficio la totalidad del contrato controvertido. Este tribunal requirió al Tribunal General de la Capital a fin de que instara a la parte demandante a que se manifestara sobre si deseaba invocar el carácter abusivo de las cláusulas a las que se refería aquel auto o de otras cláusulas del contrato que no habían sido objeto de su demanda inicial, y si se consideraba vinculada por el contrato una vez excluidas las cláusulas en cuestión. En diciembre de 2015, el Tribunal General de la Capital archivó el asunto basándose en que la Sra. Lintner no había atendido al requerimiento formulado para que solicitara «la aplicación de las consecuencias jurídicas de la invalidez», con arreglo a una legislación *ad hoc* relativa a los contratos de préstamo denominados en divisas como el controvertido en el litigio principal, adoptada durante el año 2014: a) Ley XXXVIII de 2014, por la que se regulan cuestiones concretas en relación con la resolución de la Kúria para la unificación de doctrina en materia de contratos de préstamo celebrados por entidades financieras con consumidores y b) Ley XL de 2014, sobre las normas aplicables a la liquidación de cuentas a la que se refiere la Ley XXXVIII de 2014. En lo sucesivo, respectivamente, «Ley DH1» y «Ley DH2», que contienen disposiciones que regulan la declaración del carácter abusivo y las consecuencias que deben deducirse de ello con respecto a determinadas cláusulas que figuran en tales contratos, a saber, las relativas, por una parte, a la facultad unilateral de modificar el contrato y, por otra parte, al diferencial entre los tipos de cambio de compra y de venta de la divisa en cuestión. Sería la misma consecuencia que la sucedida en el litigio principal del asunto *Sziber*. En marzo de 2016, el Tribunal Superior de la Capital, resolviendo un nuevo recurso de apelación interpuesto por la Sra. Lintner, confirmó el auto recurrido en lo relativo a las cláusulas del contrato contempladas en las Leyes DH1 y DH2, pero lo anuló en todo lo demás e instó al Tribunal General de la Capital a que dictara una nueva resolución. El Tribunal Superior de la Capital consideró que, si bien las cláusulas contempladas en las Leyes DH1 y DH2 ya no podían efectivamente ser objeto de resolución judicial, el

La pregunta formulada por el tribunal húngaro reza de la siguiente forma según la sentencia del TJUE: ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva [93/13] –teniendo asimismo en cuenta la normativa nacional que obliga a actuar mediante representación por un abogado– en el sentido de que ha de efectuarse un examen individual de cada una de las cláusulas contractuales desde el punto de vista de su posible carácter abusivo, con independencia de que para la resolución de la reclamación formulada en la demanda sea realmente necesario examinar la totalidad de las cláusulas contractuales?¹³⁹.

El TJUE reformula la pregunta del tribunal húngaro y considera que mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que un juez nacional que conoce de una demanda presentada por un consumidor y que tiene por objeto que se declare el carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en un contrato celebrado por este último con un profesional está obligado a examinar de oficio e individualmente todas las demás cláusulas contractuales, sin que hayan sido impugnadas por el consumidor, a fin de verificar si pueden considerarse abusivas.

Mediante las cuestiones prejudiciales segunda y tercera el tribunal remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 4, apartado 1, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, si para apreciar el carácter abusivo de la cláusula contractual que sirve de base a las pretensiones de un consumidor han de tomarse en consideración todas las demás cláusulas del contrato que este último haya celebrado con un profesional, ello implica la obligación del juez nacional que

Tribunal General de la Capital debía, no obstante, a la vista de las pretensiones de la Sra. Lintner, examinar las cláusulas de ese mismo contrato relativas a la certificación notarial de los hechos, a las causas de resolución unilateral del contrato y a determinados gastos a cargo del consumidor.

El Tribunal General de la Capital señaló que, de ese modo, estaría obligado a examinar de oficio cláusulas contractuales que la Sra. Lintner no criticó en primera instancia, sin que esta última tampoco hubiera mencionado en los motivos de su recurso elementos fácticos que permitan inferir que también solicitaba que se declarara el carácter abusivo de las estipulaciones a las que se refiere el Tribunal Superior de la Capital. Por consiguiente, el Tribunal General de la Capital se pregunta sobre en qué medida, por un lado, debe examinar el carácter abusivo de cada una de las cláusulas de un contrato en el que algunas de ellas son objeto de la demanda presentada por el consumidor y, por otro lado, sobre en qué medida está vinculado, en el marco de dicho examen, por las pretensiones de la parte demandante.

¹³⁹ Hay que decir que el texto de la pregunta, tal y como consta en la sentencia, no coincide con el que figura en el *DOUE* de 27 de noviembre de 2017 cuando se publicó la petición de decisión prejudicial ni tampoco con el que consta en las conclusiones del Abogado General. En estos dos últimos casos la pregunta reza de la forma siguiente: «¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva sobre las cláusulas abusivas (1) –teniendo en cuenta también la normativa nacional que establece la representación procesal obligatoria– en el sentido de que es necesario examinar individualmente cada cláusula contractual desde la perspectiva de si puede ser considerada abusiva, independientemente de la cuestión de si es realmente necesario un examen del conjunto de las cláusulas del contrato para decidir sobre la pretensión formulada en la demanda?» (*DOUE* de 27 de noviembre de 2017).

conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de todas esas cláusulas.

Doctrina.-Según el TJUE, parece que la demanda inicial presentada por la consumidora tenía únicamente por objeto que se declarara el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que atribuyen a UniCredit Bank la facultad de modificar unilateralmente el contrato de préstamo de que se trata en el litigio principal, dilucidándose otros aspectos en la fase en la que se encuentra el procedimiento al remitir la cuestión. Esos otros aspectos se refieren a la ampliación de oficio del litigio pendiente con arreglo a lo ordenado por el auto dictado por el Tribunal Superior de la Capital, a la apreciación del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas del contrato relativas a la certificación notarial de los hechos, a las causas de resolución del contrato y a determinados gastos a cargo de la Sra. Lintner, aunque esta última no haya impugnado tales cláusulas en su demanda inicial¹⁴⁰. El TJUE recuerda que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato, con el fin de garantizar la protección a la que aspira la Directiva 93/13 y que el juez nacional deberá apreciar de oficio, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Así, afirma el TJUE que el examen de oficio obligatorio que el juez nacional que conoce del asunto debe efectuar en virtud de la Directiva 93/13 se limita, en un primer momento, a las cláusulas contractuales cuyo carácter abusivo puede determinarse sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos a disposición del juez nacional, de forma que, si este último no dispone de todos esos elementos, no estará en condiciones de proceder al mencionado examen de oficio. Señala el TJUE que en un segundo momento el examen de oficio debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de estas¹⁴¹. En desarrollo de dicha premisa, citando la sentencia *ERSTE Bank Hungary*, sostiene el TJUE que, para empezar, aunque la protección del consumidor a la que aspira la Directiva 93/13 exige una intervención positiva por parte del juez nacional que conoce del asunto, es necesario, para que tal protección pueda concederse, que se haya iniciado un procedimiento judicial a instancia de una de las partes en el contrato. A continuación, como

¹⁴⁰ Asunto C-511/17. STJUE de 11 de marzo de 2020. *Lintner*, apdo. 22.

¹⁴¹ *Ibid.*, apdo. 28.

sucede anteriormente en el apartado 28, el TJUE presenta una argumentación en la que no cita ninguna sentencia por lo que entendemos que está ofreciendo razonamientos nuevos. Así, afirma el TJUE que la efectividad de la protección que, en virtud de la citada Directiva, el juez nacional de que se trate debe conceder al consumidor mediante una intervención de oficio no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él, analizando de manera individual, con el fin de verificar su carácter eventualmente abusivo, todas las demás cláusulas de un contrato en el que solo algunas de ellas son objeto de la demanda de que conoce¹⁴².

Siguiendo las argumentaciones del Abogado General Sr. Tachev¹⁴³, el TJUE justifica su apreciación, en particular, por el hecho de que tanto el principio dispositivo –según el cual las partes definen el objeto del litigio– como el principio *ne ultra petita* –conforme al cual el juez no puede pronunciarse más allá de las pretensiones de las partes–, principios a los que también el Gobierno húngaro se refirió en la vista, podrían verse vulnerados si los tribunales nacionales estuvieran obligados, en virtud de la Directiva 93/13, a ignorar o a sobrepasar los límites del objeto del litigio fijados en las pretensiones y en los motivos de las partes¹⁴⁴.

Señala el TJUE que, en virtud de la protección que debe concederse al consumidor con arreglo a la Directiva 93/13, el juez nacional habrá de examinar de oficio una determinada cláusula contractual, dentro de los límites del objeto del litigio del que conoce, para evitar que las pretensiones del consumidor sean desestimadas mediante una resolución judicial que acabe adquiriendo, en su caso, fuerza de cosa juzgada, cuando tales pretensiones habrían podido estimarse si el consumidor no hubiera dejado de invocar por ignorancia el carácter abusivo de la cláusula en cuestión¹⁴⁵. Añade el TJUE que conviene también precisar que, para que el consumidor pueda beneficiarse plenamente de la protección que la Directiva 93/13 le concede y para que no se menoscabe el efecto útil de tal protección, el juez nacional no debe hacer una lectura formalista de las pretensiones de las que conoce, sino que, por el contrario, debe captar su contenido a la luz de los motivos invocados en apoyo de estas¹⁴⁶. Realiza el

¹⁴² *Ibid.*, apdo. 30.

¹⁴³ Asunto C-511/17. Conclusiones del Abogado General Sr. Tachev.

¹⁴⁴ Asunto C-511/17. STJUE de 11 de marzo de 2020. Lintner. Apdo. 31

¹⁴⁵ *Ibid.*, apdo. 32.

¹⁴⁶ *Ibid.*, apdo. 33.

TJUE una primera conclusión afirmando que de las consideraciones expuestas en los apartados 27 a 33 de la sentencia se desprende que están sujetas a la obligación de examen de oficio que incumbe al juez nacional que conoce del asunto únicamente aquellas cláusulas contractuales que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido, a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos, y que tales cláusulas deben ser examinadas, para verificar su eventual carácter abusivo, tan pronto como el juez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto ¹⁴⁷.

Dicho ello, en segundo lugar, el TJUE aborda la cuestión de las diligencias de prueba y observa que por lo que respecta al cumplimiento de la mencionada obligación de examen de oficio, aunque esta última se limite a las cláusulas a las que se refiere el apartado anterior, no puede deducirse de ello que, a efectos de ese examen, el juez nacional que conoce del asunto deba en todo caso atenerse exclusivamente a los elementos de hecho y de Derecho invocados por las partes, para limitar el examen a aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda apreciarse de manera definitiva basándose únicamente en tales elementos ¹⁴⁸. Ahora sí, el TJUE alude a su jurisprudencia, apoyándose en *BV Pénzügyi Lízing* ¹⁴⁹ y en *Profi Credit Polska* ¹⁵⁰ para afirmar que el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que incumbe al juez nacional acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula que figura en el contrato del que trae causa el litigio que debe resolver, celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Siguiendo también lo expuesto por el Abogado General, el TJUE afirma que si los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos ante el juez nacional suscitan serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que no fueron mencionadas por el consumidor, pero que guardan relación con el objeto del litigio, sin que sea posible realizar apreciaciones definitivas al respecto, incumbe al juez nacional acordar, si es necesario de oficio, diligencias de prueba con el fin de completar los autos, requiriendo a las partes, con plena observancia del principio de contradicción, para que le aporten las aclaraciones y los documentos necesarios al efecto ¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Ibid.*, apdo. 34.

¹⁴⁸ *Ibid.*, apdo. 35.

¹⁴⁹ Asunto C-137/08. STJUE de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lízing*.

¹⁵⁰ Asunto C-419/18 y C-483/18. STJUE de 7 de noviembre de 2019, *Profi Credit Polska y Bogumiła Włostowska*.

¹⁵¹ Asunto C-511/17. STJUE de 11 de marzo de 2020. *Lintner*. Apdo. 37.

El TJUE deduce que el juez nacional está obligado a acordar de oficio diligencias de prueba como las mencionadas en el apartado anterior de la sentencia siempre que los elementos de hecho y de Derecho que ya figuran en los autos susciten serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor, estén vinculadas al objeto del litigio, y que, por consiguiente, el examen de oficio que incumbe realizar al juez nacional exige que se acuerden tales diligencias de prueba ¹⁵². Es decir, el TJUE, de forma coherente con su premisa anterior, limita la obligación de acordar de oficio diligencias de prueba con relación a los elementos de hecho y de Derecho relativos al carácter abusivo de cláusulas que estén vinculadas al objeto del litigio. Según el TJUE, en el caso de autos, de las consideraciones que figuran en el apartado 22 de la sentencia parece desprenderse que el tribunal remitente parte de la premisa de que las cláusulas que no han sido impugnadas por la Sra. Lintner no están vinculadas al objeto del litigio principal, en la medida en que lo que se resuelva sobre sus pretensiones, referidas específicamente a las cláusulas que permiten a UniCredit Bank modificar unilateralmente el contrato, no depende en modo alguno de la apreciación relativa a esas cláusulas. Pues bien, en tal caso, la obligación de examen de oficio que resulta de la Directiva 93/13 no se extiende a tales cláusulas, sin perjuicio de las comprobaciones que el tribunal remitente deberá, en su caso, efectuar en lo que atañe al objeto concreto del litigio, a la vista de las pretensiones formuladas y los motivos invocados por la Sra. Lintner. Sin embargo, ello no obsta para la posibilidad de la que podría, en su caso, prevalerse la Sra. Lintner, en virtud del Derecho nacional aplicable, de impugnar mediante una nueva demanda las cláusulas del contrato que no fueron objeto de su demanda inicial o de ampliar, motu proprio o a instancias del tribunal remitente, el objeto del litigio del que este último conoce ¹⁵³.

Tras esa declaración, el TJUE pasa a tratar el tema menos interesante –por la previsible respuesta– relativo a la incidencia de la asistencia letrada de la consumidora. Al respecto, el TJUE dice que el hecho de que la Sra. Lintner esté representada por un abogado carece de incidencia en el análisis precedente, ya que la cuestión –de carácter general– del alcance del examen de oficio que incumbe al juez nacional que conoce del asunto debe resolverse haciendo abstracción de las circunstancias concretas de cada procedimiento, remitiéndose a la «vieja» sentencia *Rampion y Godard* ^{154 - 155}. El TJUE hace tres precisiones

¹⁵² *Ibid.*, apdo. 38.

¹⁵³ *Ibid.*, apdo. 39.

¹⁵⁴ Asunto C-429/05. STJUE de 4 de octubre de 2007, *Rampion y Godard*.

¹⁵⁵ Asunto C-511/17. STJUE de 11 de marzo de 2020. Lintner. Apdo. 40.

finales. Mediante la primera de ellas recuerda que al amparo del artículo 8 de la Directiva 93/13 los Estados miembros siguen teniendo libertad para establecer en su Derecho interno un examen de oficio más amplio que el que sus respectivos tribunales deben efectuar en virtud de dicha Directiva, conforme a las consideraciones que figuran en los apartados 28 a 38 de la sentencia ¹⁵⁶. La segunda precisión se refiere a que en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que haya obtenido a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto– que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarlas a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las normas procesales nacionales ¹⁵⁷. La tercera precisión, como la segunda, no es más que recordar una premisa tradicional de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio, haciendo referencia a que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva 93/13, el deber de excluir la aplicación de tales cláusulas contractuales si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por el propio juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tales cláusulas ¹⁵⁸.

La conclusión del TJUE, por tanto, es que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que un juez nacional que conoce de una demanda presentada por un consumidor solicitando que se declare el carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en un contrato celebrado por este con un profesional no está obligado a examinar de oficio e individualmente todas las demás cláusulas contractuales, que no han sido impugnadas por el consumidor, con el fin de verificar si pueden considerarse abusivas, sino que únicamente debe examinar aquellas cláusulas que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, completados, en su caso, mediante diligencias de prueba ¹⁵⁹.

Con respecto a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, el TJUE precisa en qué consiste la obligación de que el juez nacional debe tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato para apreciar el carácter eventualmente abusivo de la cláusula contractual en que se base la demanda de la que

¹⁵⁶ *Ibid.*, apdo. 41.

¹⁵⁷ *Ibid.*, apdo. 42.

¹⁵⁸ *Ibid.*, apdo. 43.

¹⁵⁹ *Ibid.*, apdo. 44.

conozca. Para ello, explica, en primer lugar, que se justifica porque el examen de la cláusula impugnada ha de tomar en consideración todos los elementos que puedan ser pertinentes para comprender esa cláusula en su contexto, en la medida en que, en función del contenido del contrato, para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula impugnada puede ser necesario evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas del contrato¹⁶⁰. A continuación, manifiesta que de ello no se deduce que el juez nacional esté obligado a examinar de oficio esas otras cláusulas contractuales de manera autónoma en cuanto a su carácter eventualmente abusivo, en el marco de la apreciación que efectúe sobre la base del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13¹⁶¹. Por ello, concluye que el artículo 4, apartado 1, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, si bien es verdad que para apreciar el carácter abusivo de la cláusula contractual que sirve de base a las pretensiones de un consumidor han de tenerse en cuenta todas las demás cláusulas del contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, ello no implica la obligación del juez nacional que conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de todas esas otras cláusulas¹⁶².

Comentarios. El mismo órgano jurisdiccional húngaro que planteó en 2011 la cuestión que dio lugar al asunto *Banif Plus Bank*, seis años después, en 2016, elevó la petición prejudicial que dio lugar a la sentencia *Lintner*, coincidiendo esencialmente los puntos preguntados. El trasfondo de ambas cuestiones prejudiciales planteadas por el Fővárosi Törvényszék o Tribunal General de la Capital giraba en torno a la facultad u obligación del juez nacional de examinar de oficio la naturaleza abusiva de las cláusulas del contrato controvertido distintas a aquella que había sido impugnada en la demanda, es decir, en la que el consumidor basaba su reclamación. En *Banif Plus Bank*, al evacuar la respuesta, el TJUE se remitió al artículo 4.1 de Directiva 93/13 por lo que señaló que el juez nacional debe «tener en cuenta» el resto de las cláusulas del contrato. Quedaba por saber si «tener en cuenta»¹⁶³ (apdo. 41 de *Banif Plus Bank*) implica examinar el eventual carácter abusivo o no de las restantes cláusulas que era lo que preguntaba el tribunal nacional. Ante la insistencia del tribunal húngaro, en *Lintner*, el TJUE debe retomar la problemática y en esta ocasión sí da una respuesta precisa al respecto, que puede ser decepcionante

¹⁶⁰ *Ibid.*, apdos. 46 y 47.

¹⁶¹ *Ibid.*, apdo. 48.

¹⁶² *Ibid.*, apdo. 49.

¹⁶³ «En tenant compte» y «take account of» en las versiones francesa e inglesa, es decir, las mismas expresiones utilizadas por el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 en su respectiva versión.

para los defensores a ultranza de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio en el Derecho de consumo.

La sentencia demuestra que se trata de una doctrina viva y en construcción, aunque en este caso, desde nuestro punto de vista, en lugar de constituir un progreso en el camino de la doctrina haya supuesto una cierta involución o retroceso y que incluso podría considerarse, en cierta forma, contradictoria con sentencias anteriores del TJUE. En las líneas que siguen vamos a tratar de explicar los motivos de nuestra postura a la vez que comentaremos diversos aspectos de la sentencia. Tres son los problemas que aborda el TJUE en la primera pregunta: en primer lugar, si el examen de oficio de las cláusulas abusivas por parte del juez abarca todas las cláusulas del contrato; en segundo lugar, si cuando el juez tiene indicios del posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales vinculadas al objeto del litigio, la Directiva 93/13 exige que pueda acordar de oficio diligencias de prueba para verificarlo y, finalmente, si el hecho de que el consumidor-litigante esté representado por abogado tiene incidencia en el alcance del examen de oficio del juez nacional.

De entrada, hay que decir que, en líneas generales, el TJUE sigue las propuestas y la argumentación del Abogado General Tachev.

Al reformular esta la primera pregunta en el apartado 38 de sus conclusiones ya incluye dentro de la misma tener en cuenta «los principios dispositivo y *ne ultra petita* previstos en el Derecho procesal civil [húngaro]»¹⁶⁴. Suponemos que dicha inclusión responde a lo que el tribunal remitente argumentó en la resolución de remisión. El TJUE no hizo suya la configuración de la primera pregunta realizada por el Abogado General, pues imaginamos que no consideró su redacción como la más adecuada. No obstante, el TJUE sí siguió en líneas generales el razonamiento del Abogado General que concedió un papel preponderante a ambos principios lo que indudablemente ha dado como resultado una cierta erosión de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio que irremisiblemente se contrapone a esos principios.

El núcleo duro de la respuesta al primero de los problemas planteados en la primera pregunta está compuesto por los apartados 30 a 34 y el apartado 39 de la sentencia. En su apartado 30 el TJUE presenta una primera batería de

¹⁶⁴ El apartado 38 de las conclusiones del Abogado General reza: «38. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si un juez nacional está obligado, en virtud del artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, a examinar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas del contrato, aunque no sean necesarias para decidir sobre las pretensiones de las partes en el litigio, teniendo en cuenta los principios dispositivo y *ne ultra petita* (el juez debe pronunciarse sobre todo aquello que se le solicita y únicamente sobre aquello que se le solicita) previstos en el Derecho procesal civil, así como las normas sobre la representación legal establecidas en el Derecho húngaro (véanse los puntos 7 a 11 de las presentes conclusiones)».

premisas que ponen en cierta forma bajo cuestionamiento posturas anteriores del mismo Tribunal de Justicia. Así, dice el TJUE que «la efectividad de la protección que, en virtud de la citada Directiva, el juez nacional de que se trate debe conceder al consumidor mediante una intervención de oficio no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él [...] ¹⁶⁵».

En el apartado 31 el TJUE justifica esa apreciación «por el hecho de que tanto el principio dispositivo –según el cual las partes definen el objeto del litigio– como el principio *ne ultra petita* –conforme al cual el juez no puede pronunciarse más allá de las pretensiones de las partes– [...] podrían verse vulnerados si los tribunales nacionales estuvieran obligados en virtud de la Directiva 93/13 a ignorar o sobrepasar los límites del objeto del litigio fijados en las pretensiones y en los motivos de las partes[...]». A nuestro modo de ver, estas declaraciones contradicen lo sentado por el TJUE en diferencias sentencias dictadas con base en la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio como *Duarte Hueros* ¹⁶⁶ y *Asbeek Brusse y de Man Garabito* ¹⁶⁷, entre otras.

En la primera de ellas, el principio dispositivo y el principio de congruencia son apartados en beneficio de la necesidad de conceder al consumidor una protección eficaz, hasta tal punto que los artículos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil ¹⁶⁸ que proclaman esos principios son considerados opuestos a la Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo en la medida que «cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no

¹⁶⁵ Subrayado es nuestro.

¹⁶⁶ Asunto C-32/12. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de octubre de 2013. Sociedad Duarte Hueros contra Autociba, S. A. y Automóviles Citroën España, S. A. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Badajoz. EU: C:2013:637.

¹⁶⁷ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

¹⁶⁸ El artículo 216 LEC establece el principio dispositivo o de justicia rogada y el artículo 218 LEC dispone el principio de congruencia.

se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda»¹⁶⁹.

En la segunda sentencia que hemos citado —*Asbek Brusse y de Man Garabito*— los consumidores piden que se moderen las cantidades establecidas en concepto de pena contractual y el tribunal remitente pregunta, entre otras cuestiones, si «¿ [...]el juez nacional, tanto en primera como en segunda instancia, está facultado y obligado a examinar de oficio (y, por tanto, también *ultra petita*) si una cláusula contractual se ajusta a la legislación nacional de transposición, y a declarar la nulidad de tal cláusula si llega a la conclusión de que es abusiva?»¹⁷⁰. El TJUE consideró que «la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva exige que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa comprobación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula»¹⁷¹. Por esa razón, el TJUE le indicó al tribunal remitente que anulara la cláusula, eliminando, por tanto, la pena contractual, lo que no había sido solicitado por el consumidor, quedando desvirtuado el principio de congruencia. Supuso una ampliación del litigio más allá de las pretensiones formuladas y que se sobrepasaran los límites del objeto del litigio tal como las partes lo habían definido en sus pretensiones.

Por tanto, la sentencia *Lintner*, desde nuestro punto de vista, contradice jurisprudencia del TJUE o, cuando menos, «matiza» doctrina anterior del TJUE, por lo que este, como mínimo, tendría que haber explicado en su sentencia las razones de esa «matización» en relación a la doctrina anterior, como hizo, por ejemplo, en *Freiburger Kommunalbauten*¹⁷², al establecer que la calificación de la cláusula como abusiva corresponde al juez nacional, lo que representaba una postura diferente a la manifestada en *Océano Grupo Editorial*¹⁷³.

En nuestra opinión, lo más preocupante de la sentencia *Lintner* no es que haya considerado que están sujetas a la obligación de examen de oficio que incumbe al juez nacional únicamente aquellas cláusulas contractuales que estén vinculadas al objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos, sino que haya justificado su postura en base al principio dispositivo y al principio *ne ultra petita*, que

¹⁶⁹ Fallo de la sentencia *Duarte Hueros*.

¹⁷⁰ Pregunta 2) en apdo. 22 de *Asbek Brusse y de Man Garabito*.

¹⁷¹ Apdo 50 de *Asbek Brusse y de Man Garabito* en el que a su vez el TJUE se remite a los apartados 28 y 36 de *Banif Plus Bank* —C-472/11, STJUE de 21 de febrero de 2013—.

¹⁷² Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004. *Freiburger Kommunalbauten*.

¹⁷³ Asuntos C-240/98 a C-244/98. STJUE de 27 de junio de 2000. *Océano Grupo Editorial*.

ya habían sido superados por la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio, motivo por el cual consideramos que esta doctrina ha sufrido una involución o, al menos, una erosión. Es de señalar que lo declarado por el TJUE en esta sentencia es complementado por lo que posteriormente dice en *Kancelaria Medius* dictada en el marco de un procedimiento donde el consumidor estaba en rebel-día. En cualquier caso, hemos de estar atentos a futuras resoluciones, en particular, en asuntos en los que el consumidor no esté personado por lo que las pretensiones a tener en cuenta sean únicamente las del profesional-actor. Es indudable la complejidad de la pregunta sobre si el examen de oficio del juez abarca todas las cláusulas contractuales y las consecuencias que hubiera entra-ñado una eventual respuesta afirmativa, pero creemos que el TJUE hubiera po-dido escoger otra salida más acorde con la doctrina y, sobre todo, podía no ha-berse amparado en los principios dispositivo y *ne ultra petita* por lo contradictorios que resultan con la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio y las dificultades que ello va a generar en el futuro para la interpretación correcta de la doctrina por parte de los jueces nacionales.

Por otro lado, hemos de señalar que en el desarrollo de sus argumentos contenidos en los apartados 30 a 34, a pesar de su importancia, el TJUE no se apoya en la cita de ninguna de sus sentencias anteriores, lo que da una idea de la novedad de esos razonamientos.

El apartado 39 también es relevante ya que el TJUE –partiendo de la apreciación del juzgado remitente– proporciona la idea de que las cláusulas no impugnadas por la consumidora no están vinculadas al objeto del litigio prin-cipal en la medida en que lo que se resuelva sobre sus pretensiones no depende en absoluto de la apreciación de esas cláusulas no impugnadas por la consumi-dora. Por tanto, el TJUE viene a establecer que el juez nacional no tiene la obligación de apreciar de oficio esas cláusulas no impugnadas, sin perjuicio de que corresponde evaluar al juez nacional si están vinculadas con el objeto del litigio. El TJUE deja abierta la posibilidad de que la consumidora podría ini-ciar una nueva demanda en relación a las cláusulas que no constituyeron el objeto de su demanda inicial o tratar de ampliar el objeto del litigio *motu pro-prio* o a instancia del juez, siempre y cuando la legislación procesal nacional se lo permita –ya que no va a contar con el apoyo en la doctrina del TJUE–.

En definitiva, corresponde al juez nacional decidir cuáles son las cláusulas vinculadas al objeto principal del litigio tal y como las partes lo han defini-do a la vista de las pretensiones que hayan formulado. Esas serían las cláusulas sujetas a la obligación de examen de oficio, para verificar su eventual carácter abusivo, tan pronto como el juez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

El segundo problema abordado en la primera pregunta ofrece cierta complejidad. El TJUE recuerda que incumbe al juez nacional acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula que figura en el contrato del que trae causa el litigio que debe resolver, celebrado entre profesional y consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, con cita de las sentencias *VB Pénzügyi Lizing y Profi Credit Polska*¹⁷⁴. A partir de ahí, el TJUE afirma que «si los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos ante el juez nacional suscitan serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que no fueron mencionadas por el consumidor, pero que guardan relación con el objeto del litigio, sin que sea posible realizar apreciaciones definitivas al respecto, incumbe al juez nacional acordar, si es necesario de oficio, diligencias de prueba con el fin de completar los autos, requiriendo a las partes, con plena observancia del principio de contradicción, para que le aporten las aclaraciones y los documentos necesarios al efecto»¹⁷⁵.

Desde nuestro punto de vista, es positivo que el TJUE haya considerado obligatorio para el juez nacional practicar las diligencias de prueba de oficio con relación a cláusulas no impugnadas expresamente por el consumidor pero que guardan relación con el objeto del litigio, cuando los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos ante el juez nacional suscitan serias dudas en cuanto al carácter abusivo de dichas cláusulas no mencionadas por el consumidor.

Por otro lado, una lectura menos positiva nos ofrece el hecho de que parece que el TJUE está limitando las diligencias de prueba a las consistentes en que el juez requiera a las partes para que aporten aclaraciones y documentos, sin que estén incluidas diligencias de prueba de otra índole (por ejemplo, una pericial o una declaración de un testigo o un requerimiento de documentación a un tercero no parte).

Ello se ve corroborado en el apartado siguiente, con el que concluye la discusión de este punto, ya que el TJUE declara que «de ello se deduce que el juez nacional está obligado a acordar de oficio diligencias de prueba como las mencionadas en el apartado anterior de la presente sentencia[...]»¹⁷⁶.

Por tanto, el TJUE se aparta de lo dicho en la sentencia *VB Pénzügyi Lizing* y parece limitar el tipo de diligencias de prueba que puede acordar de oficio el juez a aquellas consistentes en que el juez requiera a las partes la

¹⁷⁴ Asuntos C-419/18 y C-483/18. STJUE de 7 de noviembre de 2019. *Profi Credit Polska*.

¹⁷⁵ Asunto C-511/17. STJUE de 11 de marzo de 2020. *Lintner*, apdo. 37. Subrayados son nuestros.

¹⁷⁶ *Ibid.*, apdo. 38. Subrayado es nuestro.

aportación de aclaraciones o documentos. En este otro aspecto, el referido a la obligación del juez de acordar diligencias de prueba de oficio, *Lintner* parece suponer un paso atrás en la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio, ya que la histórica¹⁷⁷ sentencia *VB Penzÿgyi Lizing* no acotaba el tipo de diligencia de prueba¹⁷⁸. Tampoco en la reciente sentencia citada por el TJUE *Profi Credit Polska*¹⁷⁹ existe una acotación del tipo de diligencias de prueba que debe acordar el juez nacional.

Parece que esa limitación insertada por el TJUE sigue las argumentaciones expuestas por el Abogado General Sr. Tachev en los apartados 59 a 64 de sus conclusiones. Ya en el apartado 59 el Abogado General se pregunta, entre otros extremos, en qué pueden consistir las diligencias de prueba. En los apartados siguientes realiza una diferenciación entre dos categorías: por un lado, las diligencias de prueba consistentes en que los tribunales requieran a las partes para que aporten pruebas adicionales y para solicitarles la aclaración de algunas cuestiones y, por otro lado, lo que él denomina «medidas de instrucción» propiamente dichas «—por ejemplo, la obtención de pruebas por parte de los tribunales a través del interrogatorio de testigos de oficio, el requerimiento a terceros para que aporten pruebas, el interrogatorio de peritos de oficio o las vistas de oficio— que van más allá de la mera formulación de preguntas o requerimiento de aportación de documentos adicionales a las partes»¹⁸⁰.

En los apartados 61 a 63 el Abogado General expone la conveniencia de que el juez pueda practicar de oficio las diligencias de prueba consistentes en solicitar a las partes litigantes que aclaren algunas cuestiones o aporten las pruebas documentales y en el apartado 64 argumenta que «no se ha presentado al Tribunal de Justicia ningún argumento en apoyo de la necesidad de que el tribunal nacional esté obligado a acordar de oficio las “medidas de instrucción” más amplias mencionadas en el punto 60 de las presentes conclusiones, para garantizar el sistema de protección de los consumidores establecido en la Directiva 93/13 en las circunstancias concretas del caso de autos» y concluye

¹⁷⁷ Así la califica el Abogado General Sr Tachev en el apartado 3 de sus conclusiones.

¹⁷⁸ El apartado 56 de la sentencia *VB Penzÿgyi Lizing* reza: «56. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión planteada con carácter complementario que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula».

¹⁷⁹ Apdo. 66 de la sentencia *Profi Credit Polska* reza: «incumbe al juez nacional acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula que figura en el contrato objeto del litigio que debe resolver, celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula».

¹⁸⁰ Asunto C-511/17, *Lintner*, Conclusiones del Sr. Tachev, apdo. 60.

que «en principio, esta cuestión se deja a discreción del juez nacional conforme al Derecho procesal nacional correspondiente, siempre que se respete el Derecho de la Unión».

El TJUE, en lugar de desarrollar la cuestión de forma detallada y con claridad, ha introducido aparentemente esa limitación de una manera velada. A nuestro modo de ver, también ello es objeto de crítica.

Creemos que es muy discutible haber limitado los medios de prueba a acordar por el juez de oficio –o por lo menos es lo que podría deducirse de la literalidad de los apartados 37 y 38 de la sentencia– y también lo es la forma en la que se expone en la sentencia, al no haber abordado la cuestión el TJUE de manera directa mediante un análisis en profundidad al respecto.

Con respecto al tercer problema de la primera pregunta, poco comentario merece la declaración del TJUE relativa a que la asistencia letrada de la litigante carece de incidencia en relación con el examen de oficio que debe hacer el juez, puesto que ya es una circunstancia sobre la que se pronunció el TJUE en *Rampion y Godard* – resolución citada en la sentencia– y también en *Faber*¹⁸¹. No se puede dar un tratamiento diferente a un litigante por el hecho de que esté representado por abogado.

La contestación a las preguntas segunda y tercera viene a responder expresamente la cuestión dejada en el aire tras la sentencia *Banif Plus Bank*. Así, el TJUE señala que los artículos 4.1 y 6.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que lo previsto en el artículo 4.1 («teniendo en cuenta [...] todas las demás cláusulas del contrato») no implica la obligación del juez nacional que conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de todas esas otras cláusulas.

Finalmente, queremos observar que en los últimos apartados dedicados a contestar la primera cuestión prejudicial el TJUE parece «arrojar el guante» a los legisladores europeos para que en virtud del artículo 8 de la Directiva 93/13 –adopción de medidas más estrictas para garantizar un mayor nivel de protección– establezcan en su Derecho interno un examen de oficio más amplio que el que sus respectivos tribunales deben efectuar en virtud de dicha Directiva, conforme a lo que ha expuesto con anterioridad el Tribunal. Nos parece que ningún legislador va a aceptar el desafío de incluir un examen de oficio más amplio por los problemas de seguridad jurídica –entre otros– que ello entrañaría.

¹⁸¹ Asunto C-497/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de junio de 2015, Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV. Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, Países Bajos, EU: C:2015:357.

Caso 106. *Kancelaria Medius*¹⁸²: El artículo 7.1 de la Directiva 93/13 se opone a la interpretación de una disposición nacional polaca que impediría al juez que debe resolver una demanda presentada por un profesional contra un consumidor en rebeldía adoptar las diligencias de prueba necesarias para examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda cuando ese juez alberga dudas sobre el carácter abusivo de tales cláusulas.

Hechos. El litigio principal se refiere a la reclamación de 1.231 eslotis polacos (PLN) (aproximadamente 272 euros) por parte de la entidad Kancelaria Medius SA (en adelante, Kancelaria) frente al consumidor RN originada por un contrato de crédito al consumo suscrito entre el consumidor y la entidad Kreditech Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością¹⁸³.

Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la interpretación de una disposición nacional que impediría al juez que debe resolver una demanda, interpuesta por un profesional contra un consumidor y que está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva –y que dicta sentencia en rebeldía, ante la incomparecencia de ese consumidor en la vista a la que ha sido citado–, adoptar diligencias de prueba necesarias para apreciar de oficio el carácter abusivo de

¹⁸² Asunto C-495/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de junio de 2020 Kancelaria Medius contra RN. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Regional de Poznan, Polonia. EU: C: 2020:431. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. G. Pitruzzella al que le fue asignado.

¹⁸³ Kancelaria aportó a su demanda la copia de un contrato marco que no incluía la firma de RN, así como documentos que confirman la celebración del contrato de cesión de crédito por parte de Kancelaria con su predecesor en el derecho de crédito, la entidad Kreditech Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. El Tribunal de Distrito de Trzcianka consideró que los documentos y las pruebas aportadas por Kancelaria no demostraban la existencia de la deuda alegada. Pese a que RN no compareció, dicho Tribunal resolvió en rebeldía y desestimó la demanda. Kancelaria interpuso recurso de apelación contra la sentencia ante el Tribunal Regional de Poznan, Polonia, alegando que, con arreglo al artículo 339, apartado 2, del Código de Procedimiento Civil, ese tribunal debería basarse únicamente en los documentos que ella había aportado. El órgano jurisdiccional remitente señaló, por una parte, que, en el Derecho polaco, las normas procesales sobre el proceso en rebeldía resultan también aplicables a los litigios interpuestos por los profesionales contra los consumidores. Por otra parte, que en el asunto controvertido se daban las condiciones para un juicio en rebeldía de conformidad con el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil en la medida en que el demandado no ha formalizado su defensa tras haberle sido notificada la demanda, debiendo señalarse que, con arreglo al artículo 139 del mencionado código, se produce una notificación denominada «sustitutiva» cuando la parte no ha recogido el correo que el tribunal le ha notificado, pese a que podía hacerlo. En esas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente plantea dudas sobre la conformidad de una disposición nacional como el artículo 339, apartado 2, del Código de Procedimiento Civil con el nivel de protección de los consumidores exigido por la Directiva 93/13, en particular en lo que respecta a la obligación del juez de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas recogidas en un contrato celebrado con un consumidor.

las cláusulas contractuales en las que el profesional basó su demanda, cuando dicho juez tiene dudas sobre el carácter abusivo de tales cláusulas, a efectos de la mencionada Directiva, y obligaría al citado juez a resolver sobre la base de las alegaciones del profesional, que está obligado a considerar ciertas.

Doctrina. Utilizando las consabidas premisas relativas a que el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, el TJUE recuerda que dichos procedimientos internos deben respetar el principio de equivalencia y deben garantizar una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales. El TJUE no menciona el principio de efectividad. En cuanto al principio de equivalencia el TJUE no dispone de ningún elemento que pueda suscitar alguna duda sobre el incumplimiento de ese principio por lo que procede a analizar la tutela judicial efectiva. Por lo que respecta a la tutela judicial efectiva, señala el TJUE que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento ante las diversas instancias nacionales, así como del desarrollo y de las peculiaridades de este. No obstante, las características específicas de los procedimientos no pueden constituir un factor que afecte a la protección jurídica de la que deben disfrutar los consumidores en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13. El TJUE recuerda lo dicho en *Karel de Grote* (asunto en el que la consumidora también estaba en rebeldía) en el sentido de que la situación de desequilibrio entre consumidor y profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva¹⁸⁴.

El TJUE procede a establecer el método a seguir por el juez nacional, indicando que, primeramente, deberá apreciar de oficio, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. En segundo lugar, a falta de dichos elementos de hecho y de Derecho, el juez nacional que deba resolver un litigio entre un profesional y un consumidor ha de tener la posibilidad de adoptar de oficio las diligencias de

¹⁸⁴ *Ibid.*, apdos. 32 a 36.

prueba necesarias para determinar si una cláusula que figura en el contrato litigioso está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva¹⁸⁵.

Descendiendo al asunto enjuiciado, el TJUE señala que de la documentación que le ha sido remitida se desprende que, en el procedimiento judicial en rebeldía del consumidor, el juez ante el que la demandante interpuso la demanda debe, ante la incomparecencia del demandado, resolver basándose en las alegaciones formuladas por la demandante, que se presumen ciertas, a menos que susciten dudas legítimas o se hayan invocado en fraude de ley. No obstante, observa el TJUE que, con arreglo a su jurisprudencia, incluso en caso de incomparecencia del consumidor, el juez que debe resolver un litigio relativo a un contrato de crédito al consumo debe poder adoptar las diligencias de prueba necesarias para verificar el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 con el fin de garantizar al consumidor la protección de los derechos que le confiere esa Directiva.

Dicho ello, el TJUE tiene que sopesar esas premisas con el principio dispositivo y el principio *ne ultra petita*, afirmando el TJUE que dichos principios podrían verse vulnerados si los tribunales nacionales estuvieran obligados, en virtud de la Directiva 93/13, a ignorar o a sobrepasar los límites del objeto del litigio fijados en las pretensiones y en los motivos de las partes. El TJUE señala que no se trata de examinar cláusulas contractuales distintas de aquellas en las que el profesional que ha iniciado el procedimiento jurisdiccional ha basado su pretensión y que constituyen, por tanto, el objeto del litigio. Así, el órgano jurisdiccional remitente señala que no dispone del contrato firmado por las dos partes en el que se fundamenta la deuda controvertida, sino únicamente de una copia de un contrato marco que no incluye la firma del demandado. El TJUE declara que no cabe considerar que un órgano jurisdiccional «disponga de los datos de hecho y de Derecho», en el sentido de su jurisprudencia, por la mera razón de que disponga de una copia de un modelo de contrato utilizado por el profesional, sin tener en su poder el instrumento que recoge el contrato celebrado entre las partes. En base a ello, los principios dispositivo y *ne ultra petita* no se oponen a que un juez nacional exija al demandante que aporte el contenido del documento o documentos en los que basa su demanda, dado que esa petición constituye sencillamente una parte de la etapa probatoria del proceso. De ello deduce el TJUE que la tutela judicial efectiva no puede garantizarse si el juez nacional ante el que un profesional plantea un litigio que le enfrenta a un consumidor y que está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 no tiene la posibilidad, pese a la incomparecencia de este último, de verificar las cláusulas contractuales en las que el profesional ha basado su demanda,

¹⁸⁵ *Ibid.*, apdos. 37 y 38.

en caso de que albergue dudas sobre el carácter abusivo de tales cláusulas. A ello añade el TJUE que, si ese juez está obligado, en virtud de una disposición nacional, a dar por ciertas las alegaciones de hecho del profesional, la intervención positiva de ese juez, exigida por la Directiva 93/13 para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, quedaría reducida a nada¹⁸⁶.

Una vez el TJUE ha aclarado que el juez debe poder pedir ese contrato tiene que contrastar la situación con la legislación polaca. Para ello, el TJUE parte de la doctrina de la interpretación conforme y afirma que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 93/13 para alcanzar el resultado que esta persigue. Por ello, si el órgano jurisdiccional remitente constata que una disposición nacional, como el artículo 339, apartado 2, del Código de Procedimiento Civil, impide al juez que resuelve en rebeldía, a demanda del profesional, adoptar las diligencias de prueba que le permitan llevar a cabo el control de oficio de las cláusulas comprendidas en esa Directiva y que constituyen el objeto del litigio, le corresponde verificar si es posible plantear una interpretación conforme al Derecho de la Unión, mediante excepciones como las «dudas legítimas» o el «fraude de ley» previstos en dicho artículo 339, apartado 2, dado que esa interpretación permitiría al juez que resuelve en rebeldía adoptar las diligencias de prueba necesarias.

Es decir, el TJUE orienta al juez nacional en el sentido de que podría aplicar el artículo 339,2 del Código de Procedimiento Civil polaco con arreglo a la Directiva 93/13 –y pedir el contrato– en la medida en que dicho precepto prevé excepciones a la regla general de tener por ciertas las afirmaciones del demandante invocadas en la demanda cuando el demandado está en rebeldía. Corresponde al juez nacional resolver si la norma nacional puede interpretarse de conformidad con la Directiva 93/13 con el límite de no llevar a cabo una interpretación *contra legem* de dicho precepto nacional. Añade el TJUE que la exigencia de una interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya establecida si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva¹⁸⁷.

La siguiente aclaración del TJUE –tremendamente práctica– se refiere al supuesto en el que no se puede llevar a cabo una interpretación y una aplicación de la normativa nacional conformes con las exigencias de la Directiva 93/13. En ese caso, los jueces nacionales están obligados a examinar de oficio si las

¹⁸⁶ *Ibid.*, apdos. 39 a 46.

¹⁸⁷ *Ibid.*, apdos. 47 a 50

estipulaciones acordadas entre las partes tienen carácter abusivo y, para ello, adoptar todas las medidas necesarias, inaplicando, si fuera necesario, cualquier disposición o jurisprudencia nacionales que se opongan a dicho examen¹⁸⁸.

En base a todo lo anterior concluye el TJUE que el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la interpretación de una disposición nacional que impediría al juez que debe resolver una demanda presentada por un profesional contra un consumidor y que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva –y que se pronuncia en rebeldía, ante la incomparecencia del consumidor en la vista a la que fue convocado– adoptar las diligencias de prueba necesarias para examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda cuando ese juez alberga dudas sobre el carácter abusivo de tales cláusulas a efectos de la mencionada Directiva¹⁸⁹.

Comentarios. La sentencia comentada contiene declaraciones del TJUE que resultan muy útiles para comprender determinados problemas, incluso para interpretar correctamente otros pronunciamientos. En ese sentido, complementa lo dicho en *Lintner*, ya que en *Kancelaria Medius* el consumidor está en rebeldía. El TJUE señala que no se trata de examinar cláusulas contractuales distintas de aquellas en las que el profesional ha basado su pretensión y constituyen el objeto del litigio. Por tanto, el objeto del litigio tal y como está configurado en la demanda debe comprender las cláusulas en base a los cuales se reclama una determinada cantidad. Ello ayuda a interpretar lo dicho en *Lintner*. Desde mi punto de vista, habrá que estar a las circunstancias de cada caso, puesto que si el objeto del litigio es el que está definido por el profesional actor y el consumidor demandado está en rebeldía, el juez debe tener amplias posibilidades para apreciar de oficio la posible naturaleza abusiva de las cláusulas que influyan directa o indirectamente en las pretensiones del profesional actor y que, consecuentemente, formarían parte del objeto del litigio. Es de agradecer la claridad del TJUE en esta sentencia cuando viene a decir que incluso en el caso de que no sea posible la interpretación conforme, el juez nacional está obligado a examinar de oficio si las estipulaciones acordadas entre las partes tienen carácter abusivo y, para ello, adoptar todas las medidas necesarias, inaplicando, si fuera necesario, cualquier disposición o jurisprudencia nacionales que se opongan a dicho examen. De este modo, el resultado final viene a ser el mismo. Por lo que respecta a las diligencias de prueba a practicar cuando

¹⁸⁸ *Ibid.*, apdo. 51.

¹⁸⁹ *Ibid.*, apdo. 52.

faltan elementos de hecho y de Derecho, la sentencia se remite a *Lintner* declarando que el juez ha de tener la posibilidad de adoptar de oficio las diligencias de prueba necesarias para determinar si una cláusula que figura en el contrato litigioso está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Entendemos que al hablar de diligencias de prueba «necesarias», el TJUE determina que no cabe la limitación de los medios de prueba, cuestión sobre la cual no nos quedó clara la postura del Tribunal de Justicia en *Lintner*.

Por otro lado, se deduce de *Kancelaria Medius* algo que en nuestra cultura jurídica resulta obvio, pero que quizá no lo sea tanto en otras jurisdicciones. Aunque disponga el órgano jurisdiccional de una copia de un modelo de contrato utilizado por el profesional, no cabe considerar que disponga de los datos fácticos y jurídicos necesarios. La consecuencia es que el juez debe poder exigir al demandante que aporte el contenido del documento o documentos en los que basa la demanda. Es decir, debe exigir al profesional el contrato firmado por el consumidor, no bastando una copia del modelo utilizado por el profesional y ello, aunque el consumidor esté en rebeldía. Por ello, la norma procesal polaca (art. 339 del Código de Procedimiento Civil) que parece impedir ese requerimiento del juez al profesional ha de ser objeto de un proceso de interpretación por parte del juez nacional. En ese proceso de interpretación, el juez nacional evaluará si puede interpretarla de conformidad con la Directiva 93/13 ya que contiene dos excepciones: «que [los antecedentes de hecho invocados] susciten dudas legítimas» o que «se hayan invocado en fraude de ley». Si el juez nacional interpreta, por ejemplo, la primera excepción en el sentido de que al suscitarse dudas legítimas –ausencia del contrato firmado– no tiene por qué tener ciertas las afirmaciones del profesional demandante, estará facultado por esa norma procesal nacional para solicitar al profesional el contrato firmado ya que habrá podido realizar una interpretación del artículo 339 del Código de Procedimiento Civil en conformidad con la Directiva 93/13. Si el juez considera que la inexistencia de contrato firmado no encaja ni en la excepción de dudas legítimas ni en la de fraude de ley, entonces estará obligado a inaplicar el artículo 339 porque esa norma le está impidiendo adoptar diligencias de prueba para examinar de oficio la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas sobre las que se sustenta la demanda del profesional.

8.3 PUNTOS CONTROVERTIDOS ENTRE LOS PLANOS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Habida cuenta de la consolidación de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio, vamos a centrar este apartado en las eventuales controversias

producidas a raíz de los últimos pronunciamientos del TJUE acerca de la amplitud y límites que debe tener el examen de oficio que ha de llevar a cabo el juez y también la variedad de medios probatorios con los que debe contar el juez para completar los elementos que precisa para realizar el juicio de abusividad.

En relación con la declaración del TJUE relativa a que el juez nacional únicamente está obligado a llevar a cabo de oficio el juicio de abusividad de las cláusulas vinculadas al objeto del litigio, Narciso¹⁹⁰ considera que el TJUE ha resaltado la importancia de proteger el principio *ne ultra petita* y que la obligación de tener en cuenta todas las cláusulas del contrato se traduce en una obligación de contextualizar¹⁹¹ la apreciación de abusividad de una o varias cláusulas específicas, teniendo en cuenta el efecto acumulado de todas las cláusulas de ese contrato. Entiende Narciso que el TJUE pide una protección del consumidor que no sea formalista, es decir, una interpretación de la demanda basada en el entendimiento de su contenido y en las leyes que invoca.

Sobre lo manifestado por el TJUE en *Lintner* con respecto a los límites del juicio de abusividad y la obligación de practicar de oficio diligencias de prueba, Martínez Santos¹⁹² tiene una lectura más positiva que la del autor del presente trabajo. Así, considera que la sentencia del asunto *Lintner* reafirma la jurisprudencia sobre los deberes de control de oficio del juez en los procesos sobre cláusulas abusivas, llevándola incluso un poco más allá, al establecer que el juez tiene obligación de hacer pesquisas si no dispone de los elementos de hecho y de derecho que necesita, tanto a la hora de determinar si la relación controvertida está efectivamente sujeta a la Directiva 93/13/CEE, como a la hora de analizar si una determinada estipulación contractual, que guarda relación con el efecto jurídico último pretendido por el consumidor en el proceso —y que, en consecuencia, puede darse por tácitamente cuestionada—, es de carácter abusivo y, por lo tanto, de carácter nulo y no vinculante para aquel. Según Martínez Santos, la sentencia le viene a decir al juez nacional que tiene obligación de hacer pesquisas no solo cuando el consumidor está en rebeldía, sino incluso cuando ha comparecido en las actuaciones, que tiene que ser proactivo, que él mismo se tiene que procurar de oficio los elementos de hecho y de derecho que necesite en relación con alguna cláusula no

¹⁹⁰ NARCISO, M., «Case C-511/17 Unicredit Bank Hungary: *Ex officio* unfairness assessment limited to subject matter and to existing legal and factual elements», *Recent developments in European Consumer Law*, Blog, 18 de abril de 2020.

Disponible en <http://recent-ecl.blogspot.com/2020/03/case-c51117-unicredit-bank-hungary-ex.html>

¹⁹¹ La autora resalta esa expresión escribiéndola en negrita.

¹⁹² MARTÍNEZ SANTOS, A., «¿Debe el juez procurarse de oficio los elementos de hecho y de derecho necesarios para pronunciarse sobre cláusulas cuya nulidad no ha sido instada expresamente por el consumidor?» en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea, Materiales del VI Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, dir. por A. Ruda González, edit. Sepín, 2023, p. 1341.

impugnada de cuyo carácter abusivo sospeche, aunque solo –y esto es lo más importante– si esa cláusula, además de sospechosa de resultar abusiva, presenta algún tipo de vínculo con el objeto del proceso, en el sentido de que su examen coadyuve al efecto jurídico último pretendido por el consumidor¹⁹³.

Según Werbrouck y Dauw¹⁹⁴, la sentencia *Lintner* confirma que la remisión de documentos es otra medida de averiguación de que disponen los jueces nacionales para cumplir con sus obligaciones de actuación de oficio, junto a los simples requerimientos de clarificación. No obstante, se deja abierta la cuestión relativa a los límites de las medidas de investigación. Únicamente porque el Tribunal de Justicia no ha reconocido todavía una obligación de oficio de oír testigos o peritos no significa que dicha obligación no pueda existir. No se han presentado argumentos al TJUE a fin de que sea necesaria la adopción de oficio de medidas de investigación más amplias para garantizar la protección efectiva de los consumidores con arreglo a la finalidad de la Directiva 93/13. Hasta que ello llegue, la normativa procesal nacional del Estado miembro es decisiva en relación con otras medidas de investigación, conforme al principio de autonomía procesal. En el caso de que el TJUE sea preguntado por la exploración de otras medidas de investigación, parece apropiada una continua aplicación de un enfoque equilibrado, con arreglo al cual, es concebible que al menos en algunas situaciones se reconozca la obligación de adoptar de oficio la prueba de oír testigos (en caso de contratos celebrados oralmente) y expertos (en caso de divulgación de información) o incluso inspecciones de oficio. Desde nuestro punto de vista, a pesar de que en *Lintner* no ha quedado clara la amplitud de los medios de prueba de que debe hacer uso el juez de oficio para completar los elementos fácticos que necesita para llevar a cabo el juicio de abusividad, no parece que deba existir una limitación al respecto, sino que, justificada y proporcionadamente, el juez debe adoptar de oficio cualquier medio de prueba que pueda contribuir a alcanzar el conocimiento que le falta de los elementos fácticos en orden a poder llevar a cabo la apreciación de la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas. En *VB Pénzügyi Lízing*, el TJUE no estableció limitación alguna sobre los medios de prueba a adoptar, tampoco lo ha hecho en *Kancelaria Medius* y, si bien es cierto que en *Lintner* únicamente se refirió a las pruebas relativas a solicitar aclaraciones y requerir documentación, más bien parece que ello se debe a las circunstancias concurrentes en el litigio principal. Werbrouck y Dauw se refieren también a una interesante cuestión concerniente

¹⁹³ *Ibid.*, p. 1337.

¹⁹⁴ WERBROUCK, J., y DAUW, E., «The national courts' obligation to gather and establish the necessary information for the application of consumer law -the endgame?», *European Law Review*, 46(3), 2021, p. 332.

a la expresión utilizada por el TJUE en *Lintner* para que se despliegue la obligación de adopción de oficio de diligencias de prueba: si los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos ante el juez nacional suscitan «serias dudas» en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que no fueron mencionadas por el consumidor, pero que guardan relación con el objeto del litigio (apdos. 37 y 38). Los citados autores observan que en *Kancelaria Medius* el TJUE utiliza explícitamente el concepto de «dudas razonables» (*reasonable doubts*), que debe ser interpretado de conformidad con el Derecho de la Unión, aparentemente de forma bastante flexible, habilitando por tanto al juez nacional a actuar de oficio de acuerdo con su ley nacional¹⁹⁵. Por tanto, vienen a sostener Werbrouck y Dauw que en *Kancelaria Medius* el TJUE «baja el listón» en cuanto a la envergadura de la duda, pasando de «seria duda» a «duda razonable». Por nuestra parte, entendemos que, efectivamente, a resultas de *Kancelaria Medius* queda claro que no es necesario que el juez nacional se enfrente a serias dudas para que se despliegue su obligación de adoptar diligencias de prueba de oficio. Sin embargo, ello lo sostenemos por el hecho de que en los apartados 46, 52 y en el fallo, el TJUE se refiere a «dudas» sin acompañarle el adjetivo «serias» ni ningún otro calificativo que pueda calibrar la envergadura de dichas dudas. Creemos que ese es el argumento adecuado para sostener ese razonamiento y no el alegado por Werbrouck y Dauw, ya que estos se refieren a las alusiones (apdos. 39 y 48) que se hace en la versión inglesa de la sentencia al artículo 339.2 del Código de Procedimiento Civil polaco («reasonable doubts») que aparentemente ni siquiera es una traducción fiel de la expresión empleada en la versión francesa «doutes légitimes», traducida correctamente en la versión española «dudas legítimas». Por tanto, no parece correcto basarse en el concepto de «reasonable doubts» (dudas razonables) cuando no es la traducción apropiada según se desprende de su comparación con la versión francesa y con otras versiones¹⁹⁶. Tampoco parece que el listón se ponga en una duda razonable o legítima porque ello responde únicamente a la exigencia del artículo 339.2 del Código Civil polaco, hallándose, a nuestro modo de ver, la respuesta a la cuestión en el fallo de la sentencia al utilizar el TJUE el vocablo «dudas» sin calificativo alguno, reiterando lo dicho en el apartado 46 y en el apartado 52. En conclusión, a criterio del TJUE expresado en *Kancelaria Medius* basta que el juez albergue «dudas» sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales controvertidas, sin que esas dudas deban tener una intensidad o envergadura determinada.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 533.

¹⁹⁶ En la versión de la lengua del procedimiento –que fue la polaca– figura la expresión «uzasadnione wątpliwości» traducida por Google como «dudas justificadas». En la versión italiana consta la expresión «dubbi legittimi».

CAPÍTULO 9. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LA TUTELA DEL CONSUMIDOR

SUMARIO:

- 9.1 Introducción.
- 9.2 Análisis jurisprudencial relativo a la competencia territorial.
- 9.3 Análisis jurisprudencial relativo a la competencia objetiva por razón de la materia.
- 9.4 Distribución de competencias o funciones entre el TJUE y los tribunales nacionales.
- 9.5 Puntos controvertidos entre los planos doctrinal y jurisprudencial.

9.1 INTRODUCCIÓN

En el capítulo que desarrollamos a continuación pretendemos analizar un grupo de resoluciones dictadas por el TJUE que tienen como nexo común el planteamiento de problemas relativos a la competencia judicial a la hora de articular la protección del consumidor.

En *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, IJDF Italy* y *Aqua Med* examinaremos cuestiones relativas a la competencia territorial, mientras que en *Nóra Baczó* trataremos cuestiones sobre la competencia objetiva por razón de la materia. En todos los casos, nos encontramos ante aspectos de suma importancia a la hora de acudir al amparo de un tribunal más cercano o lejano al justiciable, lo que lleva aparejado un determinado grado de dificultad para iniciar el procedimiento judicial hasta el punto de que puede disuadir al justiciable de emprender dicha vía.

Cuestión diametralmente opuesta es la ventilada en *Freiburger Kommunalbauten* al examinarse el reparto de funciones entre TJUE y jueces nacionales en el juicio de abusividad, correspondiendo al Tribunal de Justicia la

competencia de establecer los criterios generales a seguir en el proceso para la determinación de la eventual naturaleza abusiva de una cláusula y a los jueces nacionales la precisa calificación como abusiva o no de la cláusula controvertida.

9.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL RELATIVO A LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Pasamos a analizar tres resoluciones dictadas por el TJUE cuyo tema central está constituido por normas procesales nacionales sobre competencia territorial, con la particularidad que en la primera de ellas, al tratarse de una acción de cesación ejercitada por una asociación de consumidores, el TJUE debe evaluar una cuestión tan sensible como es si dichas organizaciones, en la medida en que están dirigidas a fin de garantizar la protección de los consumidores, deben tener los mismos privilegios que estos.

Caso 107. *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*¹: Compatibilidad con la Directiva 93/13 de la obligación por parte de la asociación de consumidores de presentar la acción de cesación ante el juez del establecimiento o domicilio del profesional demandado.

Hechos. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre la Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León y la empresa Anuntis Segundamano España, S. L. (ASE) en relación con una acción de cesación para que se declarase la nulidad de algunas de las condiciones de uso que figuraban en el portal de Internet de dicha sociedad y que se condenase a ASE a eliminar dichas disposiciones y a abstenerse de utilizarlas en el futuro².

¹ Asunto C-413/12. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de diciembre de 2013. Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León contra Anuntis Segundamano España, S. L. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Salamanca, EU: C:2013:800. El Abogado General Paolo Mengozzi presentó sus conclusiones el 5 de septiembre de 2013.

² La asociación de consumidores tenía su sede en Salamanca y contaba con ciento diez miembros siendo su ámbito de actuación la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sin que estuviera integrada en una asociación nacional. La empresa demandada en el procedimiento principal tenía su domicilio en Barcelona y se dedicaba a la gestión de un portal de anuncios en internet. El Juzgado de 1.ª instancia núm. 4 y de lo Mercantil de Salamanca se declaró incompetente por considerar que en base a normativa procesal española el tribunal competente para conocer de las acciones de cesación ejercitadas en defensa de los intereses colectivos de los consumidores es el del lugar donde el demandado tenga su establecimiento o el de su domicilio. La asociación de consumidores recurrió la resolución ante la Audiencia Provincial de Salamanca y esta planteó la petición de decisión prejudicial que contenía dos preguntas.

El TJUE consideró que debía examinar conjuntamente las dos cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Salamanca entendiendo que el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si la Directiva 93/13 y los principios de equivalencia y de efectividad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa procesal nacional según la cual, en materia de acciones de cesación ejercitadas por las asociaciones de protección de los consumidores, por una parte, tal acción debe interponerse ante los tribunales del lugar donde el demandado tiene su establecimiento o su domicilio y, por otra parte, no cabe recurso de apelación contra la resolución por la que un órgano jurisdiccional de primera instancia declara su falta de competencia territorial.

Doctrina. El TJUE expuso que la Directiva 93/13 no incluye ninguna disposición que permita determinar el órgano jurisdiccional territorialmente competente para conocer de las acciones de cesación interpuestas por las asociaciones de protección de los consumidores, en interés de estos y de los competidores profesionales, contra el uso de cláusulas abusivas. Esta Directiva no regula tampoco la cuestión del número de instancias en el caso de las resoluciones de falta de competencia territorial, sin perjuicio de la obligación de los Estados miembros de velar para que, en sus ordenamientos jurídicos nacionales, existan medios adecuados y eficaces a fin de que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores y de que dichos medios deban incluir disposiciones que permitan a las organizaciones de defensa de los intereses de los consumidores acudir con ese fin, según el Derecho nacional, a los órganos judiciales o administrativos competentes.

En el mismo sentido, esta vez remitiéndose a las conclusiones del Abogado General Mengozzi³, el TJUE señaló que ni la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1988, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, ni la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que la sustituyó, regulan la cuestión del número de instancias que los Estados miembros deberían establecer por lo que respecta a las resoluciones de falta de competencia territorial en materia de acciones de cesación a disposición de las asociaciones de protección de los consumidores, ni tampoco establecen reglas atributivas de la competencia territorial respecto a las acciones de cesación en materia de protección de los

³ Asunto C-413/12. Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 5 de septiembre de 2013.

intereses de los consumidores⁴. Por tanto, como es de rigor, al tratarse de una cuestión regulada por el Derecho procesal interno, el TJUE procedió a efectuar el test de equivalencia y efectividad, observando que no dispone de ningún dato que permita hacer dudar de la conformidad con el principio de equivalencia de las normas procesales controvertidas en el procedimiento principal⁵.

En relación al principio de efectividad, el TJUE se refiere al argumento relativo a que la remisión de la acción de cesación objeto del procedimiento principal a otro órgano jurisdiccional, más alejado del domicilio de la asociación de consumidores, podía suponer considerables inconvenientes para dicha asociación, en el sentido de que, debido a la lejanía geográfica del órgano jurisdiccional competente para conocer de su acción, la referida asociación se exponía a tener que renunciar a esta por motivos económicos. El TJUE considera que no se puede responsabilizar a la norma interna de estos inconvenientes, sino a la situación económica de la asociación.

Siguiendo también lo argumentado por el Abogado General, el TJUE asevera que las normas procesales relativas a la estructura de los recursos internos y al número de instancias han de responder al servicio del interés general en la buena administración de la justicia y de la previsibilidad, debiendo prevalecer sobre los intereses particulares.

El TJUE viene a sostener que la entidad actora no se va a quedar sin acción por la declaración de incompetencia del juzgado de Salamanca, sino que el procedimiento se conocerá en el juzgado del domicilio de la demandada sin que sea necesaria la comparecencia física de la asociación en todas las fases del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de obtención del beneficio de la justicia gratuita⁶.

También se refiere al hecho de que no se trata de un litigio transfronterizo por lo que no resulta de aplicación la sentencia *Henkel*⁷ en la que se establecía que la eficacia de las acciones de cesación del uso de cláusulas ilícitas previstas en el artículo 7 de la Directiva 93/13 se vería considerablemente afectada si tales acciones pudiesen ejercitarse únicamente en el Estado en el que el comerciante tiene su domicilio social⁸.

⁴ Asunto C-413/12. STJUE de 5 de diciembre de 2013, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, apdo. 29.

⁵ *Ibid.*, apdos. 30 a 33.

⁶ *Ibid.*, apdos. 42 y 43.

⁷ Asunto C-167/00. STJUE de 1 de octubre de 2002. Verein für Konsumenteninformation contra Karl Heinz Henkel. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof de Austria, EU: C:2002:555.

⁸ Asunto C-413/12. STJUE de 5 de diciembre de 2013. *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, apdos. 46 y 47.

Aborda el TJUE la cuestión de la equiparación de las asociaciones de protección de los consumidores con los consumidores mismos a los efectos de la Directiva 93/13, sugerida por el órgano jurisdiccional remitente. Al respecto, señala el TJUE que las asociaciones de consumidores no se encuentran en situación de inferioridad respecto a los profesionales⁹.

Esa puede ser la clave para el TJUE, puesto que a continuación el TJUE manifiesta que, sin negar la importancia del papel fundamental que deben poder desempeñar las asociaciones para lograr un elevado nivel de protección de los consumidores en el seno de la Unión Europea, una acción de cesación que enfrente una asociación con un profesional no se caracteriza por el desequilibrio que existe en el contexto de un recurso individual en el que estén implicados un consumidor y el profesional con el que contrata¹⁰.

Se apoya el TJUE en lo dispuesto por las Directivas 98/27 y 2009/22, con arreglo a las cuales los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el demandado tiene su establecimiento o su domicilio son los competentes para conocer de las acciones de cesación ejercitadas por las asociaciones de protección de los consumidores de otros Estados miembros en caso de infracción intracomunitaria de la normativa de la Unión en materia de protección de los consumidores¹¹.

En definitiva, el TJUE declara que las normas procesales controvertidas en el procedimiento principal no hacen imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de una acción de cesación interpuesta por una asociación de protección de los consumidores, ni ponen en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13¹².

Por ello, el TJUE responde a las cuestiones planteadas que la Directiva 93/13 y los principios de efectividad y de equivalencia deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el procedimiento principal, según la cual, en materia de acciones de cesación ejercitadas por las asociaciones de protección de los consumidores, por una parte, tal acción debe interponerse ante los tribunales del lugar donde el demandado tiene su establecimiento o su domicilio y, por otra parte, no cabe recurso de apelación contra la resolución por la que un órgano jurisdiccional de primera instancia declara su falta de competencia territorial¹³.

⁹ *Ibid.*, apdo. 49.

¹⁰ *Ibid.*, apdo. 50.

¹¹ *Ibid.*, apdo. 51.

¹² *Ibid.*, apdo. 52.

¹³ *Ibid.*, apdo. 53.

Comentarios. Un primer aspecto planteado por la Audiencia Provincial de Salamanca al TJUE es si la protección conferida por la Directiva 93/13 le permite conocer sobre el recurso de apelación interpuesto por la asociación de consumidores. Parte esta cuestión de lo que parece ser un error del juzgado de la instancia. Es decir, si el artículo 67.1 LEC¹⁴ establece claramente la imposibilidad de formular recurso contra los autos que resuelven sobre la competencia territorial no alcanzamos a comprender cómo el juzgado de la instancia al dictar el auto denegando su competencia territorial señaló que cabía interponer contra dicha resolución recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Parece claro que el juzgado de la instancia no tiene ninguna duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión, sino que comete un patente error al determinar la posibilidad de recurrir su resolución en apelación cuando la LEC en su artículo 67.1 veda esa posibilidad. El juzgado de la instancia debía haber declarado que su decisión era firme y contra ella no cabía recurso alguno en base al artículo 67.1 LEC y en el eventual supuesto de que la asociación de consumidores hubiera interpuesto recurso de apelación, debería haber declarado la inadmisibilidad del recurso¹⁵. Por tanto, beneficiada por ese error del juzgado de la instancia, la Audiencia plantea sus dudas al TJUE.

El TJUE va analizando en su sentencia las dos cuestiones planteadas paralelamente a pesar de que, desde nuestro punto de vista, merecen un tratamiento diferenciado.

Respecto de esa primera duda sobre la compatibilidad con la Directiva 93/13 del artículo 67.1 LEC o, dicho de otro modo, que no quepa recurso de apelación contra la resolución por la que un órgano jurisdiccional de primera instancia declara su falta de competencia territorial en un asunto de consumidores, la respuesta del TJUE era bastante predecible. Correspondiendo esta materia al ordenamiento jurídico interno con arreglo al principio de autonomía procesal, basta que el citado precepto no infrinja el principio de equivalencia ni el de efectividad, resultando bastante evidente que no los vulnera puesto que se aplica también a asuntos donde la legislación interna es la única aplicable y el hecho de que no se pueda acudir a una segunda instancia no conlleva que se esté infringiendo ni el principio de efectividad ni el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁴ Artículo 67 LEC: «Recursos en material de competencia territorial. 1. Contra los autos que resuelvan sobre la competencia territorial no se dará recurso alguno».

¹⁵ Como ejemplo de aplicación por nuestros tribunales del artículo 67.1 LEC puede citarse, entre otras resoluciones, el auto núm. 247/2011 de 26 de septiembre dictado por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Toledo (ES: AP: TO:2011:132A), que a su vez se remite a sentencias de otras audiencias provinciales.

Lo que puede ser más controvertido es la solución dada por el TJUE a la segunda duda de la Audiencia Provincial y, sobre todo, la premisa sobre la que se sostiene dicha respuesta, consistente en que las asociaciones no se encuentran en situación de inferioridad respecto a los profesionales.

Desde nuestro punto de vista, puede sostenerse la postura contraria en el sentido de que las asociaciones sí se encuentran en una situación de inferioridad con relación a los profesionales.

El Abogado General declara que el Derecho de la Unión no exige que el trato procesal privilegiado reservado a los consumidores se amplíe a las asociaciones de protección de consumidores¹⁶.

No obstante, a nuestro modo de ver, existirían argumentos oponibles a lo manifestado por el Abogado General y suficientes para sostener una solución contraria a la dada por el TJUE en base a lo dispuesto por el artículo 7.2 de la Directiva 93/13, con arreglo al cual, «los medios contemplados en el apartado 1 del mismo artículo incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales [...], tienen carácter abusivo[...]». Además, el artículo 7.2 de la Directiva se ve reforzado por el considerando 23 de la misma.

Podría argumentarse que al poner al mismo nivel profesionales y asociaciones de consumidores el TJUE no confiere la importancia adecuada a la labor de las asociaciones de consumidores en pos de lograr el objetivo de alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores dispuesto por el artículo 169 TFUE y el artículo 38 de la Carta.

En nuestra opinión, es ciertamente difícil escoger entre ambas opciones ya que la casuística demuestra que en muchos casos la empresa tendrá más medios que la asociación y en otros, mucho menos frecuentes, será al contrario. No es lo mismo una asociación de consumidores con implantación a nivel nacional que una con un número pequeño de miembros con una ubicación local. En estos casos, contratar un abogado en una gran ciudad como, por ejemplo, Madrid o Barcelona, o que el abogado de la asociación efectúe el desplazamiento suponen gastos adicionales que pueden disuadir a la asociación de iniciar las acciones.

Es de añadir que la regulación actual de la LEC al respecto no ha cambiado y quizá, como solución de futuro, en aras de conseguir el objetivo del 6.1

¹⁶ Asunto C-413/12. Conclusiones del Abogado General, apdo. 49.

de la Directiva 93/13 y a la luz de los apartados primero y segundo del artículo 7 del mismo texto legal, el legislador español podría introducir una norma en la legislación procesal que facilitase una solución más equitativa que la actual. Podría incluir como supuestos en los que la competencia corresponda al tribunal del lugar del domicilio de la actora tanto aquellos en los que esta sea una asociación de protección de consumidores con un número de asociados inferior a un determinado límite (por ejemplo, a 5.000 ¹⁷) como aquellos en los que la demandada sea una empresa que entre dentro de la categoría de gran empresa, de forma que en el resto de los supuestos será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento, y, a falta de este, el de su domicilio y si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio de la parte actora.

Somos conscientes de los inconvenientes de una previsión legislativa tan minuciosa. Sin embargo, nos inclinamos por considerar que, en contra de la opinión del TJUE, la solución actual de nuestro legislador no está en consonancia con el artículo 7.2 de la Directiva 93/13 ni tampoco facilita la consecución del objetivo del cese del uso de cláusulas abusivas. Dada la posibilidad de los Estados miembros de prever disposiciones más estrictas a fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, seríamos partidarios de que nuestro legislador dispusiese la posibilidad de que las acciones de cesación fueran interpuestas en el juzgado del domicilio de la asociación de consumidores litigante.

No sería necesario dotar el mismo régimen procesal a las acciones individuales que a las colectivas ya que es admisible sostener –como viene a decir el TJUE– que no existe el mismo desequilibrio entre el profesional y el consumidor individual que entre el profesional y la asociación de consumidores. Pero cabe señalar que tampoco están en una posición de igualdad. Es una quimera pensar que en una acción de cesación la asociación se encuentra en una situación de equilibrio con respecto al profesional. En la inmensa mayoría de las ocasiones el profesional va a disponer de muchos más medios para litigar que la asociación y, sin embargo, con nuestra regulación actual, la asociación tendrá que irse a pleitear al juzgado del profesional, lo que en muchas ocasiones supondrá unos inconvenientes inasumibles por la asociación.

Es más, propugnamos un cambio de mentalidad en los legisladores nacionales que se materialice en la introducción de disposiciones que tengan en

¹⁷ Para tener una idea del número de socios de una asociación de consumidores con fuerte implantación podemos señalar que, según su memoria del año 2020, a 31 de diciembre de 2020, Facua disponía de 52.204 asociados individuales de pleno derecho al corriente de pago de sus cuotas (*vid.* <https://www.facua.org/es/documentos/memoria2020.pdf>).

cuenta el desequilibrio existente entre profesionales y asociaciones de consumidores y traten de corregirlo, previendo, entre otras circunstancias, que las asociaciones puedan pleitear contra los profesionales en el fuero del domicilio de las primeras. Todo ello viene plenamente justificado por el objetivo de conseguir el cese de las cláusulas abusivas y de elevar el nivel de protección de los consumidores y se encuentra amparado, entre otras normas, por el artículo 7.2 y por el considerando vigesimotercero de la Directiva 93/13.

Caso 108. *IJDF Italy*¹⁸⁻¹⁹: La Directiva 93/13 no es aplicable en el contexto de un litigio relativo a la determinación de la competencia jurisdiccional concerniente a asuntos conexos, ya que, según el TJUE, dicho litigio no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Hechos. La cuestión prejudicial fue presentada en el contexto de un procedimiento entre el profesional IJDF Italia Srl y los consumidores Sra. Violeta Fernando Dionisio y Sr. Alex Del Rosario Fernando sobre la ejecución de un contrato de crédito para consumo²⁰.

Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13, el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y el artículo 47 de la Carta se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal que, en presencia de casos relacionados, como una reclamación contra un fiador ejercitada juntamente con la reclamación al deudor principal, establece que estos casos se encomiendan al mismo tribunal,

¹⁸ Asunto C-344/17. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 30 de noviembre de 2017, IJDF Italia Srl contra Violeta Fernando Dionisio y Alex Del Rosario Fernando. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Turín. EU: C:2017:924. Este asunto fue juzgado mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Tanchev, al que le fue asignado.

¹⁹ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas italiano y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

²⁰ IJDF Italia presentó ante el Tribunal de Turín una demanda en virtud de los artículos 633 ss. del Código de Procedimiento Civil, a fin de que se emitiera, sin que se oyese a la parte contraria, un requerimiento de pago contra la Sra. Fernando Dionisio, como deudor principal, y el Sr. Del Rosario Fernando, como avalista, en virtud de un contrato de crédito al consumo celebrado en Turín el 29 de septiembre de 2012. Según el tribunal remitente, las dos personas afectadas por el requerimiento de pago tienen la condición de consumidor y IJDF Italia tiene la condición de profesional, en virtud del artículo 3 del Decreto Legislativo num. 206/2005. El contrato de que se trata no contiene disposiciones específicas sobre competencia territorial. Según los documentos aportados, la deudora principal reside en el ámbito territorial de la jurisdicción del tribunal remitente, pero el fiador reside en Milán, es decir, fuera de la jurisdicción territorial del tribunal que conoce el asunto. Mediante resolución dictada sin oír a los demandados el 31 de marzo de 2017, el órgano jurisdiccional remitente planteó de oficio la cuestión de su competencia territorial, en relación con la demanda contra el fiador señor Del Rosario Fernando, por considerar que no era el foro del consumidor. Teniendo dudas el juzgado remitente sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteó cuestión prejudicial.

incluso si la competencia jurisdiccional para conocer de esta acción relativa al fiador se asigna a una jurisdicción en la que no se encuentra la residencia o el domicilio principal del consumidor en cuestión.

Doctrina. De entrada, señala el TJUE que la cuestión planteada, en la medida en que se refiere a la interpretación de la Directiva 93/13, no se refiere a las cláusulas del contrato controvertido en el litigio principal, sino a los efectos de la aplicación de la legislación nacional pertinente, según la interpretación de la Corte suprema di cassazione (Tribunal de Casación, Italia), relativa a la concentración de la competencia judicial en el caso de acciones conexas. A este respecto, en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente no se refiere a ninguna cláusula contractual del contrato controvertido en el litigio principal que pueda calificarse de abusiva. Además, de la resolución de remisión se desprende que ninguna de las disposiciones nacionales allí mencionadas está incluida en dicho contrato. En segundo lugar, observa el TJUE que las disposiciones nacionales a las que se refiere la resolución de remisión no se refieren al alcance de las competencias del órgano jurisdiccional nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, sino que determinan una norma de competencia jurisdiccional. No obstante, en la medida en que la Directiva 93/13 pretende prohibir la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los comerciantes con los consumidores, las disposiciones nacionales a las que se refiere la petición de decisión prejudicial no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.

A ello, añade el TJUE que, por lo que respecta a los principios del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y el equilibrio contractual, cabe señalar que la Directiva 93/13 busca garantizar el cumplimiento de estos principios eliminando los contratos celebrados en condiciones abusivas con los consumidores como manifestación de un desequilibrio entre las partes contratantes. Observa el TJUE que, como ya ha señalado, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Por tanto, estos principios, que subyacen a dicha Directiva, no pueden invocarse en las circunstancias controvertidas en el litigio principal. Dado que la Directiva 93/13 no es aplicable en el marco del procedimiento principal y a falta de indicación en la resolución de remisión sobre la pertinencia de otras disposiciones del Derecho de la Unión, el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo y el artículo 47 de la Carta tampoco pueden ser invocados.

Por todo ello, concluye el TJUE que la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el artículo 19 TUE,

apartado 1, párrafo segundo, y el artículo 47 de la Carta deben interpretarse en el sentido de que no son aplicables en el contexto de un litigio relativo a la determinación de la competencia jurisdiccional concerniente a asuntos conexos, ya que dicho litigio no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13²¹.

Comentarios. Esta resolución ejemplifica el diverso tratamiento dado por el TJUE a problemas similares. En unos casos se considera que no es competente –y así lo señala literalmente– al entender que el litigio no entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, en otras ocasiones –como en esta– no habla de incompetencia del TJUE, pero sí de que la Directiva 93/13 no es aplicable en el contexto del litigio y en otros supuestos comprueba que no se infringen los principios de equivalencia y efectividad y concluye que la normativa nacional es compatible con el Derecho de la Unión. Quizá esta última alternativa hubiera sido la más adecuada ya que, a nuestro modo de ver, parece que el litigio sí entra dentro del ámbito de la Directiva 93/13 al tratarse de una reclamación por un préstamo al deudor principal –consumidor– y al fiador, que también tiene la condición de consumidor al ser persona física actuando con propósito ajeno a su actividad profesional, tal como lo ha declarado el propio TJUE en resoluciones como los autos dictados en los asuntos *Tarcau* y *Dumitras*. Por tanto, el litigio, como tal, entraría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, si bien la cuestión procedimental dilucidada puede entenderse que afecta a la organización jurisdiccional del Estado miembro. Contemplado el asunto desde otra perspectiva, la cuestión controvertida afecta a las facultades del juez nacional para llevar a cabo la apreciación de la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas del contrato controvertido por lo que ello conlleva que nos situamos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Es decir, en la medida en que estamos discutiendo la competencia territorial del juez para conocer del asunto, desde nuestro punto de vista, ello afecta a sus facultades para realizar el juicio de abusividad y, consecuentemente, nos moveríamos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Es evidente que la cuestión planteada por el tribunal de Turín tenía poco o nulo recorrido porque pretender que se demande en juzgados distintos al deudor principal y al fiador de la misma relación obligatoria no parece una

²¹ Es nuestra traducción de la declaración final del TJUE contenida en el apartado 35 del auto y que literalmente reza: «La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE et l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne trouvent pas à s'appliquer dans le cadre d'un litige relatif à la détermination de la compétence juridictionnelle concernant des affaires connexes, dès lors que ledit litige ne relève pas du champ d'application de la directive 93/13».

medida mínimamente razonable en cualquier sistema judicial. Parece patente que obligar a que se demande ante el mismo juez al deudor principal y al fiador –aunque ambos sean consumidores– de la misma relación obligatoria obedece a principios de economía procesal y a evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones relacionadas por lo que en ningún caso debería entenderse que infringe el derecho a la tutela judicial efectiva ni el principio de efectividad.

Caso 109. *Aqua Med*²²: Las normas procesales polacas que permiten al profesional demandante elegir, en el caso de una demanda en la que se alega el incumplimiento de un contrato por parte del consumidor, entre el órgano judicial competente del domicilio del demandado y el del lugar de ejecución del contrato, son compatibles con la Directiva 93/13, salvo que la elección del lugar de cumplimiento del contrato suponga para el consumidor condiciones procesales que puedan restringir excesivamente el derecho a la tutela judicial efectiva que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.

Hechos. A resultas del impago de un colchón y varios elementos complementarios adquiridos mediante un contrato de compraventa celebrado fuera del establecimiento por una empresa polaca con la consumidora Sra. Skóra, se plantea un problema de competencia territorial ya que la empresa demanda a la consumidora en el juzgado de su domicilio social²³.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva una cláusula

²² Asunto C-266/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de abril de 2019. *Aqua Med* sp. z o.o. contra Irena Skóra, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Sąd Okręgowy w Poznaniu (Tribunal Regional de Poznan, Polonia), EU: C:2019:282. Este asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. E. Tachev, al que le fue asignado el mismo.

²³ El profesional demanda a la consumidora en el juzgado de su domicilio social en aplicación de una cláusula del contrato que rezaba: «el órgano judicial competente para conocer de los litigios que puedan surgir entre las partes será aquel que tenga competencia en virtud de las disposiciones vigentes». *Aqua Med* considera que el litigio en cuestión está comprendido en la competencia territorial de dicho tribunal en virtud del artículo 34 del Código de procedimiento civil polaco, con arreglo al cual la acción por la que se reclama el cumplimiento de un contrato debe presentarse ante el tribunal del lugar del cumplimiento. Según *Aqua Med*, el pago debía efectuarse, en virtud del artículo 454 del Código civil, mediante transferencia a su cuenta bancaria, en su domicilio social. El Tribunal de Distrito de Nowy Tomysl que conocía la demanda interpuesta por el profesional se declaró de oficio incompetente remitiendo el asunto al tribunal de distrito correspondiente al domicilio de la consumidora demandada. *Aqua Med* interpuso recurso de apelación contra la resolución del tribunal de primera instancia ante el Tribunal Regional de Poznan, alegando la infracción de la normativa nacional y la aplicación errónea del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

contractual, como la controvertida en el litigio principal, que efectúa, en lo que atañe a la determinación de la competencia judicial para conocer de los litigios que puedan surgir entre las partes del contrato, una remisión al Derecho nacional aplicable. El TJUE reformula la segunda pregunta considerando que el juez remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas de procedimiento, a las que remite una cláusula del contrato, que permiten al profesional elegir, en caso de una demanda en la que se alega el incumplimiento de un contrato por parte del consumidor, entre el órgano judicial competente del domicilio del demandado y el del lugar de cumplimiento del contrato.

Doctrina. En primer lugar, aclara el TJUE los dos requisitos que han de concurrir para que el 1.2 de la Directiva 93/13 entre en juego: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y esa disposición debe ser imperativa. Corresponde al TJUE determinar los criterios que permitan resolver el asunto, pero al juez nacional comprobar si se cumplen los requisitos. La excepción del artículo 1.2 hay que interpretarla de forma restrictiva²⁴.

Descendiendo al caso en cuestión, expone el TJUE que la cláusula controvertida del contrato está redactada en términos muy generales, de tal modo que, por un lado, cabe preguntarse por su utilidad, ya que remite a las disposiciones nacionales, las cuales, como precisa el tribunal remitente, se aplican con independencia de la existencia de la cláusula en cuestión. Por otro lado, la citada cláusula no refleja, propiamente hablando, una disposición nacional específica, ya que las disposiciones nacionales a las que remite prevén un conjunto de reglas para determinar la competencia judicial, pudiendo el profesional elegir la que le resulte más favorable²⁵.

Observa el TJUE que, aunque la cláusula controvertida en el litigio principal remite a la normativa nacional, la presunción de que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos no puede justificar una exclusión de tal cláusula del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En efecto, se trata, en un caso de este tipo, de apreciar la formulación de la cláusula contractual y sus efectos sobre las expectativas del consumidor. Habida cuenta de la interpretación estricta de la excepción establecida en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, de las consideraciones anteriores, deduce el TJUE que no puede

²⁴ Asunto C-255/18. STJUE de 3 de abril de 2019, *Aqua Med*, apdos. 31 a 34.

²⁵ *Ibid.*, apdo. 35.

entenderse que una cláusula como la controvertida en el litigio principal sea el reflejo de una disposición nacional²⁶.

Responde el TJUE a la primera pregunta declarando que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no está excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva una cláusula contractual, como la controvertida en el litigio principal, que efectúa una remisión general al Derecho nacional aplicable en lo que atañe a la determinación de la competencia judicial para conocer de los litigios que puedan surgir entre las partes del contrato²⁷.

En relación con la segunda pregunta indica el TJUE que del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 en relación con su vigesimocuarto considerando se desprende que los Estados miembros deben velar por que los órganos judiciales y las autoridades administrativas cuenten con medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. También recuerda el TJUE el interés público que constituye la protección de consumidores. Entrando ya a analizar la cuestión de la competencia territorial para los litigios de consumidores, declara el TJUE que la Directiva 93/13 no contiene disposición expresa alguna que determine el órgano judicial territorialmente competente²⁸. Se refiere el TJUE a que en materia de litigios transfronterizos se aplica el artículo 18.3 del Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que dispone que los órganos jurisdiccionales con competencia internacional para conocer de la acción interpuesta contra el consumidor por la otra parte en el contrato son los del Estado miembro del domicilio del consumidor, pero, lógicamente, dicho precepto no es de aplicación porque no estamos ante un litigio transfronterizo²⁹.

En esa situación el TJUE señala que el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que garanticen una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la

²⁶ *Ibid.*, apdos. 36 y 37.

²⁷ *Ibid.*, apdo. 38.

²⁸ *Ibid.*, apdo. 44.

²⁹ *Ibid.*, apdo. 45.

Carta. Vemos que el TJUE se remite a *Profi Credit Polska*³⁰, sentencia en la que –a diferencia de la Abogado General Sra. Kokott en sus conclusiones– el TJUE no se refería al principio de efectividad sino al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta.

En relación al principio de equivalencia el TJUE no observa indicios de incumplimiento³¹ por lo que se centra en el respeto de la tutela judicial efectiva.

Por lo que se refiere a la tutela judicial efectiva, observa el TJUE que ha de extenderse tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el Derecho de la Unión como a la definición de la regulación procesal de tales demandas. Así, el juez nacional deberá, en este contexto, determinar si la disposición procesal nacional garantiza la tutela judicial efectiva y llevar a cabo tal apreciación teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición procesal en el conjunto del procedimiento, el desarrollo de este y sus particularidades ante los distintos órganos nacionales. Continúa el TJUE su análisis afirmando que procede comprobar, en una situación como la del litigio principal, en qué medida las disposiciones del Derecho nacional en materia de competencia judicial reducen excesivamente el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva o el ejercicio de los derechos que les confiere la Directiva 93/13³².

Procede el TJUE a analizar la disposición nacional que prevé, con carácter alternativo, la competencia del órgano judicial del lugar de cumplimiento de un contrato de consumo, afirmando que no implica en sí misma una restricción excesiva del derecho del consumidor a la tutela judicial efectiva.

En efecto, tal competencia no excluye la posibilidad de que el consumidor participe en el proceso iniciado contra él y alegue oportunamente los derechos que le confiere la Directiva 93/13. Además, todos los tribunales están obligados a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales de un contrato entre un profesional y un consumidor y a adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. Completa su análisis el TJUE manifestando que entre estos medios adecuados y eficaces que deben garantizar a los consumidores la tutela judicial efectiva ha de figurar la posibilidad de participar en un proceso basado en una demanda presentada contra él por un profesional, en condiciones procesales razonables, de manera que no existan requisitos –especialmente de

³⁰ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018. *Profi Credit Polska*.

³¹ Asunto C-255/18. STJUE de 3 de abril de 2019. *Aqua Med*, apdos. 47 y 48.

³² *Ibid.*, apdos. 49 a 51.

plazo o relacionados con los gastos o la distancia— que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por la Directiva 93/13³³.

Continúa el TJUE ese trascendental punto exponiendo que unas modalidades procesales que impliquen costes demasiado elevados para el consumidor podrían tener como consecuencia que fuera disuadido de intervenir oportunamente en la defensa de sus derechos ante el órgano judicial al que acuda el profesional. Es lo que podría suceder si la elección de un órgano judicial muy alejado del domicilio del consumidor implicara para este costes de desplazamiento demasiado elevados que le pudieran disuadir de personarse en el proceso iniciado contra él, remitiéndose el TJUE a la sentencia, *Baczó y Vizsnyiczai*³⁴. Finaliza esa consideración el TJUE manifestando que incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si es lo que sucede en el asunto principal³⁵.

Concluye el TJUE declarando que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a unas normas procesales, a las que remite una cláusula del contrato, que permiten al profesional elegir, en el caso de una demanda en la que se alega el incumplimiento de un contrato por parte del consumidor, entre el órgano judicial competente del domicilio del demandado y el del lugar de ejecución del contrato, salvo que la elección del lugar de cumplimiento del contrato suponga para el consumidor condiciones procesales que puedan restringir excesivamente el derecho a la tutela judicial efectiva que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional³⁶.

Comentarios. La postura del TJUE con relación a la interpretación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 tiene toda su lógica. No puede estar excluida una cláusula de esa índole de la protección de la Directiva 93/13 porque entonces a los profesionales les bastaría con hacer remisiones genéricas a determinadas leyes que les conviniesen para burlar los derechos de los consumidores, contando con la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13. Este precepto solo cubre cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias que sean imperativas o supletorias, pensando en materias donde el legislador nacional ya ha conferido al consumidor la pertinente protección al redactar la norma legal o reglamentaria imperativa (o supletoria, con arreglo al considerando decimotercero) que es la que es objeto de «copia» o «reflejo» en la cláusula contractual. Puede observarse fácilmente que ese no es el caso de la cláusula controvertida.

³³ *Ibid.*, apdos. 52 y 53.

³⁴ Asunto C-567/13. STJUE de 12 de febrero de 2015, *Baczó y Vizsnyiczai*.

³⁵ Asunto C-255/18. STJUE de 3 de abril de 2019. *Aqua Med*, apdos. 54 y 55.

³⁶ *Ibid.*, apdo. 56.

Al pasar a la solución dada a la segunda cuestión por parte del TJUE nuestra impresión es diferente. No nos ha parecido lo suficientemente contundente el TJUE en una cuestión tan sensible, germen –a través de la sentencia *Océano*³⁷– del nacimiento de la doctrina de la obligación del juez de actuar de oficio.

Nuestra crítica hacia la postura del TJUE se dirige en un doble sentido. En primer lugar, porque desde nuestro punto de vista no ha dado la solución más adecuada conforme a su propia doctrina y al Derecho de la Unión. En segundo lugar, porque al no sentar un criterio claro que pueda ser interpretado de manera uniforme por los jueces de la Unión Europea está creando inseguridad jurídica y actuando en contra de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

En cuanto a la primera crítica, sin perjuicio de lo que decida para el caso concreto el juez remitente, el TJUE acepta una regulación que permite que el profesional elija el lugar del cumplimiento de la obligación como lugar del pleito, lo que en muchos casos facilitará la búsqueda del lugar que más le convenga. Lógicamente, partimos de una disposición nacional que habla del fuero del cumplimiento de la obligación, pero es claro que en multitud de ocasiones el lugar del cumplimiento de la obligación coincide con el lugar de la sede social del profesional.

No hace falta incidir en lo importante que es para el consumidor el lugar en el que se desarrolla el pleito. Estamos hablando de un consumidor que generalmente está bastante justo de medios económico, de conocimientos, etc. El lugar del pleito determina en muchas ocasiones que el consumidor litigue o no lo haga y no se trata únicamente de kilómetros entre su domicilio y el juzgado. Esa diferencia de situación entre pleitear en el juzgado del domicilio del consumidor no se mide con distancia, sino que son muchas circunstancias. Así, en el lugar de su domicilio es más fácil que el consumidor acuda a su abogado habitual, que probablemente le va a cobrar más barato por esa relación profesional ya existente, se va a poder desplazar al juicio con mucha más facilidad –perderá menos horas de su trabajo–, tendrá menos gastos y un largo etcétera que ya tuvo en cuenta el TJUE en el año 2000 cuando dictó *Océano*.

Consideramos que supone un paso atrás en la protección del consumidor, incluso en relación con la propia legislación comunitaria que en materia de litigios transfronterizos obliga al profesional a demandar al consumidor en el domicilio de este (art. 18.3 del Reglamento 1215/2012).

A nuestro juicio, la protección efectiva del consumidor justifica que siempre tenga que ser demandado por el profesional en el lugar de su domicilio para

³⁷ Asuntos C-240/98 a C-244/98. STJUE de 27 de junio de 2000. *Océano Grupo Editorial*.

asegurar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor y esa, creemos, que tendría que haber sido la respuesta del TJUE.

En cuanto a la segunda crítica, el criterio del TJUE es «salvo que la elección del lugar de cumplimiento del contrato suponga para el consumidor condiciones procesales que puedan restringir excesivamente el derecho a la tutela judicial efectiva que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional».

Nos preguntamos cómo se puede medir «restringir excesivamente el derecho a la tutela judicial efectiva». El TJUE no está dando un criterio suficientemente concreto para que pueda ser puesto en práctica por los jueces nacionales de los diferentes Estados miembros de la Unión. Ir de Legnica (lugar del domicilio de la consumidora en el sur de Polonia) a Gdansk, probablemente será restringir el derecho a la tutela judicial efectiva, pero ir de Legnica a Poznan, ¿es restringir el derecho? ¿a cuántas horas en transporte público tiene que estar el domicilio del juzgado del lugar del cumplimiento de la obligación para entenderse que restringe el derecho a la tutela judicial efectiva?, ¿tiene la misma percepción de ese criterio un juez polaco que un juez estonio, por ejemplo? Las respuestas a estas preguntas nos llevan a considerar que la postura del TJUE no contribuye a una aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

Finalmente, llama la atención que en esta sentencia el TJUE se haya remitido a dos asuntos que fueron resueltos en sentido contrario. En *Profi Kredit Polska*, el TJUE constató que la norma nacional polaca no cumplía con el derecho a la tutela judicial efectiva mientras que en *Baczó y Vizsnyiczai*, donde se ventilaba la problemática de tener que acudir a un juzgado lejano al domicilio de la consumidora en aplicación de las reglas de competencia material, el TJUE consideró que la legislación húngara era compatible con el Derecho de la Unión, sin entrar a profundizar en el tema de las tasas judiciales lo que sí hizo en *Profi Kredit Polska*.

9.3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL RELATIVO A LA COMPETENCIA OBJETIVA POR RAZÓN DE LA MATERIA

A continuación, examinamos una única sentencia cuya temática versa sobre la posible incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la disposición procesal húngara que otorga a los tribunales provinciales el conocimiento de las acciones de declaración del carácter abusivo de una cláusula en el marco de un litigio en el que concurren determinadas circunstancias que parecen abocar a dicha incompatibilidad.

Caso 110. *Baczó y Vizsnyiczai*³⁸ (también referenciada como *Nóra Baczó*): Cumplimiento del principio de efectividad por parte de la norma procesal húngara de atribución a los tribunales provinciales de la competencia para las acciones de declaración de naturaleza abusiva de las cláusulas.

Hechos. La petición fue presentada en el marco de un litigio instado por la Sra. Baczó y el Sr. Vizsnyiczai como parte demandante contra la entidad Raiffeisen Bank Zrt, como demandada, con la pretensión de que se declare la invalidez de un contrato de crédito inmobiliario y de la cláusula compromisoria que figura en él³⁹.

El Tribunal Provincial de Budapest formuló la remisión prejudicial que contenía dos preguntas, cuya redacción –desde nuestro punto de vista– no era clara, no estaba bien estructurada y ni siquiera hacía alusión a disposición alguna del Derecho de la Unión⁴⁰. El TJUE considera que debe examinar conjuntamente

³⁸ Asunto C-567/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de febrero de 2015. Nóra Baczó y otro contra Raiffeisen Bank Zrt. Petición de cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE de Fővárosi Törvényszék (Hungría). EU: C:2015:88. Este asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogado General Sra Kokott, a la que le fue asignado el mismo.

³⁹ En septiembre de 2007, la Sra. Baczó y el Sr. Vizsnyiczai, demandantes en el litigio principal, celebraron un contrato de crédito inmobiliario garantizado con una hipoteca con Raiffeisen Bank Zrt, una entidad bancaria húngara. Dicho contrato contenía una cláusula compromisoria en virtud de la cual los litigios derivados del contrato de crédito, salvo los relativos a los créditos pecuniarios, son de la competencia de un tribunal arbitral. En febrero de 2013, los demandantes en el litigio principal solicitaron al Tribunal central de distrito de Pest que declarara la nulidad de dicho contrato por su manifesta ilicitud, entre otras razones. A raíz de una petición de información complementaria dirigida por el juzgado, los demandantes solicitaron también que en virtud de la Directiva 93/13 y de determinada normativa interna se declarara nula la cláusula compromisoria que figura en dicho contrato. Habida cuenta de esta última pretensión y tras haber calificado el contrato de crédito inmobiliario de «contrato de adhesión», el juzgado local, mediante resolución de 6 de mayo de 2013, remitió el asunto al Tribunal de Budapest, en aplicación de un artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que los litigios que tienen por objeto que se declare la invalidez de cláusulas contractuales abusivas son de la competencia de los tribunales provinciales. Los demandantes en el litigio principal recurrieron en apelación dicha resolución, solicitando que se modificara y que se declarara la competencia del tribunal local. El órgano jurisdiccional remitente (Tribunal Provincial) precisó que, en virtud del artículo 23, apartado 1, letra k), de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el consumidor únicamente puede solicitar ante los tribunales provinciales la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato de adhesión como el del litigio principal, mientras que ese mismo consumidor, en posición de parte demandada en un procedimiento iniciado por el profesional ante un tribunal local, puede solicitar, por vía de excepción, que se declare el carácter abusivo de dicha cláusula. Según el órgano jurisdiccional remitente, sería razonable que el tribunal local también pudiera conocer de la pretensión de que se declare la invalidez de las cláusulas abusivas del mismo contrato. Dicho órgano jurisdiccional también considera que remitir al consumidor ante los tribunales provinciales puede ser perjudicial para este, en particular porque conlleva una tasa judicial más alta que debe abonar el demandante ante el Tribunal Provincial de Budapest (HUF 600.000, que en enero de 2016 equivalían a 1902 euros) que ante el juzgado local (HUF 350.000, que en enero de 2016 equivalían a 1.109,50 euros), pudiendo comprometer todo ello la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13.

⁴⁰ Es un claro ejemplo de una actitud eminentemente práctica por parte del TJUE. Ante dos preguntas farragosas y defectuosamente formuladas, en lugar de inadmitir la cuestión, reformula el contenido de esta, esforzándose por buscar la finalidad perseguida por el tribunal nacional. A continuación reproducimos el texto de las preguntas del tribunal remitente: «1) ¿Perjudica al consumidor el procedimiento

las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Budapest, reformulándolas. Considera el TJUE que, en esencia, dicho tribunal quiere saber si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma procesal nacional en virtud de la cual un tribunal local, competente para conocer de la acción de invalidez de un contrato de adhesión ejercitada por un consumidor, carece de competencia para conocer de la pretensión de dicho consumidor de que se declare el carácter abusivo de cláusulas contractuales contenidas en ese mismo contrato.

Doctrina. El TJUE tenía que contrastar el principio de autonomía procesal con los posibles inconvenientes causados a los consumidores por la aplicación de un determinado precepto de la legislación procesal húngara que excluye la posibilidad de que el tribunal local que estaba conociendo de la acción de declaración de nulidad del contrato de adhesión firmado por el consumidor, pudiera conocer de una acción de declaración del carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales formulada por el mismo consumidor.

En primer lugar, el TJUE recuerda que el mismo artículo 23, 1 letra k), de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya dio lugar al asunto *Joros*⁴¹, si bien matiza que este asunto se distingue de aquel por el hecho de que plantea la cuestión de si el propio consumidor, como parte demandante, debería tener la posibilidad de invocar, además de la invalidez de un contrato que está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de cláusulas contractuales contenidas en él, pese a que exista una regla para determinar la competencia que le obliga a formular tal pretensión ante otro tribunal nacional. Observa el TJUE que la Directiva 93/13 no contiene ninguna disposición expresa que determine el tribunal competente para conocer de las demandas de los consumidores que tengan por objeto que se declare la invalidez de tales cláusulas abusivas, por lo que la situación se regula por la normativa procesal interna en virtud del principio de autonomía procesal, debiendo superar dicha normativa el test de equivalencia y efectividad⁴².

judicial en el que el demandante en un litigio ante el tribunal local para que se declare la invalidez de un contrato (condiciones generales de la contratación), también solicita, en su demanda, que se declare abusiva una cláusula del contrato objeto del litigio, determinando con ello la competencia de otro tribunal, el tribunal provincial (törvényszék)[?] En efecto, en el litigio iniciado por la otra parte contratante, el consumidor puede invocar ante el tribunal local el carácter abusivo de una cláusula contractual, mientras que la remisión al tribunal provincial grava al consumidor con tasas de mayor importe. 2) ¿Se equilibraría la situación si el consumidor también pudiera invocar, en el procedimiento iniciado por él ante el tribunal local para que se declare la invalidez del contrato, el carácter abusivo de determinadas cláusulas de éste, sin que por ello dejara de ser competente el mismo tribunal local[?].»

⁴¹ Asunto C-397/11. STJUE de 30 de mayo de 2013. *Joros*.

⁴² Asunto C-567/13. STJUE de 12 de febrero de 2015. *Nóra Baczó*, apdos. 35 a 42.

En relación con el principio de equivalencia, el TJUE señala, entre otros extremos, que la competencia de los tribunales provinciales para conocer de las demandas presentadas por motivos basados en el Derecho de la Unión no debe considerarse necesariamente una norma procesal que pueda calificarse de «desfavorable». Así, según el TJUE, la designación de tales tribunales, en menor número y con mayor rango que los tribunales locales, puede favorecer una administración de la justicia más homogénea y especializada en los asuntos que versan sobre las normas que emanan de la Directiva 93/13⁴³. Por lo que respecta a los mayores gastos judiciales a que el demandante podría tener que hacer frente ante los tribunales provinciales, según el TJUE no puede deducirse únicamente de este hecho que el examen por dichos tribunales de un asunto como el litigio principal viole el principio de equivalencia, ya que tal interpretación supondría medir exclusivamente en términos de gastos la equivalencia entre, por una parte, la protección de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y, por otra parte, la protección de los derechos que les confiere el Derecho nacional, ignorando indebidamente las ventajas que pudiera tener el procedimiento establecido para las demandas basadas en el Derecho de la Unión, como son las mencionadas en el apartado anterior de la presente sentencia.

De todo ello, deduce el TJUE que no puede considerarse que el artículo 23, apartado 1, letra k), de la Ley de Enjuiciamiento Civil húngara viole el principio de equivalencia⁴⁴.

Con respecto al principio de efectividad, recuerda el TJUE que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales.

En lo que atañe al litigio principal, de la resolución de remisión se desprende que la inhibición de los tribunales locales en favor de los tribunales provinciales puede generar gastos adicionales para los consumidores como partes demandantes. A este respecto, el TJUE alude a las premisas expuestas en la sentencia *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*⁴⁵, en el sentido de que las normas procesales relativas a la estructura de los recursos internos, al servicio del interés general en la recta administración

⁴³ *Ibid.*, apdo. 46.

⁴⁴ *Ibid.*, apdos. 47 y 48.

⁴⁵ C-413/12. STJUE de 5 de diciembre de 2013. *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*.

de la justicia y de la previsibilidad, deben prevalecer sobre los intereses particulares, en el sentido de que no pueden adaptarse en función de la situación económica particular de una de las partes, así como que, con el fin de respetar el principio de efectividad, la organización de los recursos internos no debe hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables⁴⁶.

Centrándose en el asunto en cuestión, en primer lugar, el TJUE indica que de la documentación presentada ante el Tribunal de Justicia se desprende que la competencia material exclusiva conferida a los tribunales provinciales por el artículo 23, apartado 1, letra k), de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solo puede implicar el pago de una tasa más elevada para el consumidor, como parte demandante, en una situación determinada y poco frecuente. En efecto, así sucederá únicamente –sin perjuicio de las comprobaciones que deba efectuar el órgano jurisdiccional remitente– cuando no pueda determinarse la cuantía del litigio, de manera que la tasa devengada, en virtud del artículo 39, apartado 3, letra b), de la Ley de Tasas, por un procedimiento iniciado ante los tribunales provinciales, esté constituida por un importe a tanto alzado. En segundo lugar, alega el TJUE que de la documentación presentada ante el Tribunal de Justicia también se desprende que los procedimientos iniciados ante los tribunales provinciales, incluidos los que tienen por objeto que se declare el carácter abusivo de cláusulas contractuales, requieren la postulación procesal. El TJUE puntualiza que, no obstante ello, deben tenerse en cuenta los mecanismos previstos por la normativa procesal nacional para compensar los posibles problemas económicos del consumidor, como la obtención del beneficio de justicia gratuita, que podrían permitir compensar los sobrecostes en términos de gastos de procedimiento que implica la inhibición de los tribunales locales en favor de los tribunales provinciales y que se derivan tanto de la imposición de una tasa más elevada como de la necesidad de la postulación procesal. En tercer lugar, aborda el argumento de la Comisión referido a que la posible lejanía geográfica entre los tribunales provinciales y el domicilio del consumidor puede constituir un obstáculo para el ejercicio de su acción judicial. El TJUE rechaza la alegación de la Comisión utilizando de nuevo un razonamiento expuesto en *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León* consistente en que la documentación aportada al Tribunal de Justicia no permite afirmar –sin perjuicio de las comprobaciones que deba efectuar el órgano jurisdiccional remitente– que el buen desarrollo del proceso requiera la comparecencia del consumidor, como parte demandante, en todas las fases del

⁴⁶ Asunto C-567/13. STJUE de 12 de febrero de 2015. *Nóra Baczó*, apdos. 51 a 53.

mismo⁴⁷. Finalmente, arguye el TJUE, siguiendo lo alegado por el Gobierno húngaro en sus observaciones, que la finalidad del artículo 23, apartado 1, letra k), de la Ley de Enjuiciamiento Civil es que los litigios relativos a cláusulas contractuales abusivas sean sometidos a los jueces de los tribunales provinciales, con experiencia profesional más dilatada, y que se garantice con ello tanto una práctica uniforme como una protección más eficaz de los derechos de los consumidores⁴⁸.

Por todo ello, el TJUE declara que procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma procesal nacional en virtud de la cual un tribunal local, competente para conocer de la acción de invalidez de un contrato de adhesión ejercitada por un consumidor, carece de competencia para conocer de la pretensión de dicho consumidor de que se declare el carácter abusivo de cláusulas contractuales contenidas en ese mismo contrato, salvo que resulte que la inhibición del tribunal local conlleva inconvenientes procesales que pueden dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere al consumidor, incumbiendo a los tribunales nacionales realizar las verificaciones necesarias al respecto⁴⁹.

Comentarios. En *Nóra Baczó* el Tribunal de Justicia tuvo la oportunidad de analizar el problema de la falta de competencia material de un juzgado local para conocer de una acción de declaración del carácter abusivo de unas cláusulas contractuales, a pesar de que el mismo juzgado estaba conociendo de una acción formulada por el mismo consumidor sobre la declaración de invalidez del contrato de adhesión firmado por el litigante. Las dificultades –en esencia, mayores tasas judiciales, necesidad de postulación procesal y distancia geográfica– que entraña para el consumidor tener que presentar la demanda ante los tribunales provinciales por razón de las normas húngaras de competencia material –que reservan a estos la competencia para conocer de los litigios que tengan por objeto la declaración de la invalidez de cláusulas contractuales abusivas– no son consideradas por el TJUE de suficiente entidad como para declarar la incompatibilidad de estas normas procesales con la Directiva 93/13, si bien el TJUE, en su fallo, deja abierta la posibilidad de que el tribunal nacional, tras las verificaciones necesarias, pueda apreciar que la inhibición del tribunal local conlleva inconvenientes procesales que pueden dificultar

⁴⁷ *Ibid.*, apdos. 54 a 57.

⁴⁸ *Ibid.*, apdo. 58.

⁴⁹ *Ibid.*, apdo. 59.

excesivamente el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea confiere al consumidor, en cuyo caso sí sería incompatible esa norma nacional con el artículo 7.1 de la Directiva 93/13.

Ciertamente se trata de un debate complejo donde se pueden encontrar argumentos en uno y otro sentido, que es resuelto por el TJUE apreciando, en principio, como aceptables las circunstancias concurrentes, si bien le da la última palabra al juzgado remitente para evaluar el grado de dificultad que existirá para el consumidor.

Es de observar que el TJUE, a diferencia de lo que sucedió años antes en la sentencia *Alassini y otros*⁵⁰, no menciona en ningún momento el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando parece que lo que está en juego es la posible vulneración del acceso a la jurisdicción que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

En esa otra interesante controversia constituida por el dilema entre invocar el principio de efectividad o el principio de tutela judicial efectiva parece que este último va ganando terreno y prueba de ello lo representa la sentencia *Profi Credit Polska*⁵¹, donde el TJUE, al abordar varios problemas procesales –uno de ellos de elevadas tasas judiciales como en el presente asunto– se decanta por apoyarse en el derecho a la tutela judicial efectiva, a pesar de que la Abogada General sra. Kokott lo hacía en el principio de efectividad.

En el presente asunto, el TJUE examina la situación bajo el prisma del cumplimiento del principio de efectividad, habiendo concluido anteriormente que la normativa procesal nacional respetaba el principio de equivalencia. Me veo en la necesidad de señalar a continuación una serie de aspectos críticos en relación con el desarrollo argumental expuesto por el TJUE en esta sentencia.

En primer lugar, a mi modo de ver, el TJUE ha llevado a cabo una evaluación incompleta del asunto, al haber eludido importantes aspectos del problema planteado. El TJUE no ha profundizado en la circunstancia de que la tasa judicial a pagar por el consumidor asciende a casi el doble del importe por presentar la demanda ante el Tribunal de Budapest (HUF 600.000= 1902€) que lo que representaría presentar la demanda ante el tribunal local (HUF 350.000= 1109,50€). Además, el importe a pagar ante el Tribunal de Budapest representa

⁵⁰ Asunto C-317/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 2010. Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA y otros tres asuntos. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Giudice di pace di Ischia, Italia, EU: C:2010:146.

⁵¹ C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska*.

aproximadamente cinco veces el salario mínimo mensual en Hungría⁵², lo que da una idea de las dificultades que tendría el consumidor para afrontarlo.

Es de tener en cuenta que la acción para la declaración de que las cláusulas de un contrato son abusivas va a beneficiar a los consumidores en general y su ejercicio debe ser promovido por la legislación nacional y por la administración de justicia y no penalizado. Este es el mandato del Derecho de la Unión a los Estados miembros contenido en la Directiva 93/13⁵³. En el asunto *Nora Baczo* el TJUE tendría que haber analizado el principio del derecho a la tutela judicial efectiva –como lo ha hecho en otros asuntos relacionados con tasas judiciales, por ejemplo, *DEB*⁵⁴ y el ya citado *Profi Credit Polska*⁵⁵– en combinación con la Directiva 93/13 y tendría que haber evaluado lo que representa una tasa judicial tan alta como obstáculo para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

A pesar de que la sentencia no ofrece mucha información sobre el Derecho procesal húngaro y las consecuencias de cada una de las dos acciones en caso de éxito, podemos presumir los diferentes efectos de cada una de ellas. En el caso de un resultado positivo de la acción para la declaración de las cláusulas contractuales abusivas, ello beneficiará en términos generales a los consumidores mientras que la acción para la nulidad del contrato firmado por los litigantes tiene como finalidad el beneficio exclusivo de los que ejercitan la

⁵² Salario mínimo en Hungría es 111.000 HUF (€370) al mes para mano de obra no cualificada, 129.000 HUF (€430) al mes para mano de obra cualificada (datos a 1 enero de 2016, habida cuenta de que la sentencia fue dictada en 2015). Disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_minimum_wages_by_country.

⁵³ El Considerando 23 de la Directiva 93/13 reza como sigue: «Considerando que las personas u organizaciones, que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas; que esta facultad, sin embargo, no supone el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico» El artículo 7 de la Directiva dispone en sus apartados 1 y 2 lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas».

⁵⁴ C-279/09. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2010. *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contra Bundesrepublik Deutschland*. Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht de Berlín, Alemania, EU: C:2010:811.

⁵⁵ C-176/17 STJUE de 13 de septiembre de 2018. *Profi Credit Polska*.

acción. Por tanto, es contradictorio con el mandato de la Unión Europea que el justiciable esté obligado a pagar una elevadísima suma de dinero (aproximadamente 1900 euros) que representa aproximadamente cinco veces el salario mínimo mensual en Hungría a la fecha del procedimiento como tasa judicial en el primer caso lo que casi duplica la tasa del segundo.

Con relación a ese problema, el TJUE pasa por alto que la combinación entre la aplicación de la norma procesal sobre atribución de competencia para ese tipo de litigios y la aplicación de la normativa sobre tasas judiciales da lugar a una situación en la que el consumidor tiene que pagar una tasa desproporcionada para ejercitar la acción de declaración como abusivas de ciertas cláusulas de un contrato de adhesión firmado por un consumidor. Es ese resultado final el que da lugar a una situación en la que de forma clara y evidente –en nuestra opinión– existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no formule la acción judicial que le permita ejercitar los derechos derivados de la Directiva 93/13.

Un segundo aspecto objeto de crítica es que, al tratar sobre los requisitos de las acciones ejercitadas ante el Tribunal de Budapest y las posibles dificultades para el litigante, el TJUE se refiere repetidamente a su pronunciamiento en la sentencia *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*⁵⁶, particularmente en lo que concierne a la necesidad de estar asistido por abogado y a la imposición de una tasa judicial elevada.

Desde nuestro punto de vista, las situaciones de ambos asuntos no son comparables y es el propio TJUE el que en la sentencia *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León* utiliza el argumento, expuesto por el Abogado General Mengozzi en sus conclusiones, de establecer una clara distinción entre casos individuales donde el consumidor es la parte débil y necesita estar protegido, frente a las acciones colectivas de las asociaciones de consumidores que no necesitan esa protección⁵⁷.

Sin embargo, en este asunto *Nóra Baczó*, el TJUE, una y otra vez, se remite a los argumentos expuestos en *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, cuando en esta última sentencia el propio TJUE proclamaba el diferente tratamiento que precisan los consumidores individuales frente a las asociaciones de consumidores.

A mayor abundamiento, el recurso al beneficio de justicia gratuita alegado por el TJUE como mecanismo para compensar las dificultades económicas

⁵⁶ C-413/12. STJUE de 5 de diciembre de 2013. *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*.

⁵⁷ Ver, entre otros, el apartado 49 de la sentencia *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*.

del consumidor no debería ser una justificación cuando está en juego el mandato del Derecho de la Unión para garantizar que los consumidores puedan acceder a la justicia a fin de eliminar el uso de las cláusulas abusivas. Es evidente que, con las particularidades previstas en cada Estado miembro, el mecanismo de la justicia gratuita no está disponible para todos los consumidores, sino solo para aquellos que tengan unos niveles de renta muy bajos. Además, los trámites para conseguir el beneficio de la justicia gratuita implican una serie de molestias e inconvenientes para el justiciable (en España por regla general el justiciable tendrá que pedir permiso para ausentarse de su trabajo uno o más días). En otras palabras, un importante número de consumidores no estará en situación de recibir el beneficio de justicia gratuita o no estará interesado en asumir los inconvenientes que conlleva el proceso de su obtención cuando la acción judicial no es esencial para sus vidas.

En tercer lugar, el hecho de que en este asunto el TJUE deje la apreciación de la imposibilidad o de la excesiva dificultad para el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión a los jueces nacionales sin señalar unos factores o criterios claros representa un papel menos activo del TJUE en la defensa de los derechos de los consumidores frente a su postura en otras sentencias recientes. Cuando el TJUE deja al juez nacional la apreciación y la aplicación de los requisitos de la efectividad y la equivalencia sin dar una guía concreta sobre los mismos, ello lleva a una considerable falta de certeza sobre qué normas nacionales han de ser aceptadas como legítimas y efectivas y consecuentemente una corriente de litigios⁵⁸.

En conclusión, desde nuestra perspectiva crítica, la argumentación desarrollada por el TJUE en la sentencia *Nóra Baczó* no ha valorado –como probablemente debería– la importancia de las restricciones impuestas a los consumidores para poder acceder a la jurisdicción a resultas de la normativa procesal nacional, sino que ha reforzado el principio de autonomía procesal nacional con referencia a la cuestión de las tasas judiciales y a la atribución de competencia para conocer los asuntos de consumidores en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los mismos.

Es de añadir que el asunto nacional parece haber tenido una finalización compleja. Así, fue resuelto mediante decisión de 28 de junio de 2017 en virtud de la cual el Fovarosí Törvényszék (tribunal provincial) anuló la resolución del tribunal local y reenvió el asunto ante dicho tribunal para que emitiera una decisión al respecto.

⁵⁸ CRAIG, P., y DE BÚRCA, G., *E. U. Law Text, Cases, and Materials*, 5.ª edic., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 241.

Antes de ello, siguiendo el razonamiento del TJUE y correspondiendo al tribunal nacional realizar las verificaciones necesarias, el tribunal provincial remitente invitó a la Sra. Baczó y al Sr. Vizsnyiczai a que expusieran los inconvenientes procesales derivados de la norma controvertida que pudiesen dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confería a los consumidores. A pesar de que los demandantes no presentaron alegaciones en contestación a la invitación formulada por el juzgado provincial, este anuló la decisión del tribunal local y devolvió el asunto al tribunal local. Ello se produjo porque, según jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo húngaro, quedaba constatado el carácter abusivo de la cláusula compromisoria que figuraba en el contrato de adhesión, habiendo devenido dicha cláusula nula de oficio y debiendo ser tenida por no puesta. Una vez eliminada esa cláusula, dejaba de existir la competencia del tribunal provincial, no siendo procedente el conocimiento del asunto por parte del tribunal provincial al amparo de la disposición originariamente invocada –el Artículo 23 (1) (k) del Código de procedimiento civil–. En otras palabras, al haberse declarado de oficio el carácter abusivo de la cláusula compromisoria, se tiene esta por no puesta, y se produce la pérdida sobrevenida del objeto de la acción de invalidez de dicha cláusula por abusiva, lo que también conlleva la pérdida de la competencia del tribunal provincial, de forma que el asunto queda limitado a la acción de la que conocía el tribunal local, razón por la cual el tribunal provincial anuló la decisión del tribunal local de inhibirse en favor del provincial, volviendo por tanto el asunto al tribunal local para que este enjuiciara la única acción pendiente de resolver, es decir, la nulidad del contrato⁵⁹.

9.4 DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS O FUNCIONES ENTRE EL TJUE Y LOS TRIBUNALES NACIONALES

Habiéndose pronunciado el TJUE en *Océano* claramente en el sentido de calificar como abusiva la cláusula de atribución de competencia territorial exclusiva, en el asunto que vamos a analizar el TJUE opera un cambio de configuración y determina el reparto de responsabilidades entre el TJUE y los tribunales nacionales en relación con el examen de cláusulas abusivas.

⁵⁹ La información sobre la decisión final del asunto nacional ha sido obtenida mediante consulta de la base de datos disponible en el portal ACA Europe gestionado por la Association of Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union.

Disponible en <http://www.aca-europe.eu/index.php/en/dec-nat-en>. Names of parties: Nóra Baczó et János István Vizsnyiczai; Raiffeisen Bank Zrt. (última consulta el 4 de junio de 2022).

Caso 111. *Freiburger Kommunalbauten*⁶⁰: El TJUE es competente para establecer los criterios que sirven de base para la calificación de la naturaleza abusiva de una cláusula, correspondiendo la apreciación de la cláusula controvertida a la competencia del juez nacional en función de las circunstancias concurrentes en el asunto enjuiciado.

Hechos. La cuestión prejudicial es planteada por un tribunal alemán en el marco de un litigio entre una promotora municipal de construcciones y los consumidores Sres. Hofstetter, habiendo vendido la primera dentro de su actividad mercantil en un edificio de aparcamientos aún por construir una plaza de parking que había sido adquirida por dicho matrimonio con fines privados⁶¹.

El Bundesgerichtshof en casación preguntó al Tribunal de Justicia si debía calificarse de abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 una cláusula contenida en las condiciones generales de venta, en virtud de la cual el adquirente de una obra por realizar debe pagar la totalidad del precio de la misma con independencia de la evolución de los trabajos de construcción, si el vendedor constituye previamente una fianza bancaria a su favor que garantice las pretensiones pecuniarias del adquirente que puedan derivarse del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento del contrato.

Doctrina. El Tribunal de Justicia señaló que el artículo 3 de la Directiva delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula no negociada y el anexo solo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, de forma que una cláusula que figura en dicho anexo no debe necesariamente considerarse abusiva y, por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede, sin embargo, ser declarada abusiva⁶².

El Tribunal de Justicia afirmó que por lo que respecta a la cuestión de si una cláusula contractual particular posee carácter abusivo, el artículo 4 de la Directiva indica que debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento

⁶⁰ Asunto C-237/02. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 1 de abril de 2004. *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG* contra *Ludger Hofstetter* y *Ulrike Hofstetter*. petición con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesgerichtshof (Alemania). EU: C:2004:209. El Abogado General Sr. Geelhoed presentó sus conclusiones el 25 de septiembre de 2003.

⁶¹ Los consumidores-compradores se negaron a abonar el importe del aparcamiento antes de que le fuese entregado y la promotora les reclamó los intereses de demora correspondientes a dicho retraso ya que contractualmente el precio de la plaza debía abonarse antes de la construcción, una vez emitido un aval que garantizara las obligaciones de la promotora. A pesar de la existencia del aval bancario los consumidores se negaron a pagar el precio hasta que no recibieron la plaza.

⁶² Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, apdos. 19 y 20.

de la celebración de este, todas las circunstancias que concurren en dicha celebración. Además, es en ese contexto en el que deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional⁶³.

Siguiendo lo observado por el Abogado General Sr. Geelhoed⁶⁴, el Tribunal de Justicia declara que en el marco de la competencia para interpretar el Derecho comunitario, reconocida en el artículo 234 CE, puede interpretar los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva, pero no puede pronunciarse sobre la aplicación de estos criterios generales a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto⁶⁵. A renglón seguido, el Tribunal de Justicia justifica las razones por las que en el anterior asunto *Océano Grupo Editorial*⁶⁶ sí se pronunció sobre la abusividad de la cláusula, alegando que en aquel caso la cláusula favorecía exclusivamente al profesional y sin contrapartida alguna para el consumidor, poniendo en tela de juicio, independientemente del tipo de contrato, la eficacia de la protección jurisdiccional de los derechos que la Directiva reconoce al consumidor, siendo posible apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula sin necesidad de examinar todas las circunstancias propias de la celebración del contrato ni de apreciar las ventajas y desventajas vinculadas a esta cláusula en el Derecho nacional aplicable al contrato⁶⁷, no siendo ese el caso de la cláusula controvertida en el asunto *Freiburger Kommunalbauten*⁶⁸. Por todo ello, el Tribunal de Justicia se pronuncia en el sentido de que corresponde al juez nacional determinar si una cláusula como la controvertida en el litigio principal reúne los criterios exigidos para poder calificarse de abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva⁶⁹.

Comentarios. Esta sentencia supuso un cambio de posición en relación con la sostenida anteriormente en *Océano* dentro del reparto de atribuciones entre Tribunal de Justicia y jueces nacionales. Como es sabido, en *Océano*, el TJUE calificó como abusiva la cláusula que confiere competencia exclusiva a un tribunal en cuyo territorio se encuentra el domicilio del profesional. En

⁶³ *Ibid.*, apartado 21.

⁶⁴ C-237/02. Conclusiones del Abogado General Sr. Geelhoed presentadas el 25 de septiembre de 2003.

⁶⁵ Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, apdo. 22.

⁶⁶ C-240/98 y C-244/98. STJUE de 27 de junio de 2000, *Océano*.

⁶⁷ Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, apdo. 23.

⁶⁸ *Ibid.*, apdo. 24.

⁶⁹ *Ibid.*, apdo. 25.

Freiburger Kommunalbauten se establece la postura que ha permanecido hasta la actualidad consistente en que el Tribunal de Justicia determina los criterios generales a fin de ser aplicados por el juez nacional en función de las circunstancias concretas del asunto enjuiciado para que este decida la calificación como abusiva o no de la cláusula controvertida. No obstante, es evidente que en determinadas sentencias el TJUE deja poco margen de actuación al tribunal nacional para la calificación e incluso en algunas sentencias el TJUE, excepcionalmente, califica la cláusula controvertida como abusiva.

9.5 PUNTOS CONTROVERTIDOS ENTRE LOS PLANOS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Micklitz y Kas⁷⁰ consideran que es discutible la solución dada por el TJUE en *Asociación de consumidores independientes de Castilla y León* al seguir la postura del Abogado General Mengozzi en el sentido de establecer una clara distinción entre casos individuales donde el consumidor es la parte débil y necesita estar protegido, frente a las acciones colectivas de las asociaciones de consumidores que no necesitan esa protección. Estos autores sostienen que, frecuentemente, estas asociaciones no tienen el mismo nivel de recursos que las empresas por lo que la postura del TJUE es cuestionable.

Tomasz Dolny⁷¹ considera que en *Asociación de consumidores independientes de Castilla y León* el TJUE rechazó los argumentos en favor de dar un trato procedimental preferente a las organizaciones de consumidores sobre la base de la Directiva 93/13 o sobre la base de los principios de equivalencia y efectividad. Es una clarificación importante del ámbito de ambos principios y permite ilustrar algunas conclusiones sobre la forma en la que el Tribunal de Justicia contempla el papel de las organizaciones de consumidores en la aplicación de las normas sobre protección de consumidores. Dolny afirma que la conclusión principal de *Asociación de consumidores independientes de Castilla y León* y de *Pohotovost (contra Miroslav Vašuta)*⁷² es simplemente que ante los tribunales nacionales las asociaciones de consumidores no pueden ser equiparadas a los consumidores individuales, sino que la diferencia es sustancial y afecta a la posición de las partes en el proceso. La situación de las asociaciones

⁷⁰ MICKLITZ, H-W., y KAS, B., «Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008-2013) -Part I», *European Review of Contract Law*, vol. 10,1,(2014), p. 36.

⁷¹ DOLNY, T., «Procedural treatment of consumer organisations in the judicial proceedings concerning the use of unfair terms», *European Journal of Consumer Law*, 1, 2014, p. 47.

⁷² Asunto C-413/12. STJUE de 27 de febrero de 2014 *Pohotovost' (contra Miroslav Vašuta)*.

de consumidores no se caracteriza por el mismo desequilibrio existente en la relación comercial entre el consumidor individual y el profesional, ya que, en términos generales, las asociaciones de consumidores no se encuentran en una posición inferior en el procedimiento frente al profesional. El concepto de información asimétrica no es aplicable en un litigio entre una organización de consumidores y un profesional, dado que una organización de consumidores es por sí misma un organismo profesional con conocimiento, capacidad y recursos para ejercitar acciones contra los profesionales en interés de los consumidores. Como consecuencia, ciertas garantías procesales de los consumidores no pueden ser transferidas a las organizaciones de consumidores, aunque ello pudiera suponer el reforzamiento de la protección de los consumidores y aunque las organizaciones de consumidores frecuentemente carecen de recursos. Más allá del artículo 7 de la Directiva 93/13 el TJUE probablemente no extendería los requisitos de equivalencia y efectividad a situaciones en el procedimiento que no afectan directamente la protección de los derechos individuales del consumidor⁷³. Es cierto que esa es la posición del Tribunal de Justicia. Cuestión diferente es si el artículo 7.2 y el considerando 23 de la Directiva 93/13 avalarían una interpretación diferente de la situación. A nuestro modo de ver, no se encuentran en el mismo plano una asociación de consumidores y un profesional, existiendo, por lo general, un desequilibrio entre ambos. En la medida en que el desequilibrio existe y el artículo 7.2 equipara a personas y organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de consumidores a fin de que acudan a los órganos judiciales o administrativos en orden a la declaración como abusivas de ciertas cláusulas, a mi modo de ver, también cabría una interpretación de la Directiva 93/13 en la que las asociaciones de consumidores recibieran el mismo tratamiento procesal que los consumidores individuales.

Con respecto a *Freiburger Kommunalbauten*, Hesselink⁷⁴ se refiere a la gobernanza multinivel (*multi-level governance*) y a que con esta decisión el Tribunal de Justicia facilita una guía para el reparto de responsabilidades entre el TJUE y los tribunales nacionales en relación con el examen de cláusulas abusivas en los contratos de consumidores tras la armonización efectuada a través de la Directiva 93/13. Según el autor, actualmente, muchos contratos en Europa están regulados sobre dos niveles de gobernanza interconectados, el nivel nacional y el nivel comunitario. Por tanto, diferentes actores en diferentes

⁷³ DOLNY, T., «Procedural treatment of consumer organisations...», *op. cit.*, pp. 48-49.

⁷⁴ HESSELINK, M. W., «Case: ECJ – *Freiburger Kommunalbauten v Hofstetter*», *European Review of Contract Law*, vol. 2, 2006. p. 366.

niveles son responsables de la aplicación, el desarrollo y la interpretación del Derecho contractual. Ninguno de ellos ostenta la responsabilidad final sobre la totalidad. La existencia de esos dos niveles en el Derecho contractual europeo tiene importantes implicaciones. La jurisdicción recae exclusivamente en los tribunales nacionales, pero el TJUE tiene potestad para resolver las cuestiones prejudiciales en relación con la validez y la interpretación de los actos de las instituciones. La obligación de interpretación de la ley nacional conforme con el Derecho de la Unión no puede ser cumplida correctamente por el juez nacional si carece de un entendimiento claro del contenido y finalidad de la directiva correspondiente. Eso es lo que tenía en mente el Tribunal Supremo Federal alemán cuando planteó la cuestión prejudicial a fin de asegurarse que interpretaría el Derecho alemán de forma que proporcionase al consumidor la mínima protección requerida por la Directiva 93/13. Dado que el artículo 3 de la Directiva 93/13 contiene conceptos abiertos como «abusivas», «buena fe», «desequilibrio importante», el Tribunal Supremo Federal alemán pidió una clarificación al Tribunal de Justicia. En la medida en que el TJUE atribuyó el pronunciamiento sobre la naturaleza abusiva de la cláusula al juzgado nacional, según Hesselink, ello era desastroso desde la perspectiva de la armonización del Derecho contractual europeo. El autor critica la falta de una respuesta más concreta a la cuestión planteada, señalando que es posible configurar ciertas cláusulas como abusivas sin tener que considerar las específicas circunstancias del asunto. En ese sentido, Hesselink observa que el TJUE podía haberse expresado mediante términos más o menos abstractos sobre la naturaleza abusiva de la cláusula controvertida a la luz de los factores mencionados en el artículo 4.1 de la Directiva 93/13⁷⁵. Desde nuestro punto de vista, el criterio sentado por el TJUE en *Freiburger Kommunalbauten* es el más adecuado en la medida que permite al juez nacional tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el asunto litigioso. Sin perjuicio de ello, consideramos importante que esas pautas o indicaciones generales que debe proporcionar el TJUE sean lo suficientemente precisas para servir de guía al tribunal nacional, puesto que, si no lo son, como sucede en algunas ocasiones, se desvirtúa la finalidad de la cuestión prejudicial y se deteriora la deseable interpretación uniforme del Derecho de la Unión.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 368-373.

CAPÍTULO 10. CONCRECIÓN DE CIERTAS REGLAS Y PRINCIPIOS PROCESALES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TJUE

SUMARIO:

- 10.1 Introducción.
- 10.2 Cuestiones sobre legitimación activa.
 - 10.2.1 Jurisprudencia del TJUE en materia de acciones colectivas: su relación con las acciones individuales.
 - 10.2.2 Jurisprudencia del TJUE en materia de asociaciones de consumidores: su intervención en acciones individuales.
- 10.3 El principio de equivalencia de orden público.
- 10.4 El principio de igualdad de armas.
- 10.5 El principio de cosa juzgada.
- 10.6 Cuestiones relativas al plazo para formular oposición.
- 10.7 Exigencia de fianza para suspender la ejecución.
- 10.8 Adopción de medidas cautelares.
- 10.9 Reformatio in peius.
- 10.10 Cuestiones sobre condena en costas al profesional.
- 10.11 Introducción de nuevo recurso y de instancia adicional.
- 10.12 Puntos controvertidos entre doctrina y jurisprudencia.

10.1 INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo procedemos a estudiar diferentes aspectos específicos del procedimiento en litigios derivados de relaciones de consumo que han sido tratados por el Tribunal de Justicia a fin de comprobar la conformidad

o disconformidad con la Directiva 93/13 de determinadas normas procesales nacionales, proporcionando también determinados criterios que deberían aplicarse por los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro y por los respectivos legisladores nacionales, si bien ya adelantamos que, por regla general, surte efectos únicamente en el Estado miembro del que parte la remisión prejudicial. Las temáticas que abordaremos son: las acciones colectivas y su relación con las acciones individuales, las asociaciones de consumidores y su intervención en acciones individuales, el principio de equivalencia de orden público, el principio de igualdad de armas, el principio de cosa juzgada, las cuestiones relativas al plazo para formular oposición, la exigencia de fianza para suspender la ejecución, la adopción de oficio de medidas cautelares, el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, la condena en costas del profesional y, finalmente, la introducción de un nuevo recurso y de una instancia adicional. Puede decirse que son facetas muy diversas del procedimiento judicial sobre las que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia a través de la interpretación de la Directiva 93/13. Las pautas establecidas por el TJUE han tenido gran trascendencia, particularmente en nuestro país, provocando, entre otras importantes consecuencias, cambios legislativos en el procedimiento de ejecución hipotecaria (*Sánchez Morcillo* y el principio de igualdad de armas), declaración de la incompatibilidad con el Derecho de la Unión del régimen transitorio fijado por el legislador español en la Ley 1/2013 (*BBVA*) e, incluso, que el Tribunal Constitucional español se haya basado en una sentencia del TJUE (*Banco Primus*) para declarar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 31/2019 de 28 de febrero). Todo ello sin perjuicio de que algunas decisiones del TJUE que analizaremos en este capítulo no han tenido la respuesta adecuada por parte del legislador español (*Fernández Oliva*) o esta haya venido, incomprensiblemente, con casi cuatro años de retraso, haciendo prácticamente inútil la modificación legislativa (Disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a resultas de la sentencia *BBVA*). Examinaremos, por tanto, temas apasionantes sobre los que, a pesar de todo, parece que no se ha dicho todavía la última palabra, o, al menos, nos gustaría que así fuera (*Ibercaja Banco* y el principio de cosa juzgada).

10.2 CUESTIONES SOBRE LEGITIMACIÓN ACTIVA

A continuación, analizamos tres sentencias cuyo punto en común es que afectan a la legitimación activa y sus efectos en situaciones en las que está

involucrada una organización de consumidores o una entidad de Derecho nacional de defensa del consumidor. Hemos de llamar la atención sobre la primera de estas resoluciones –*Invitel*–, con una trascendencia muy significativa al suponer la extensión de los efectos de una sentencia conseguida en el marco de una acción de cesación a los consumidores que hayan celebrado un contrato con el profesional de que se trate en el que figuren las mismas condiciones generales declaradas abusivas.

10.2.1 **Jurisprudencia del TJUE en materia de acciones colectivas: su relación con las acciones individuales**

Caso 112. *Invitel*¹: Obligación de los tribunales de aplicar de oficio todas las consecuencias también en el futuro a fin de que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no estén vinculados por una cláusula declarada abusiva en el marco de una acción de cesación.

Hechos. La petición se presentó en el marco de una acción de interés público ejercitada por la oficina nacional de defensa del consumidor (en lo sucesivo, NFH) contra la empresa de telefonía Invitel en relación con el uso por parte de esta entidad de cláusulas supuestamente abusivas en contratos celebrados con consumidores².

Mediante la segunda pregunta que el Tribunal de Justicia contestó en primer lugar, el tribunal húngaro solicitó que se dilucidase, esencialmente, si debe interpretarse el artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva, a la luz de los puntos 1, letra j), y 2, letra d), del anexo de la misma Directiva, en el sentido de que, en el supuesto en que un profesional prevea, en una cláusula que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores, una

¹ Asunto C-472/10. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de abril de 2012. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contra Invitel Távközlési Zrt. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Pest Megyei Bíróság (Hungría). EU: C:2012:242. La Abogado General Sra. Trstenjak presentó sus conclusiones en audiencia pública el 6 de diciembre de 2011.

² La NFH denuncia, en el marco de una acción de interés público, la práctica de Invitel, en relación con los contratos de duración determinada (denominados «contratos de fidelidad»), de exigir al consumidor después de la celebración del contrato gastos no acordados inicialmente por las partes. La NFH solicitó judicialmente, por un lado, la declaración del carácter abusivo de la cláusula controvertida y, por tanto, su nulidad, y, por otro, la devolución automática y retroactiva a los abonados de los importes percibidos indebidamente como consecuencia de la facturación de los «gastos por giro».

modificación unilateral de los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse, sin describir explícitamente el modo de fijación de dichos gastos ni especificar motivos válidos para tal modificación, dicha cláusula contractual es abusiva.

A través de la primera pregunta el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide, en esencia, por una parte, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para quienes no hayan sido parte en el procedimiento de cesación, y, por otra parte, si los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional.

Doctrina.-El TJUE, citando la sentencia *VB Penzugyi Lizing*³, deja claro que su respuesta se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate ya que, en la redacción literal de la pregunta, el tribunal húngaro interroga sobre si es abusiva o no la cláusula en cuestión, a pesar de que en ese momento ya había sido expresada claramente la postura del TJUE en el sentido de que corresponde al juez nacional y no al Tribunal de Justicia apreciar si la cláusula en cuestión es abusiva o no. En los apartados sucesivos el TJUE trata de analizar y exponer los criterios que va a transmitir al órgano nacional para que este pueda evaluar si la cláusula es abusiva o no. Así, aclara el TJUE que la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva no puede aplicarse a una cláusula relativa a un mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que deban prestarse al consumidor⁴. Es decir, que ese tipo de cláusula sí es objeto de control. El TJUE también se remite al anexo de la Directiva 93/13 para hacer ver al juzgado remitente lo que debería prever una cláusula de modificación del coste del servicio, en particular, si se especificaban los motivos o el modo de variación de los gastos relacionados con el servicio que debía prestarse y si a los consumidores se les confería el derecho a rescindir la

³ Asunto C-137/08. STJUE de 9 de noviembre de 2010. *VB Penzugyi Lizing*.

⁴ Asunto C-472/10. STJUE de 26 de abril de 2012, *Invitel*, apdo. 23.

relación contractual⁵. También se remite al vigésimo considerando de la Directiva 93/13, con arreglo al cual el consumidor debe contar con la oportunidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas que forman parte de las condiciones generales y de sus consecuencias, así como al artículo 5 de la Directiva que establece la obligación de formular las cláusulas de manera clara y comprensible⁶. A todo ello el TJUE añadió que para apreciar el carácter «abusivo» en el sentido del artículo 3 de la Directiva tiene una importancia esencial que el consumidor pueda prever, basándose en criterios claros y comprensibles, las modificaciones de las condiciones generales que pueda realizar el profesional en lo referido a los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse y que cuando determinadas disposiciones legales o reglamentarias imperativas, en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva, especifiquen aspectos del modo de variación de los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse, o cuando dichas disposiciones confieren al consumidor el derecho a rescindir la relación contractual, es esencial que dicho consumidor sea informado por el profesional de dichas disposiciones⁷.

Finalmente, el TJUE respondió a la cuestión afirmando que corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del procedimiento de cesación, incoado por motivos de interés público, en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, apreciar, habida cuenta del artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores por la cual un profesional prevea una modificación unilateral de los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse, sin describir explícitamente el modo de fijación de dichos gastos ni especificar motivos válidos para tal modificación.

A ello agregó que, en el marco de esa apreciación, dicho órgano jurisdiccional deberá comprobar, en particular, a la luz de todas las cláusulas de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores de que forme parte la cláusula controvertida y de la normativa nacional que establezca derechos y obligaciones que podrían sumarse a los previstos por las condiciones generales de que se trate, si se especifican de manera clara y comprensible los motivos o el modo de variación de los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse y, en su caso, si a los consumidores se les confiere el derecho a rescindir la relación contractual⁸.

⁵ *Ibid.*, apdos. 24 y 25.

⁶ *Ibid.*, apdos. 26 y 27.

⁷ *Ibid.*, apdos. 28 y 29.

⁸ *Ibid.*, apdo. 31.

En relación con la primera pregunta, el TJUE declara que con arreglo al apartado 2 del artículo 7 de la Directiva los medios para el cese de cláusulas abusivas deben permitir que las personas y organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores puedan acudir a los órganos judiciales con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas redactadas con vistas a una utilización general tienen carácter abusivo, y con el fin de lograr, en su caso, su prohibición. Señala el TJUE el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones de cesación, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto, implicando que puedan ejercitarse aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados.

Así, una aplicación efectiva de dicho objetivo requiere que las cláusulas de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores que sean declaradas abusivas en el marco de una acción de cesación ejercitada contra el profesional de que se trate, como la que es objeto del litigio principal, no vinculen ni a los consumidores que sean parte en el procedimiento de cesación ni a aquellos que hayan celebrado con ese profesional un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales.

La normativa nacional en cuestión preceptúa que la declaración de nulidad, por un órgano jurisdiccional, de una cláusula abusiva que forme parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores se aplicará a cualquier consumidor que haya contratado con el profesional que aplique dicha cláusula. Por ello, el TJUE, siguiendo las conclusiones de la Abogada General Sra. Trstenjak⁹, declara que una normativa nacional como la contemplada en el presente apartado cumple las exigencias del artículo 6, apartado 1, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva.

El Tribunal de Justicia declara que la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva con respecto a todos los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales garantiza que dicha cláusula no vinculará a esos consumidores, y, al mismo tiempo, no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales¹⁰.

El TJUE afirma que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que

⁹ C-472/10. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak presentadas el 6 de diciembre de 2011.

¹⁰ Asunto C-472/10. STJUE de 26 de abril de 2012, *Invitel*, apdo. 40.

forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación¹¹.

En cuanto a la segunda parte de la primera cuestión, relativa a las consecuencias que los órganos jurisdiccionales nacionales han de aplicar en el caso de la declaración, en el marco de una acción de cesación, del carácter abusivo de una cláusula que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores, en primer lugar, el TJUE recuerda que la facultad del juez nacional para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual constituye un medio idóneo para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en el artículo 7 de la Directiva. Además, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que dicho juez deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las condiciones generales están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula¹².

El TJUE resuelve la segunda parte de la pregunta manifestando que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que cuando, en el marco de una acción de cesación, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula¹³.

Comentarios. La importancia de esta sentencia viene dada, entre otras razones, por tratar la relación entre acciones colectivas e individuales. Era bastante previsible que el TJUE proclamara el efecto *erga omnes* de la declaración

¹¹ *Ibid.*, apdo. 44.

¹² *Ibid.*, apdo. 41.

¹³ *Ibid.*, apdos. 43 y 44.

de abusividad de una cláusula contenida en las condiciones generales de un profesional. Ello se corresponde con el *effet utile* de la Directiva 93/13. Lo que deja sin aclarar en esta sentencia el TJUE es si ese efecto *erga omnes* se extiende a otro profesional que emplee la misma cláusula, pero que no haya sido parte en el procedimiento donde se ha declarado la naturaleza abusiva de la cláusula ¹⁴.

Lógicamente, se plantea el problema desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva de otros profesionales –terceros afectados–, en particular, el derecho de estos a ser oídos.

La Abogada General en sus conclusiones viene a considerar que la normativa nacional en cuestión es compatible con el Derecho de la Unión porque según dicha normativa el efecto *erga omnes* no se extiende a otros profesionales que utilicen la misma cláusula, ya que lo contrario implicaría que el derecho a ser oído no quedaría suficientemente salvaguardado y la norma nacional en cuestión, no sería, por ende, adecuada en el sentido del artículo 7 de la Directiva ¹⁵.

En *Invitel* el TJUE combina una extensión subjetiva de los efectos de una decisión judicial que constata el carácter abusivo de una cláusula contractual con una extensión temporal (*pro futuro*) de las facultades de los órganos jurisdiccionales nacionales que permite reforzar de manera evidente la protección proporcionada a los consumidores por la Directiva, mejorando la aplicación efectiva de esta y maximizando sus efectos ¹⁶.

¹⁴ H-W Micklitz y B. Kas: «Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008-2013) -Part I», *European Review of Contract Law*, edit. De Gruyter, 10(1), 2014, p. 18.

¹⁵ Los apartados 59 y 60 de las conclusiones de la Sra. Trstenjak tratan la cuestión: «[...]En particular, los efectos de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia declarativa recaída no perjudican de manera desproporcionada a los profesionales que no han sido parte en el procedimiento ni vulneran su derecho a ser oídos. Según la normativa nacional reproducida en los puntos 11 y 12 de las presentes conclusiones, en particular el artículo 209/B, apartado 2, del Código Civil, debe considerarse que únicamente el profesional concreto demandado se ve afectado por el veredicto de falta de vinculatoriedad. La eficacia *erga omnes* de la sentencia pronunciada en su contra no significa que esta deba aplicarse indiscriminadamente a todos los profesionales que usan una cláusula idéntica pero que no han sido parte en el procedimiento en el que ha recaído la sentencia declarativa de la falta de vinculatoriedad. 60. Si tal fuera el caso, ello suscitaría serias dudas desde la perspectiva procesal y de los derechos fundamentales: una eficacia *erga omnes* en detrimento de terceros ajenos al procedimiento sería, en efecto, difícilmente compatible con el principio de juicio justo, máxime porque se privaría a aquellos de la posibilidad de presentar sus observaciones sobre la acusación de aplicación de cláusulas abusivas en las operaciones comerciales antes de que se pronuncie una sentencia por la que se ven afectados. Una eficacia *erga omnes* extensible sin distinción a terceros ajenos al procedimiento implicaría que el derecho a ser oído, como corolario del principio del sometimiento de la Administración a la legalidad y uno de los principios generales del Derecho de la Unión reconocidos por la jurisprudencia, no quedaría suficientemente salvaguardado y la norma nacional en cuestión, no sería, por ende, adecuada en el sentido del artículo 7 de la Directiva» (subrayado es nuestro).

¹⁶ M. Bottino: «Arrêt Invitel: l'effet ultra partes des clauses déclarées abusives», *European Journal of Consumer Law*, 2012, 3, pp. 593-594.

Puede decirse que se trata de un efecto *erga omnes* limitado, en la medida en que afectaría únicamente al profesional que fue demandado –sea cual sea el consumidor– y no a otros profesionales que utilicen esa cláusula.

No obstante, la solución que han dado varios ordenamientos jurídicos de la Unión a ese problema es la creación de un registro de condiciones generales declaradas abusivas en el que resultan inscritas esas condiciones declaradas nulas judicialmente por su naturaleza abusiva y con efectos sobre cualquier profesional, haya sido parte o no en el procedimiento en el que ha recaído dicha declaración, sin perjuicio de los recursos e instrumentos que cada ordenamiento proporcione a los profesionales afectados en relación a dicha declaración. En ese sentido es de señalar que el registro nacional de cláusulas de condiciones generales ilícitas de Polonia ha sido objeto de análisis por parte del TJUE en una sentencia posterior a esta, la dictada en el asunto *Biuro podrózy «Partner»*¹⁷, con arreglo a la cual el TJUE confirmó la validez de la extensión de efectos a otros profesionales que no han sido parte en el procedimiento, bajo la condición de la existencia de determinados recursos procesales para los profesionales afectados, garantizándose así el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva de los mismos.

Caso 113. *Sales Sinués*¹⁸: La normativa procesal española que –según el TJUE– obliga al juez a suspender la acción individual de declaración de abusividad de cláusula en espera de sentencia firme en la acción colectiva (art. 43 LEC) es incompatible con el artículo 7 de la Directiva 93/13.

Hechos. Las peticiones fueron formuladas en el marco de litigios suscitados entre, por una parte, el Sr. Sales Sinués y Caixabank, S. A., y, por otra parte, el Sr. Drame Ba y Catalunya Caixa, S. A., en relación con la nulidad de la cláusula suelo incluida en sus respectivos contratos de préstamo hipotecario¹⁹.

¹⁷ Asunto C-119/15. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Biuro podrózy «Partner»*.

¹⁸ Asuntos C-381/14 y C-385/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de abril de 2016. Jorge Sales Sinués contra Caixabank, s.a.(asunto C-381/14) y Youssouf Drame Ba contra Catalunya Caixa, s.a. (Catalunya Banc, s.a.) (asunto C-385/14). Peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona. EU: C:2016:909. El Abogado General Sr. Szpunar presentó sus conclusiones el 14 de enero de 2016 en audiencia pública.

¹⁹ En octubre de 2005, el consumidor sr. Sales Sinués suscribió contrato de novación de préstamo hipotecario con Caixabank, s.a. En dicho contrato figuraba una cláusula «suelo» estableciendo el tipo nominal anual mínimo del 2,85 % mientras que el tipo correspondiente al límite máximo o «techo» quedaba fijado en el 12 %. En febrero de 2005, el consumidor sr. Drame Ba firmó con Catalunya Caixa un contrato de préstamo hipotecario cuya cláusula «suelo» fijaba un tipo mínimo del 3,75 % anual y un tipo máximo del 12 %. Ambos consumidores formularon respectivas demandas solicitando la declaración de nulidad de dicha cláusula al estimar que daba lugar a un desequilibrio en su perjuicio. Con anterioridad a

En ese contexto el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona pregunta al TJUE si el artículo 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el segundo apartado de ese artículo con el fin, en particular, de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual.

Doctrina. El TJUE declara que las acciones individuales y las acciones colectivas tienen en el marco de la Directiva 93/13 objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13.

El TJUE comprueba si la normativa procesal nacional vulnera el principio de equivalencia y de efectividad. Respecto del primero no hay indicios de incumplimiento y en relación al segundo, considera el TJUE que el órgano jurisdiccional nacional está obligado en virtud del artículo 43 LEC²⁰ a suspender la acción individual hasta que se resuelva mediante sentencia firme la acción colectiva cuya solución pueda aplicarse respecto de la acción individual y

la presentación de estas demandas, la asociación de consumidores Adicae ejercitó contra 72 entidades bancarias una acción colectiva dirigida a obtener la cesación del uso de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo. En los dos litigios principales las entidades bancarias demandadas, Caixabank y Catalunya Caixa, solicitaron la suspensión hasta que recayese sentencia firme en el procedimiento colectivo, oponiéndose los consumidores-demandantes. A resultas de esa petición de suspensión el Juzgado de lo Mercantil se plantea determinadas cuestiones toda vez que, según el juzgado remitente, el artículo 43 LEC le obliga a suspender hasta el dictado de sentencia firme en el procedimiento colectivo, viéndose además subordinado en cuanto a su resultado, de forma que el justiciable debe renunciar al tribunal competente por razón de su domicilio y tiene determinadas limitaciones para formular alegaciones a título individual en el procedimiento colectivo.

²⁰ Artículo 43 LEC: «Prejudicialidad civil.

Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, *podrá* mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación» (cursiva y subrayado son nuestros).

de ese modo, el consumidor no puede hacer valer de forma individual los derechos reconocidos por la Directiva 93/13, desvinculándose de dicha acción colectiva²¹.

Estima el TJUE que esa situación puede redundar en perjuicio del consumidor, ya que este «queda obligatoriamente vinculado por el resultado de la acción colectiva, incluso cuando decida no participar en ella, y *la obligación que el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone al juez nacional*²² impide a este realizar un análisis de las circunstancias que concurren en el asunto del que conoce», no siendo determinantes para la resolución del litigio individual ni la cuestión de la negociación individual de la cláusula respecto de la que se alega el carácter abusivo, ni la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión²³. Además, el consumidor está sometido al plazo de adopción de una resolución judicial referida a la acción colectiva, debiendo suspenderse la acción individual hasta que exista sentencia firme en la acción colectiva²⁴.

Igualmente, tiene en cuenta el TJUE que en Derecho interno si el consumidor desea adherirse a la acción colectiva está sujeto a condicionantes relativos a la determinación del órgano jurisdiccional competente y a los motivos que pueden invocarse, perdiendo los derechos que le serían reconocidos en el marco de una acción individual (la toma en consideración de todas las circunstancias de su causa y la posibilidad de renunciar a que no se aplique la cláusula abusiva)²⁵.

Frente al argumento de la necesidad de garantizar la coherencia entre resoluciones judiciales, considera el TJUE, siguiendo al Abogado General, que la diferente naturaleza del control judicial ejercido en el marco de una acción colectiva y en el marco de una acción individual debería, en principio, evitar el riesgo de que se dicten resoluciones judiciales contradictorias²⁶.

Concluye el TJUE que el artículo 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra

²¹ *Ibid.*, apdo. 35.

²² Cursiva es nuestra.

²³ As. C-381/14 y C-385/14. STJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués*, apdo. 37.

²⁴ *Ibid.*, apdo. 38.

²⁵ *Ibid.*, apdo. 40.

²⁶ *Ibid.*, apdo. 41.

pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el segundo apartado del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

Comentarios. A nuestro juicio, el TJUE debería haber atemperado su respuesta. Parece bastante más acertado el planteamiento del Abogado General²⁷ que no configura como una obligación automática de suspender la acción individual lo preceptuado en el artículo 43 LEC, entendiendo que la normativa procesal española no se opone a la Directiva 93/13, salvo que se diera alguna de las dos circunstancias a las que se refiere (automaticidad de la suspensión e imposibilidad del consumidor de desvincularse). El TJUE, dejándose llevar por la interpretación del juez remitente, entiende que el artículo 43 LEC acarrea esas circunstancias, conclusión con la que difícilmente se puede estar de acuerdo. Antes bien, a nuestro modo de ver, dicho precepto otorga al juez la facultad, pero no la obligación al utilizar el vocablo «podrá». Deteniéndonos en las conclusiones del Abogado General, hemos de señalar que presenta un análisis exhaustivo de la cuestión, haciendo hincapié en el hecho de que los tribunales nacionales interpretan de forma divergente dicho precepto no estando resuelta la cuestión en casación. Hace referencia a las tres posturas existentes en ese momento (a.-prejudicialidad y suspensión, b.-litispendencia y archivo de los asuntos individuales y c.- ni prejudicialidad ni litispendencia, continuación del procedimiento individual). También examina el Abogado General los eventuales efectos de las resoluciones estimatorias de una acción colectiva para los consumidores que no han sido parte en el procedimiento.

El Abogado General manifiesta compartir la postura de la Comisión en el sentido de que el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 se refiere a las acciones individuales mientras que las acciones colectivas de cesación previstas en el artículo 7.2 constituyen un complemento para garantizar dicha protección, llevando a cabo un control abstracto y general del posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales frente al control concreto exigido por la Directiva 93/13 en las acciones de las que sea parte el consumidor individual. Así, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros la obligación de introducir,

²⁷ Asuntos C-381/14 y C-385/14. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 14 de enero de 2016.

con carácter principal, las acciones individuales y, con carácter complementario, las acciones colectivas de cesación, que no pueden sustituir a las acciones individuales ni obstaculizarlas.

El Abogado General examina la diferente interpretación que del artículo 43 LEC realiza el juez remitente (suspensión obligatoria) frente a la que llevan a cabo el Gobierno español, Comisión y el Sr. Sales Sinués (suspensión facultativa o margen de apreciación para decidir si la suspensión es pertinente o no). Finalmente, el Abogado General examina la conformidad de la normativa nacional con los principios de equivalencia y de efectividad. No existiendo contradicción con el primero, la situación respecto del principio de efectividad es diferente. El Abogado General Sr. Spuznar sostiene que no resulta conforme al principio de efectividad una interpretación del artículo 43 de la LEC que considere que existe la obligación de suspender la acción individual cuando exista un procedimiento colectivo paralelo o que conceda una prioridad automática a la acción colectiva respecto de las acciones individuales sin que el consumidor pueda decidir, por un lado, no ejercitar su derecho o ejercitarlo eficazmente en el marco de un procedimiento individual, ni por otro lado, desvincularse de la acción colectiva. El Abogado General enumera una serie de problemas vinculados al principio de efectividad que justifican su postura. Así, entre otros, la personación individual en un procedimiento de tutela de los intereses colectivos (art. 11.4 LEC) implicaría para el consumidor afectado tener que comparecer ante el tribunal que está conociendo de ese asunto, renunciando a su propio foro, el del juez mercantil del lugar del domicilio, el plazo de dos meses (art. 15.1 y 15.3 LEC) también puede generar dificultades y el hecho de que el consumidor se halle limitado por la manera en que la asociación haya abordado el asunto –sin poder modificar el objeto o introducir otras pretensiones– constituye un obstáculo para su protección como consumidor.

Concluye el Abogado General que el artículo 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa procesal nacional que permite decretar, debido a la prejudicialidad civil, la suspensión de una acción individual incoada paralelamente a una acción colectiva de cesación hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento colectivo, a condición de que: la suspensión no sea obligatoria ni automática, y el consumidor afectado pueda desvincularse de la acción colectiva.

Como hemos visto, la postura del TJUE presenta diferencias sustanciales con relación a la del Abogado General y a lo propuesto por este. Así, el TJUE no considera las acciones colectivas como complementarias, sino que se refiere a los objetos y efectos jurídicos diferentes que tienen unas y otras. Además y con mayor trascendencia, mientras que el Abogado General viene a sostener

que la normativa controvertida no se opone a la Directiva 93/13, salvo que la suspensión sea obligatoria o automática o que el consumidor afectado no pueda desvincularse de la acción colectiva, el TJUE en su fallo viene a estimar que la normativa nacional se opone a la Directiva 93/13 en la medida en que obliga al juez de la acción individual a suspender automáticamente la tramitación de la acción en espera de que recaiga sentencia firme en la acción colectiva y sin que el consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

Se ha afirmado que la exigencia de la posibilidad de desvinculación distorsiona un pronunciamiento que hubiera resultado más comprensible y equilibrado si se hubiese limitado a admitir la posibilidad de suspensión por prejudicialidad, siempre que no fuera preceptiva y pudiese tomar en consideración su pertinencia desde la perspectiva de la protección del consumidor y la efectividad de los derechos que le reconoce el Derecho de la Unión²⁸.

Según Aguilera Morales, la solución proporcionada por el TJUE impone (por vía negativa) un modelo de tutela de los derechos e intereses de los consumidores que prima la dimensión individual sobre la colectiva, que garantiza el *opt out* y que evidencia que en los asuntos en los que están implicadas la aplicación y efectividad del Derecho de la Unión, la autonomía procesal es poco menos que una entelequia²⁹.

Con independencia de la valoración dada por los distintos procesalistas españoles, lo que es indudable es que el Tribunal Constitucional se ha visto influenciado por la respuesta dada por el TJUE.

Para el Tribunal Constitucional, tanto la suspensión del proceso individual en favor de la acción de cesación de cláusulas abusivas (prejudicialidad civil suspensiva), como la exclusión y archivo del proceso individual (litispendencia) son contrarias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24 C. E.). En línea con lo mantenido por el TJUE en *Sales Sinués*, para el Tribunal Constitucional la única interpretación acorde con el artículo 24.1 de la Constitución es que el consumidor afectado pueda desvincularse de la acción colectiva³⁰.

Es de observar que nuestro Tribunal Constitucional mediante la sentencia de 19 septiembre de 2016 (núm. 148/2016)³¹ y las posteriores de 12 de

²⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Las relaciones entre las acciones colectivas e individuales: el precedente sentado por la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016», en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, dirigida por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, edit. Sepín, Madrid, 2018, p. 624.

²⁹ AGUILERA MORALES, M., «Concurrencia de acciones colectivas e individuales: la solución a un problema de legalidad ordinaria de manos del TJUE» en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, dirigida por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, edit. Sepín, Madrid, 2018, p. 486.

³⁰ AGUILERA MORALES, M., *Ibidem*, pp. 475-476.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 septiembre de 2016, núm. 148/2016. ES: TC:148:2016.

diciembre de 2016 (núm. 206/2016)³², 19 de diciembre de 2016 (núm. 223/2016)³³ y 16 de enero de 2017 (núm. 3/2017)³⁴ estimó los respectivos recursos de amparo de los consumidores que planteaban a nivel de tutela constitucional la problemática tratada en la sentencia *Sales Sinués*, de forma que el Tribunal Constitucional sostiene que constituye una decisión arbitraria vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 de la Constitución) apreciar la litispendencia y acordar la terminación de un proceso en el que se ejercita una acción individual por la pendencia de un proceso en el que se ejercita una acción colectiva, por cuanto que carece de base legal apreciar la litispendencia en ese caso.

Es innegable que, ante la falta de claridad normativa existente, el TJUE ha contribuido a solventar un problema de legalidad ordinaria cuya respuesta debería haber procedido de nuestro legislador.

Al margen del análisis desde la perspectiva del Derecho procesal español, en mi opinión, la sentencia *Sales Sinués* ha de ser considerada como parámetro a aplicar en los ordenamientos procesales de los diferentes Estados miembros para tutelar la relación entre las acciones colectivas e individuales en el ámbito de consumidores.

10.2.2 Jurisprudencia del TJUE en materia de asociaciones de consumidores: su intervención en acciones individuales

Caso 114. *Pohotovost'* (contra *Miroslav Vasuta*)³⁵: Es compatible con la Directiva 93/13 y con los artículos 38 y 47 de la Carta la normativa nacional eslovaca que no permite la intervención procesal de una asociación de consumidores en el marco de la ejecución de un laudo arbitral.

Hechos. La petición se presentó en el marco de un litigio entre la empresa *Pohotovost' s. r. o.* y un consumidor relativo a la ejecución de un laudo

³² Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 2016, núm. 206/2016. ES: TC:206/2016.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 2016, núm. 223/2016 ES: TC:223/2016.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2017, núm. 3/2017. ES: TC:3:2017.

³⁵ Asunto C-470/12, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de febrero de 2014. *Pohotovost' s.r.o.* contra *Miroslav Vašuta*, en el que participa *Združenie na ochranu občana spotrebiteľa HOOS*. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Okresný súd Svidník* (Eslovaquia). EU: C:2014:101. El Abogado General Sr. Wahl presentó sus conclusiones en audiencia pública el día 12 de diciembre de 2013.

arbitral mediante el que se condenó a este último a pagar varias sumas de dinero en el marco de un contrato de crédito al consumo³⁶.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13, en particular, sus artículos 6.1, 7.1 y 8, en relación con los artículos 38 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual no se admite la intervención de una asociación para la defensa de los consumidores en apoyo de un consumidor en un procedimiento de ejecución de un laudo arbitral firme tramitado en contra de este último. La segunda pregunta es declarada inadmisibile porque el órgano judicial remitente le pide al TJUE que interprete normativa nacional.

Doctrina. Según el Tribunal de Justicia la asociación de consumidores trata de intervenir en el procedimiento porque considera que el juez no concedió de oficio al consumidor la protección adecuada. Además, según la normativa procesal civil interna puede admitirse la intervención de una asociación para la defensa de los consumidores como parte coadyuvante en un litigio sobre el fondo que afecte a un consumidor. Sin embargo, en los procedimientos de ejecución relativos a un consumidor, ya sea la ejecución de una sentencia de un órgano jurisdiccional o de un laudo arbitral firme como el controvertido en

³⁶ La financiera concedió un crédito al consumo al Sr. Vasuta y, mediante resolución de 9 de diciembre de 2010, el Tribunal Permanente de Arbitraje dictó un laudo instando al consumidor a pagar una determinada cantidad a la financiera. La financiera presentó una demanda de ejecución de este laudo arbitral, que había adquirido carácter firme y ejecutorio. El 25 de marzo de 2011, el agente judicial a quien Pohotovost' había otorgado su mandato solicitó al Juzgado municipal de Svidník la autorización para ejecutar dicho laudo arbitral. Mediante resolución de 29 de junio 2011, esta demanda de ejecución fue desestimada en la parte relativa al cobro de los intereses de demora y a los gastos relacionados con este cobro, estimándola respecto de los demás créditos. En septiembre de 2011 la asociación para la defensa de los consumidores HOOS solicitó intervenir en el procedimiento de ejecución en virtud del artículo 93, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil eslovaca. En cuanto al fondo, invocó la falta de imparcialidad del agente judicial a quien se había otorgado el mandato. La financiera solicitó que se declarase la inadmisibilidad de la intervención de la Združenie HOOS ante el órgano jurisdiccional remitente puesto que, según ella, el Código de ejecuciones no prevé expresamente la posibilidad de tal intervención. Mediante auto de 24 de mayo de 2012, el Okresný súd Svidník declaró la inadmisibilidad de la demanda de intervención de la Združenie HOOS en el procedimiento de ejecución y desestimó la solicitud de suspensión de este procedimiento. La asociación para la defensa de los consumidores HOOS interpuso en junio de 2012 un recurso contra este auto. Por un lado, alega que no se había informado suficientemente al consumidor Sr. Vašuta. Por otro lado, considera que dicho órgano jurisdiccional no había aplicado de oficio al Sr. Vašuta normas que otorgasen una protección suficiente frente a una cláusula compromisoria abusiva y no había deducido conclusiones jurídicas de la falta de indicación de la tasa anual equivalente en el contrato de crédito al consumo. Finalmente, alega que el órgano jurisdiccional de la instancia no aplicó correctamente la jurisprudencia resultante de la sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* (asunto C-40/08, STJUE de 6 de octubre de 2009) y del auto recaído en el asunto *Pohotovost'* (asunto C-76/10, auto del TJUE de 16 de noviembre de 2010).

el litigio principal, el Código de ejecuciones no admite la intervención de una asociación de estas características³⁷.

Tras recordar las premisas clásicas relativas a la Directiva 93/13, el TJUE declara que tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios, el juez nacional está obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en que se basa el crédito reconocido en dicho laudo si, con arreglo a las normas procesales internas, tiene la obligación de apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público en el marco de un procedimiento de ejecución similar³⁸.

Dicho ello, el TJUE procede a analizar el papel de las asociaciones para la defensa de los consumidores, aludiendo al 7.1 y al 7.2 de la Directiva y a las acciones de cesación. No obstante, añade el TJUE, siguiendo las conclusiones del Abogado General³⁹, que ni la Directiva 93/13 ni las Directivas que la sucedieron, que completan el régimen normativo de protección de los consumidores, contienen disposición alguna que regule el papel que pueden o deben desempeñar las asociaciones para la defensa de los consumidores en el marco de litigios individuales que afecten a un consumidor. Así pues, la Directiva 93/13 no regula la cuestión de si tales asociaciones deben tener legitimación para intervenir en apoyo de los consumidores en el marco de tales litigios individuales⁴⁰.

En consecuencia, habiéndose de regular por normativa interna, el TJUE procede a realizar el test de equivalencia y de efectividad. En cuanto al principio de equivalencia, ha de verificarse que la norma en discusión –en este caso sería la que impide a una asociación de consumidores personarse en el procedimiento de ejecución del laudo como coadyuvante del consumidor-ejecutado– se aplica indistintamente en los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y en los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes. Esa apreciación corresponde al juez nacional, facilitando el TJUE determinados elementos relativos a la interpretación del Derecho de la Unión⁴¹.

Por un lado, la normativa interna sobre ejecuciones no permite la intervención de ningún tercero en el procedimiento de ejecución de resolución

³⁷ Asunto C-470/12. STJUE de 27 de febrero de 2014. *Pohotovost' (contra Miroslav Vasuta)*, apdo. 38.

³⁸ *Ibid.*, apdo. 42.

³⁹ Asunto C-470/12. Conclusiones del Abogado General Wahl presentadas el día 12 de diciembre de 2013.

⁴⁰ Asunto C-470/12. STJUE de 27 de febrero de 2014. *Pohotovost' (contra Miroslav Vasuta)*, apdo. 45.

⁴¹ *Ibid.*, apdo. 48.

judicial o arbitral, ya se base el recurso en la invocación de Derecho nacional como de derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión. En consecuencia, el principio de equivalencia no resulta afectado⁴².

En cuanto al principio de efectividad, se remite el TJUE a la sentencia *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*⁴³ para recordar que ha de tenerse en cuenta los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento. El TJUE analiza también el papel de los artículos 38 y 47 de la Carta. Respecto del primero, al no haber un precepto en la Directiva 93/13 que establezca el derecho de las asociaciones para la defensa de los consumidores a intervenir en los litigios individuales que afecten a un consumidor, el artículo 38 de la Carta, como tal, no puede imponer una interpretación de la referida Directiva en el sentido de que ha de reconocerse tal derecho⁴⁴.

En relación con el artículo 47 de la Carta ocurre prácticamente lo mismo. No puede considerarse la negativa a la intervención de la asociación como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta ya que la asociación sigue teniendo derecho a ejercitar acciones colectivas e incluso, según la normativa controvertida, puede representar directamente al consumidor a través de un mandato conferido por este⁴⁵, siguiendo el TJUE las conclusiones del Abogado General Wahl⁴⁶.

Por todo ello, el TJUE llega a la conclusión de que la normativa nacional controvertida no viola el principio de efectividad al no establecer la posibilidad de que una asociación para la defensa de los consumidores intervenga en un procedimiento de ejecución de una resolución judicial o de un laudo arbitral firme⁴⁷.

De esta forma, el TJUE declara que procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 93/13, en particular, sus artículos 6, apartado 1, 7, apartado 1, y 8, en relación con los artículos 38 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual no se admite la intervención de una asociación para la defensa

⁴² *Ibid.*, apdos. 49 y 50.

⁴³ Asunto C-413/12. STJUE de 5 de diciembre de 2013. *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*.

⁴⁴ Asunto C-470/12. STJUE de 27 de febrero de 2014. *Pohotovost' (contra Miroslav Vasuta)* apdo. 52.

⁴⁵ *Ibid.*, apdos. 54 y 55.

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General Wahl presentadas el día 12 de diciembre de 2013, apdo. 64.

⁴⁷ Asunto C-470/12. STJUE de 27 de febrero de 2014, *Pohotovost' (contra Miroslav Vasuta)*, apdo. 56.

de los consumidores en apoyo de un consumidor en un procedimiento de ejecución de un laudo arbitral firme tramitado en contra de este último⁴⁸.

Comentarios. El TJUE sigue las conclusiones del Abogado General, si bien este hizo una matización no recogida por el Tribunal de Justicia en el sentido de que los artículos 6, apartado 1, 7, apartado 1, y 8, de la Directiva, en relación con los artículos 38 y 47 de la Carta tampoco se oponen a que el juez admita la intervención de dicha asociación en un procedimiento de ejecución de un laudo arbitral. Entendemos que el TJUE consideró que no procedía esta última matización al no ser exactamente lo que había preguntado el juez remitente que era la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la norma procesal interna que no permitía la intervención como coadyuvante de la asociación de consumidores en la ejecución del laudo arbitral.

La sentencia resulta interesante al tener que dilucidar la cuestión de la intervención procesal de las asociaciones de consumidores bajo el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta y de la obligación de las políticas de la Unión de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores prevista en el artículo 38 de la Carta. El TJUE viene a diferenciar de forma categórica la posición procesal de los consumidores litigantes individuales frente a la de las asociaciones de consumidores de forma que las ventajas procesales de las que gozan los primeros no son extensibles a las asociaciones de consumidores, a pesar del interés legítimo en la protección de los consumidores que las asociaciones ostentan.

Desde nuestro punto de vista, la solución dada por el TJUE, siguiendo las conclusiones del Abogado General Wahl, no es la más adecuada. A nuestro modo de ver, una legislación nacional que no permite la personación de una asociación de consumidores en cualquiera de las fases de un procedimiento judicial —en este caso, en la ejecución del laudo arbitral— en el que se está enjuiciando sobre una eventual cláusula compromisoria abusiva es contraria a la Directiva 93/13, en particular a su artículo 7.2 en relación con los artículos 6.1 y 7.1. No es necesario que la Directiva establezca expresamente el derecho de las asociaciones a intervenir en litigios individuales incoados en contra de los consumidores, como parece exigir el Abogado General para que la legislación eslovaca fuera incompatible. El considerando 23 de la Directiva 93/13 puede ser interpretado en el sentido de que está amparando ese derecho en la medida que reza: «Considerando que las personas u organizaciones, que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor,

⁴⁸ *Ibid.*, apdo. 57.

deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial [...]».

En esa balanza de intereses, es de reconocer la importancia que tiene el hecho de que, con arreglo a la legislación eslovaca, una asociación puede representar directamente a un consumidor en cualquier procedimiento, incluso de ejecución, en virtud de un mandato conferido por este, argumento señalado por el TJUE.

No obstante, lo que está en juego es el interés legítimo que ostenta la asociación de consumidores para impugnar una cláusula compromisoria abusiva en fase de ejecución de laudo a fin de conseguir una resolución judicial que pueda beneficiar al conjunto de los consumidores. Es una finalidad legítima perfectamente encuadrable en los dictados de la Directiva 93/13. Al reconocer ese derecho la legislación eslovaca en las demás fases del procedimiento está admitiendo esa finalidad legítima. No tiene sentido que ostente legitimación en el procedimiento ordinario y no la ostente en el ejecutivo. La situación ha de ser contemplada desde la perspectiva de los objetivos de la Directiva 93/13 en conjunción con el derecho a la tutela judicial efectiva de la asociación de consumidores en el marco del interés legítimo que ostenta y diferenciado del derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor litigante. El consumidor individual puede no estar interesado en otorgar el mandato a la asociación de consumidores, puede estar representado por letrado o no estarlo, puede tener una buena defensa técnica o recibir una pésima asistencia jurídica, de la misma forma que el juez que tiene la obligación de apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula compromisoria puede actuar correctamente o no hacerlo. Todas estas actuaciones ni se solapan ni se obstaculizan entre ellas, sino que el ordenamiento jurídico de la Unión las prevé como instrumentos para conseguir la finalidad del cese de la utilización de las cláusulas abusivas. Todas las instituciones de la Unión – y entre ellas el propio TJUE – son conscientes de los logros obtenidos a través de procedimientos judiciales impulsados por las asociaciones de consumidores. En consecuencia, desde nuestro punto de vista, estaría justificada otra postura del TJUE al respecto y, en cualquier caso, habida cuenta de que el TJUE sostiene –siguiendo al Abogado General Sr. Wahl– que ni la Directiva 93/13 ni las restantes directivas de protección de consumidores contienen disposición alguna que regule el papel que pueden o deben desempeñar las asociaciones para la defensa de los consumidores en el marco de litigios individuales que afecten a un consumidor, sería deseable que el legislador comunitario incorporase expresa y claramente el derecho de las asociaciones de consumidores a litigar en dichos procedimientos.

10.3 EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE ORDEN PÚBLICO

El principio –o subprincipio– de equivalencia de orden público comprende la aplicación de oficio de normas imperativas de Derecho de consumidores por parte del juez nacional al conferírseles el mismo rango que las normas nacionales de orden público cuando, según la legislación nacional, estas hayan de aplicarse de oficio. Son muchas las resoluciones en las que el TJUE debate sobre dicho principio. A continuación, analizamos una de ellas.

Caso 115. Jörös⁴⁹: Aplicación del principio de equivalencia de orden público en virtud del cual el tribunal de apelación debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando el juez nacional que resuelve en apelación dispone de esa competencia en las situaciones de naturaleza interna, ya que la situación controvertida afecta a la salvaguardia de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de un litigio instado por la consumidora Sra. Joros contra una entidad financiera húngara solicitando la invalidez parcial del contrato de préstamo celebrado entre las partes⁵⁰.

⁴⁹ Asunto C-397/11. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de mayo de 2013. Erika Jörös contra Aegon Magyarország Hitel Zrt., petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Fővárosi Bíróság (Hungría), EU: C:2013:340. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Mengozzi, al que le fue asignado.

⁵⁰ En julio de 2007 la consumidora Sra. Jörös celebró un contrato de préstamo con Aegon, una entidad financiera húngara, por una cantidad aproximada de 160.000 francos suizos (CHF), abonada en forintos húngaros (HUF), cuyo vencimiento se fijó al 15 de agosto de 2024. Ese contrato, concluido sobre la base de un formulario redactado de antemano por el establecimiento financiero, preveía el pago de intereses, cuyo tipo era del 4,5 % anual al tiempo de la conclusión del contrato, y de gastos de tramitación, cuyo tipo era del 2,2 % anual en esa misma fecha. Al momento de la liquidación se debía una comisión de disposición del 1,5 % del importe total del préstamo, con un mínimo de 250 CHF y un máximo de 1.759 CHF. De todo ello resultaba una tasa anual equivalente del 7,658 %. La cláusula 3.2 de la parte general II del contrato de préstamo concluido entre la Sra. Jörös y Aegon estipulaba que, al concluir cada ejercicio económico, el prestamista estaba facultado para modificar el importe de los gastos de tramitación para el ejercicio siguiente, según las tarifas y del modo definido por la normativa interna de ese establecimiento de crédito. La cláusula 8.2 del contrato estipulaba que el prestamista estaba facultado para modificar unilateralmente el tipo de interés o la cuantía de los otros gastos previstos por ese contrato y para establecer nuevas clases de comisiones y de gastos en el supuesto de una modificación de los gastos ligados a la financiación de la operación. La cláusula 12.2 del mismo contrato establecía que si, a consecuencia de una modificación de cualquier disposición legal o administrativa, o de la interpretación de dichas disposiciones, se generaran a cargo de Aegon nuevos gastos que este no hubiera podido prever al tiempo de concluir el contrato, el prestatario estaría obligado a pagar a requerimiento de ese establecimiento financiero una cantidad que cubriera esos gastos, o alternativelymente dicho establecimiento estaría facultado para modificar de manera unilateral los tipos de interés del préstamo o la cuantía de las comisiones. El contrato de préstamo no preveía, en caso de modificación unilateral por el establecimiento financiero, el derecho de resolución con efectos inmediatos a favor del prestatario. La Sra. Jörös demandó a Aegon, la entidad prestamista, ante el Tribunal central de distrito de Pest. En su demanda alegó la invalidez parcial del contrato de préstamo, afirmando que las estipulaciones de este eran usurarias, contrarias a las buenas costumbres y

Ante las dudas suscitadas sobre la interpretación del Derecho de la Unión el tribunal húngaro que tramitaba la apelación elevó cuestión prejudicial al TJUE con tres preguntas contestadas por el TJUE en el orden que sigue a continuación.

Como tercera cuestión el tribunal remitente preguntó si debe interpretarse la Directiva 93/13 en el sentido de que un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por el profesional, está facultado para examinar el carácter abusivo de las cláusulas discutidas, cuando esa causa de invalidez no se haya suscitado en primera instancia, siendo así que según el Derecho nacional, como regla general, en instancia de apelación no se pueden tener en cuenta hechos o pruebas nuevos.

Como primera cuestión el tribunal remitente quería saber en esencia si el artículo 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que haya constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual puede apreciar de oficio si se debe anular el contrato por esa causa, siendo así que las partes no han formulado una pretensión en ese sentido.

Finalmente, como segunda cuestión, el tribunal remitente trataba de saber en sustancia si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que un tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual puede apreciar si se debe anular el contrato por esa causa, siendo así que conforme a las reglas procesales internas las acciones que pretenden la declaración de la invalidez de cláusulas contractuales abusivas corresponden a la competencia de otro órgano jurisdiccional.

Doctrina.-El TJUE comienza por recordar las premisas ya presentadas en *Banco Español de Crédito*⁵¹ y en *Banif Plus Bank*⁵² declarando, entre otros extremos, que el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Al estar regulada la cuestión por la normativa procesal

simuladas. Sin embargo, no solicitó al juez la declaración de invalidez parcial del contrato por el carácter abusivo de las estipulaciones. El tribunal desestimó la demanda de la Sra. Jörös mediante sentencia de 2 de diciembre de 2010 que fue recurrida en apelación por la actora ante el Fővárosi Bíróság, alegando, en particular, la nulidad de las cláusulas 3.2, 8.1, 8.2, y 12.2. del contrato de préstamo.

⁵¹ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*.

⁵² Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*.

interna conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, el TJUE procede a hacer el consabido test del principio de equivalencia y del principio de efectividad.

En relación al principio de equivalencia, señala el TJUE que se deduce de él que, cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva. En el supuesto de que el tribunal remitente determinara que dispone de esa competencia en las situaciones de naturaleza interna estaría obligado a ejercerla en una situación como la del litigio principal, que afecta a la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere al consumidor.

De los autos y observaciones presentadas ante el TJUE, deduce este que en el sistema jurisdiccional húngaro el juez que resuelve en apelación es competente, cuando dispone de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, para apreciar, bien sea de oficio o bien recalificando el fundamento jurídico de la demanda, la existencia de una causa de nulidad de una cláusula contractual, nacida de esos elementos, aun si la parte litigante que habría podido alegar esa causa de nulidad no la hubiera invocado.

Señala el TJUE que cuando el juez nacional que resuelve en apelación dispone de esa competencia en las situaciones de naturaleza interna, debe ejercerla en una situación como la que es objeto del litigio principal, que afecta a la salvaguardia de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor.

Por ello, el TJUE responde a la tercera pregunta declarando que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva.

En relación a la primera pregunta, que es contestada por el TJUE en segundo lugar, relativa a la obligación de anular de oficio la cláusula abusiva, aunque ello no haya sido petitionado por las partes, el TJUE tras mencionar las premisas declaradas en anteriores sentencias como *Pannon GSM*, *Banif Plus Bank* y *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, entre otras, el TJUE le indica al juez nacional el proceso a seguir: constatar el carácter abusivo de la cláusula y determinar si el contrato puede subsistir sin la cláusula. El TJUE procede a responder a la primera cuestión declarando que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que constate el carácter abusivo de una cláusula contractual está obligado, sin esperar a que el consumidor formule una solicitud a ese efecto, a deducir todas las consecuencias que según el Derecho nacional nacen de esa constatación, para cerciorarse de que el consumidor no quede vinculado por esa cláusula, por un lado, y, por otro, debe apreciar, en principio según criterios objetivos, si el contrato afectado puede subsistir sin esa cláusula.

En relación con la segunda cuestión, contestada en último lugar, el órgano remitente le había preguntado por el problema referido al hecho de que si se debe anular el contrato una vez constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula cuando resulta que conforme a las reglas procesales internas las acciones que pretenden la declaración de la invalidez de cláusulas contractuales abusivas corresponden a la competencia de otro órgano jurisdiccional.

Como era de prever, en su respuesta el TJUE no va a indicarle cómo solucionar un problema jurisdiccional interno, sino que se limita a decirle que tiene que buscar la solución adecuada para proteger al consumidor frente a la cláusula abusiva. En palabras del TJUE, «de las exigencias de una interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva 93/13 y de la tutela efectiva de los derechos de los consumidores se deduce que corresponde al tribunal nacional aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se logre el resultado final previsto por el artículo 6, apartado 1, de esa Directiva»⁵³.

Concluye el TJUE declarando que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por esta.

⁵³ Asunto C-397/11. STJUE de 30 de mayo de 2013, *Jörös*, apdo. 52.

Comentarios. En la misma línea seguida en *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, en la sentencia ahora comentada, el TJUE deja constancia de que cuando el juez de apelación debe apreciar, según su ordenamiento interno, un supuesto de nulidad si la existencia de la causa de esta nulidad resulta con claridad de las actuaciones en primera instancia, incluso cuando la parte litigante que habría podido alegar esa causa de nulidad no la hubiera invocado, el juez nacional de apelación también debe ejercer esa competencia en una situación que afecta a la salvaguardia de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor. Ello representa la aplicación del principio de equivalencia de orden público que tiene su razón de ser en el hecho de que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 tienen el mismo rango que las normas nacionales de orden público. Es decir, en aplicación del principio de equivalencia, si el tribunal de apelación interviene de oficio ante una causa prevista en las normas nacionales de orden público, también tiene que hacerlo para apreciar la naturaleza abusiva de una cláusula que entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, sin importar para nada que las reglas procesales internas dispongan que tendría que haber sido invocado por el consumidor y sin que pueda ser un obstáculo las normas sobre competencia jurisdiccional. Lo que le dice el TJUE al juez remitente es que aplique sus normas procesales (y relativas a la organización jurisdiccional) que estime convenientes, pero que garantice la protección del consumidor en los términos previstos en la Directiva 93/13, de forma que el consumidor no quede vinculado por la cláusula de naturaleza abusiva, habida cuenta de que las disposiciones de la Directiva 93/3 tienen el mismo rango que las normas nacionales de orden público.

10.4 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

Frente una normativa procesal nacional –representada por el artículo 695 LEC en su redacción anterior– que no confería al consumidor-ejecutado la posibilidad de recurrir la resolución que desestimaba su oposición basada en la naturaleza abusiva de una cláusula del título que servía de fundamento para la ejecución mientras que sí otorgaba al profesional-ejecutante la facultad de recurrir la resolución que acordaba el sobreseimiento de la ejecución o que ordenaba la inaplicación de la cláusula abusiva, el TJUE podía optar, en términos generales, por seguir la propuesta del Abogado General y entender que se trataba de una cuestión regulada totalmente por el Derecho nacional y que no constituía «aplicación del Derecho de la Unión» (art. 51.1 de la Carta) o bien adentrarse en los pormenores del derecho a la tutela judicial efectiva del

consumidor y dentro de este, como parte integrante del mismo, ampararse en el principio de igualdad procesal o de igualdad de armas para decidir la eventual incompatibilidad con estos principios y con la Directiva 93/13 de la norma procesal española. Seguidamente, analizamos cómo el TJUE se decantó por esta segunda alternativa abriendo una importante «vía de agua» en el principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

Caso 116. *Sánchez Morcillo*⁵⁴ (también referenciada como *Sánchez Morcillo y Abril García*): El artículo 695 LEC es contrario al principio de igualdad procesal porque el consumidor-deudor-ejecutado no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestima su oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusula abusiva mientras que el profesional-acreedor-ejecutante puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

Hechos. La petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Sánchez Morcillo y la Sra. Abril García, por una parte, y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., por otra, en relación con la oposición de los primeros a la ejecución hipotecaria relacionada con su vivienda⁵⁵.

⁵⁴ Asunto C-169/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de julio de 2014. Juan Carlos Sánchez Morcillo y otra v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA. Petición de cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE formulada por la Audiencia Provincial de Castellón. EU: C:2014:2099. El Abogado General Sr. Wahl presentó sus conclusiones el 3 de julio de 2014.

⁵⁵ En 2003, los consumidores firmaron con la entidad bancaria una escritura pública de préstamo con hipoteca por una cantidad de 300.500 euros, constituyendo de este modo una garantía hipotecaria sobre su vivienda. La devolución de la referida cantidad debía finalizar el 30 de junio de 2028, escalonándose en 360 cuotas mensuales. En el supuesto de que los deudores incumplieran su obligación de pago, la entidad bancaria estaba facultada para declarar el vencimiento anticipado de la obligación de devolver el préstamo concedido a los recurrentes en el litigio principal. La cláusula 6.ª bis del contrato de préstamo fijaba el interés moratorio en el 19 % anual, mientras que, en el período correspondiente al litigio principal, el tipo de interés legal era en España del 4 % anual. A raíz del incumplimiento por los recurrentes en el litigio principal de su obligación de pagar las cuotas mensuales para la devolución del préstamo, la entidad bancaria presentó una demanda contra ellos el 15 de abril de 2011, solicitando el pago de la totalidad del préstamo junto con los intereses ordinarios y de demora, así como la venta en pública subasta de la finca hipotecada. Una vez iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria, los consumidores formularon oposición contra la demanda de ejecución hipotecaria, oposición que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Castellón el 19 de junio de 2013. Los recurrentes en el litigio principal interpusieron entonces recurso de apelación contra la resolución del juzgado de instancia. Tras haber sido admitido a trámite, el recurso de apelación fue remitido a la Audiencia Provincial de Castellón. Esta expuso en el auto de remisión de la cuestión prejudicial que si bien el procedimiento civil español permite interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, tras estimar la oposición formulada por el deudor, ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria, tal legislación procesal no permite, en cambio, que el deudor cuya oposición haya sido desestimada interponga recurso de apelación contra la resolución judicial de primera instancia que ordene la continuación del procedimiento de ejecución. Ello le genera dudas a la Audiencia Provincial en cuanto a la compatibilidad de la mencionada normativa nacional

El TJUE consideró que debía examinar conjuntamente las dos cuestiones prejudiciales formuladas por la Audiencia Provincial y que, en ellas, el órgano jurisdiccional nacional pedía, sustancialmente, que se dilucidase si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que este, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

Es de hacer constar que la Audiencia solicitó que el asunto se sometiera al procedimiento acelerado lo que fue estimado por el Presidente del Tribunal de Justicia⁵⁶. Dicha decisión estimatoria se basó, tanto en el número de deudores afectados –hecho que mencionó el órgano jurisdiccional remitente–, como en el riesgo que corría el propietario de perder su vivienda habitual, lo que le situaba, a juicio del Presidente del Tribunal de Justicia, junto con su familia, en una situación particularmente delicada. Además, esta circunstancia quedaba agravada por el hecho de que, según el órgano jurisdiccional remitente, en caso de que resulte que el procedimiento de ejecución se basa en un contrato de préstamo que incluye cláusulas abusivas cuya nulidad es declarada por el juez nacional, la nulidad del procedimiento de ejecución relativo al mismo supone para el deudor perjudicado una protección de carácter meramente indemnizatorio, sin que resulte posible restablecer la situación anterior en la que el deudor tenía la condición de propietario de su vivienda⁵⁷. A ello agregó el Presidente del TJUE que una respuesta del Tribunal de Justicia en un plazo de la mayor brevedad posible podía reducir sensiblemente el riesgo de que las personas afectadas perdiesen su vivienda habitual, por lo que procedía estimar la

con el objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13, así como con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta. La Audiencia Provincial resalta la importancia que tendría atribuir a los consumidores la facultad de interponer recurso de apelación porque cabría considerar «abusivas», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, algunas de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal.

⁵⁶ Asunto C-169/14. *Sánchez Morcillo y Abril García*. Auto del Presidente del Tribunal de Justicia dictado el 5 de junio de 2014. EU: C:2014:1388.

⁵⁷ *Ibid.*, apdos. 11 y 12.

solicitud del órgano jurisdiccional remitente de que el asunto C169/14 se tramitase mediante el procedimiento acelerado⁵⁸.

Doctrina.-Tras referirse a las premisas habituales relativas a la necesidad de protección del consumidor y a la obligación del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el TJUE señala que los procedimientos de ejecución nacionales, tales como los procedimientos de ejecución hipotecaria, están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En ese sentido, el TJUE repasa algunas de sus declaraciones en sentencias relativas a distintos aspectos de los procedimientos españoles, mencionando, entre otras, la sentencia *Banco Español de Crédito*⁵⁹ y la sentencia *Aziz*⁶⁰, aludiendo a la reforma legislativa española introducida por la Ley 1/2013 y motivada por esta última sentencia, que otorgó al deudor-ejecutado la posibilidad de oponer a los procedimientos de ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución⁶¹.

Dicho todo ello, el TJUE se centra en el nuevo problema que debe abordar consistente en que la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la resolución se circunscribe exclusivamente al caso de que el juez de primera instancia haya estimado una oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución, estableciendo así una diferencia de trato entre el profesional y el consumidor en tanto que partes en el procedimiento. En efecto, en la medida en que únicamente puede interponerse recurso de apelación en el caso de que la oposición formulada por el deudor-consumidor se haya considerado fundada, el profesional dispone de un recurso contra una resolución que resulta contraria a sus intereses, mientras que, en el supuesto de que la oposición del deudor-consumidor sea desestimada, este no dispone de esa posibilidad de recurso⁶².

Focalizado así el problema, ya se vislumbra el fallo de la sentencia. En ese punto, el TJUE expone que al no estar armonizados los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades relativas al recurso de apelación se

⁵⁸ *Ibid.*, apdo. 13.

⁵⁹ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

⁶⁰ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013. *Aziz*.

⁶¹ Asunto C-169/14. STJUE de 17 de julio de 2014. *Sánchez Morcillo*, apdos. 22 a 29.

⁶² *Ibid.*, apdo. 30.

regulan por las normas procesales nacionales⁶³ en virtud del principio de autonomía procesal, debiendo dichas normas respetar el principio de equivalencia, en el sentido de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno, así como el principio de efectividad, en el sentido de que no pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el ordenamiento jurídico de la Unión.

En cuanto al principio de equivalencia, el TJUE indica que no cuenta con ningún elemento que le haga suscitar dudas al respecto y, en ese sentido, se refiere a que las disposiciones del artículo 695, apdos. 1 y 4 LEC no prevén que el consumidor pueda interponer un recurso de apelación contra la decisión de desestimar su oposición a la ejecución, no solo cuando dicha oposición se fundamente en el carácter abusivo de una cláusula, sino tampoco cuando se fundamente en la infracción de una norma nacional de orden público, extremo que, no obstante, incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente⁶⁴. Al proceder a efectuar el test de efectividad, tras recordar el TJUE, entre otras, la premisa de que tiene que tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento, enlaza el TJUE con el derecho a la tutela judicial efectiva. Y, así, aludiendo a *Banif Plus Bank*⁶⁵ y a *Alassini y otros*⁶⁶, declara el TJUE que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial, consagrada así mismo en el artículo 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar y esta tutela judicial ha de extenderse tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el Derecho de la Unión como a la definición de la regulación procesal de tales demandas⁶⁷.

Se refiere también el TJUE a que el principio de tutela judicial efectiva no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal⁶⁸. Por tanto, el problema no está en el hecho de que sea un procedimiento de instancia única para hacer valer sus

⁶³ El mismo razonamiento referido a la apelación lo señala el TJUE en numerosas sentencias que tienen como objeto esa fase procedimental (así, entre otras muchas, *Asbeek Brusse y de Man Garabito y Pohotovost*).

⁶⁴ Asunto C-169/14. STJUE de 17 de julio de 2014. *Sánchez Morcillo*, apdos. 32 y 33.

⁶⁵ Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013. *Banif Plus Bank*.

⁶⁶ Asunto C-317/08. STJUE de 18 de marzo de 2010. *Alassini y otros*.

⁶⁷ Asunto C-169/14. STJUE de 17 de julio de 2014. *Sánchez Morcillo*, apdos. 34 y 35.

⁶⁸ *Ibid.*, apdo. 36.

derechos. Como abordará a continuación el TJUE, el problema es que para el consumidor es de instancia única, pero para el profesional no lo es.

Tras examinar el TJUE varias disposiciones del procedimiento de ejecución, llega a la conclusión de que en el supuesto de que se desestime la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal español, considerado en su conjunto y tal como resulta aplicable en el litigio principal, expone al consumidor, o incluso a su familia –como sucede en el litigio principal–, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de esta, siendo así que el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda. La tutela que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, podría obtener eventualmente de un examen judicial distinto, efectuado en el marco de un proceso declarativo sustanciado en paralelo al procedimiento de ejecución, no puede paliar el mencionado riesgo, puesto que, aun suponiendo que tal examen desvele la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendrá una reparación *in natura* de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan solo una protección incompleta e insuficiente. No constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva del documento auténtico de constitución de hipoteca sobre el bien inmueble que sirve de base para trabar el embargo de dicho inmueble⁶⁹.

A partir de ahí, el TJUE va a relacionar la situación descrita anteriormente con el hecho de que al profesional la legislación procesal española sí le reconoce, en su condición de acreedor ejecutante, el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no permite, en cambio, que el consumidor interponga recurso contra la decisión de desestimar la oposición a la ejecución⁷⁰. De esta forma, considera el TJUE que el procedimiento previsto en el artículo 695 LEC coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación

⁶⁹ *Ibid.*, apdo. 43.

⁷⁰ *Ibid.*, apdo. 44.

con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas, poniendo en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13⁷¹. En los apartados siguientes, el TJUE vuelve a traer a colación el artículo 47 de la Carta, partiendo del hecho de que en la normativa procesal española cuando un consumidor y un profesional litigan entre sí en un procedimiento de ejecución hipotecaria, el desarrollo del procedimiento de oposición a la ejecución hipotecaria ante el tribunal nacional, previsto en el artículo 695 de la LEC, resulta contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal.

El TJUE afirma que ese principio forma parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, tal como se garantiza en el artículo 47 de la Carta⁷². Sigue razonando el TJUE que constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de igualdad de armas, lo mismo que, en particular, el de contradicción, no es sino el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria⁷³. El TJUE llega a la conclusión de que el procedimiento español de ejecución hipotecaria se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía⁷⁴. De esta forma, el TJUE responde a las preguntas formuladas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido

⁷¹ *Ibid.*, apdos. 45 y 46.

⁷² *Ibid.*, apdo. 48.

⁷³ *Ibid.*, apdo. 49.

⁷⁴ *Ibid.*, apdo. 50.

en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que este, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva⁷⁵.

Comentarios. En primer lugar, queremos detenernos en el análisis detallado de la opinión del Abogado General Sr. Wahl⁷⁶, cuyas conclusiones resultan radicalmente opuestas a la postura mantenida por el TJUE en su sentencia. El Abogado General iniciaba sus conclusiones transmitiendo la postura que iba a desarrollar a lo largo de las mismas: «El presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar que la influencia del Derecho de la Unión en materia de consumidores sobre el Derecho procesal de los Estados miembros no está exenta de límites»⁷⁷. Afortunadamente para la protección de los derechos de los consumidores, el TJUE no solo dictó una sentencia en un sentido totalmente contrario al preconizado por el Abogado General, sino que, además, desde entonces, ha pronunciado otras sentencias en las que ha profundizado su influencia en el Derecho procesal de los Estados miembros a fin de tratar de depurar las normativas procedimentales nacionales en la medida en que obstaculizan los objetivos del Derecho europeo de consumidores, limitando las facultades de los jueces nacionales para la apreciación de la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales suscritas entre consumidores y profesionales. No obstante, hemos de ser conscientes de que aún hay mucho camino por recorrer.

Según el Abogado General «el artículo 695, apartado 4, de la LEC se refiere a un aspecto que no está regulado en absoluto en la Directiva 93/13». Según el Sr. Wahl «esta Directiva no establece ninguna disposición sobre el número de instancias encargadas del control judicial de las cláusulas contractuales incluidas en su ámbito de aplicación»⁷⁸ y afirma que «la efectividad de la aplicación del Derecho de la Unión, que tiene indiscutiblemente como corolario el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 47 de la

⁷⁵ *Ibid.*, apdo. 51.

⁷⁶ Asunto C-169/14. Conclusiones del Abogado General Sr. Wahl presentadas el 3 de julio de 2014.

⁷⁷ *Ibid.*, apdo. 1.

⁷⁸ *Ibid.*, apdo. 35.

Carta, no exige a los Estados miembros que establezcan una segunda instancia de control judicial»⁷⁹.

Podría pensarse que el Abogado General no ha alcanzado a comprender lo que el tribunal remitente ha intentado poner en evidencia al formular la cuestión.

El problema no es pedir dos instancias o varios niveles de instancias⁸⁰, es una cuestión de igualdad de armas. Existe una discriminación entre las armas dadas por el legislador español al profesional-acreedor-ejecutante frente a las dadas al consumidor-deudor-ejecutado.

La clave que finalmente dio lugar al pronunciamiento del TJUE es la conexión entre la desigualdad de armas y los medios efectivos para prevenir el uso de cláusulas abusivas exigidos por el Derecho de la Unión. Como veremos después, al examinar *Sánchez Morcillo II*⁸¹, es la falta de este vínculo con la protección del consumidor lo que lleva al TJUE a afirmar que el nuevo 695.4 LEC –una vez reformado tras *Sánchez Morcillo*– es compatible con la Directiva y con el artículo 47 de la Carta, aunque el nuevo 695.4 LEC todavía presenta una situación de desigualdad de armas dado que el acreedor puede recurrir en apelación por cualquier causa mientras que el deudor no puede recurrir por otra causa que no sea la naturaleza abusiva de una cláusula, pero este punto específico discutido en *Sánchez Morcillo II* no está vinculado a la protección de consumidores.

El Abogado General enfatiza en la particular naturaleza del procedimiento de ejecución en contraposición con el procedimiento declarativo disponible para el deudor y donde todas las cuestiones relativas al préstamo y a la deuda pueden ser discutidas. Además, trata brevemente el problema de la desigualdad de armas justificando la situación en la naturaleza preferente de los instrumentos de ejecución en los que ha confiado el acreedor y que dan lugar al procedimiento de ejecución. Caso contrario, los derechos de aquellos que detentan un instrumento ejecutivo se verían ignorados. Consecuentemente, en la opinión del Abogado General no existe una situación de desventaja procesal para el consumidor.

En relación con la segunda pregunta formulada por el tribunal remitente sobre la posible incompatibilidad del artículo 695.4 LEC con el artículo 47 de la Carta que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva que comprende entre otros derechos el principio de igualdad de armas y el derecho a un juicio

⁷⁹ *Ibid.*, apdo. 42.

⁸⁰ El Abogado General dedica los apartados 41, 42 y 43 a exponer que el Derecho de la Unión no exige dos instancias para la defensa del consumidor, cuando esa no es la clave de la cuestión formulada por la Audiencia Provincial de Castellón.

⁸¹ Asunto C-539/14. Auto del TJUE de 16 de julio de 2015. *Sánchez Morcillo II*.

justo, el Abogado General examina si el TJUE tiene competencia para dictar sentencia en función de que la situación concernida se refiere a la aplicación del Derecho de la Unión o no.

El Abogado General considera que es muy difícil identificar el vínculo del pleito principal con la Directiva 93/13 y afirma que: «me parece que el problema jurídico controvertido en el asunto principal, que se refiere a las disposiciones nacionales en materia de recursos disponibles contra el auto que decida la oposición a la ejecución de una garantía hipotecaria, está totalmente regulado por el Derecho nacional y no se refiere a un caso de “aplicación del Derecho de la Unión”. Llegar a otra conclusión supondría desconocer el requisito enunciado en el artículo 51, apartado 1, de la Carta, lo que entrañaría extender el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de ésta»⁸².

Frente a la postura del Abogado General, el TJUE adopta una posición diametralmente opuesta.

En la sentencia *Sánchez Morcillo* el TJUE eleva la protección del consumidor-deudor al nivel constitucional del Derecho de la Unión: el Derecho procesal nacional debe respetar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁸³.

Della Negra contrapone la postura del TJUE en *Sánchez Morcillo* frente a la adoptada en *Kusionová*⁸⁴ y sostiene que mientras que en el primer caso el TJUE contempla al consumidor como un ciudadano que está en una posición vulnerable frente al profesional y necesita una protección legal reforzada para ejercitar sus derechos, en *Kusionová* el TJUE ve al consumidor como un deudor normal cuyos derechos sustantivos y procesales tienen que ser contrastados con los derechos concurrentes del acreedor. No lo vemos así desde nuestro punto de vista. Consideramos que son situaciones muy diferentes y el tratamiento jurídico ha de ser también distinto. En *Kusionová*, el TJUE tiene que dilucidar la relación entre el procedimiento de ejecución extrajudicial y la ejecución judicial y esta cuestión determina su fallo.

Lo que resulta indudable es que, tal y como sostiene Della Negra, el TJUE ya no se queda en el principio de efectividad, sino que eleva la protección del consumidor utilizando un nuevo «tamiz» que es el principio del derecho a la tutela judicial efectiva bajo el amparo del artículo 47 de la Carta.

⁸² Asunto C-169/14. Conclusiones del Abogado General Sr. Wahl presentadas el 3 de julio de 2014, apdo. 74.

⁸³ DELLA NEGRA, F., «The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: *Sánchez Morcillo* and *Kusionová*», *Common Market Law Review*, volumen 52, número 4, agosto, 2015, p. 1010.

⁸⁴ Asunto C-34/13. STJUE de 10 de septiembre de 2014. *Kusionová*.

La sentencia *Sánchez Morcillo* dio lugar a una nueva reforma del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por parte del legislador español a fin de añadir la posibilidad de recurrir contra la decisión del juzgado de la instancia denegando la oposición a la ejecución cuando esta impugnación estaba basada en la existencia de cláusulas abusivas. Esta modificación legislativa ha sido establecida por la disposición final tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal⁸⁵.

Esta sentencia del TJUE vuelve a demostrar —como ya lo hizo *Aziz*⁸⁶— la postura inmovilista de nuestro Tribunal Constitucional ante el proceso de ejecución hipotecaria previsto en la LEC. Así, muy poco tiempo antes del dictado de esta sentencia por parte del TJUE, nuestro Tribunal Constitucional, mediante auto de 10 de marzo de 2014⁸⁷, acordó inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Avilés con respecto al artículo 695.4 párrafo segundo⁸⁸, en relación con el artículo 695.1.4, ambos de la LEC.

A continuación, reproducimos el apartado b) del antecedente tercero en el que el Tribunal Constitucional va desgranando la postura del juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad:

«Considera el auto [se refiere el TC al auto formulado por el juez de Avilés] que el artículo 695.4, párrafo segundo LEC, en la redacción dada por la Ley 1/2013, vulnera la igualdad de trato en el derecho de acceso al recurso y por ello formula la siguiente conclusión: el tratamiento igualitario de las partes en el proceso sólo se aseguraría o suprimiendo los recursos para ambas partes, independientemente de cómo se resuelva el motivo de oposición y tal como

⁸⁵ El nuevo apartado 4 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone lo siguiente:

«4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten» (subrayado es nuestro).

⁸⁶ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013. *Aziz*.

⁸⁷ Auto 70/2014 del Tribunal Constitucional de 10 de marzo de 2014, cuestión de inconstitucionalidad núm. 6957-2013, (ES: TC:2014:70A).

⁸⁸ La redacción del artículo 695.4 LEC vigente al tiempo del litigio principal en el asunto *Sánchez Morcillo* y al tiempo de la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6957-2013 por el juzgado de primera instancia e Instrucción de Avilés ante el TC era la siguiente:

«4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.»

preveía la antigua redacción del artículo 695 LEC antes de la Ley 1/2013, o alternativamente, dando la posibilidad de recurso a ambas partes, tal como ocurre en supuestos similares y sobre este punto cita, señaladamente el artículo 560 LEC». El apartado d) del mismo antecedente reza: «En suma, el Auto [se refiere el TC al auto del Juez de Avilés] concluye que el precepto cuestionado es una norma procesal que puede vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la igualdad de partes».

Por tanto, los mismos argumentos que llevaron al TJUE a decidir la incompatibilidad de la norma procesal española con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta interpretado en conjunción con la Directiva 93/13 fueron presentados meses antes al Tribunal Constitucional y rechazados por este. El motivo alegado por el TC para la inadmisión fue el de la falta del juicio de relevancia (salida a la que nos tiene acostumbrados el TC cuando quiere despachar un asunto por la vía rápida). Para apoyar dicha decisión, el TC –siguiendo la postura del Fiscal– da una serie de argumentos en los que viene a decir que el juez promotor ha planteado la cuestión antes de la cuenta porque no se sabe si el ejecutado tendría la intención impugnatoria. Es decir, el juez plantea la cuestión antes de dictar la resolución que no puede ser impugnada por el ejecutado, razonando precisamente que dado que tiene intención de estimar unas causas de oposición y desestimar otras (todas se referían a cláusulas abusivas), considera que el precepto procesal puede ser inconstitucional y acude al TC planteando la cuestión. El TC le viene a contestar que tendría que haberla planteado cuando ya hubiera tomado la decisión y el ejecutado hubiera mostrado su intención de recurrir. Es evidente que la respuesta del TC es una vía perspicaz de «quitarse el asunto de encima», porque si el ejecutado no puede recurrir porque lo prohíbe la ley, ¿en qué momento procesal va a plantear la cuestión de inconstitucionalidad el juez de Avilés? Si lo hubiera hecho después de dictar la correspondiente resolución, probablemente el TC hubiera encontrado otra excusa formalista para decidir la inadmisión por falta de juicio de relevancia. Es evidente que la complejidad de la situación permite interpretar en muy diversos sentidos el momento y la situación adecuada para el planteamiento, pero es necesaria una concienciación del tribunal sentenciador. Si este no tiene el menor convencimiento de que la cuestión prospere, va a tender consciente o inconscientemente a encontrar motivos formales de inadmisión.

En definitiva, planteado ante el TC el problema en términos muy parecidos a como lo fue ante el TJUE, el TC consideró que no existían indicios de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni del principio de igualdad procesal porque de haberlo sostenido, muy probablemente hubiera dado

trámite a la cuestión para analizar el problema en profundidad sin reparar en esa supuesta insuficiencia del juicio de relevancia. Como ocurría en *Aziz*, el TJUE como intérprete de derechos fundamentales (derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta) se ha mostrado más garantista que el TC al interpretar el artículo 24 de la C. E.

Es evidente que la postura del TJUE ha producido reacciones diversas, particularmente en nuestro país⁸⁹, alineándonos entre los que consideramos evidente la vulneración del principio de igualdad de partes existente no solo en la regulación que dio lugar a *Sánchez Morcillo I*, sino también en la situación actual, sin que esté justificado que el legislador privilegie al acreedor hipotecante frente al deudor hipotecario a la hora de recurrir en apelación.

Caso 117. *Sánchez Morcillo II*⁹⁰ - ⁹¹(también referenciado como *Sánchez Morcillo y Abril García II*): Una vez reformado el artículo 695.4 LEC, dicho precepto es compatible con la Directiva 93/13 y con los artículos 7 y 47 de la Carta porque los motivos de recurso de apelación ajenos a la existencia de cláusulas abusivas no entran en el ámbito del Derecho de la Unión (al no acreditarse la vinculación de una norma del Derecho de la Unión aplicable *in concreto*).

Hechos. La petición fue formulada en el marco del mismo litigio principal que dio lugar a la sentencia *Sánchez Morcillo*⁹², es decir, la ejecución hipotecaria de la vivienda de los consumidores demandados Sr. Sánchez Morcillo y Sra. Abril García por parte de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

⁸⁹ Es interesante analizar el artículo publicado por Juan Manuel Rodríguez Cárcamo («Los asuntos Sánchez Morcillo: el recurso de apelación en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el Derecho de la UE», *revista jurídica La Ley*, referencia D-349 –Diario La Ley núm. 8613–, 25 de septiembre de 2015). Al haber sido uno de los abogados de la entidad financiera ante el TJUE se detiene especialmente en los argumentos que en *Sánchez Morcillo I* deberían haber conducido a una resolución del TJUE en línea con la opinión del Abogado General Sr. Wahl, es decir, que el asunto no se refería a un caso de «aplicación del Derecho de la Unión», conforme al artículo 51, apartado 1, de la Carta. No compartimos esa postura, pero es enriquecedor examinar los argumentos contrarios a aquellos que nosotros sostenemos.

⁹⁰ Asunto C-539/14. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2015, Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE por la Audiencia Provincial de Castellón. EU: C:2015:508. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, al que le fue asignado.

⁹¹ Este asunto recibió la misma denominación que el resuelto por el TJUE mediante sentencia de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14. Dado que las partes litigantes eran las mismas en uno y otro asunto, para diferenciar ambos asuntos en el presente trabajo, denominamos al primero por orden cronológico *Sánchez Morcillo* y al segundo *Sánchez Morcillo II*.

⁹² Asunto C-169/14. STJUE de 17 de julio de 2014. *Sánchez Morcillo y Abril García*, también conocida como *Sánchez Morcillo*.

Lo que preguntaba el juzgado remitente en este asunto es que si debe interpretarse el artículo 7 de la Directiva 93/13, en relación con los artículos 7, 34, apartado 3, y 47 de la Carta, en el sentido de que se opone a una norma procesal, como la discutida en el litigio principal, en virtud de la cual el consumidor, en cuanto deudor ejecutado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, puede recurrir en apelación la resolución por la que se desestima la oposición a la ejecución únicamente cuando el juez de primera instancia no haya acogido la causa de oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución, mientras que el profesional puede interponer recurso de apelación contra cualquier resolución que ordene el sobreseimiento de la ejecución, con independencia de cuál sea la causa de oposición en la que se base.

Doctrina. En *Sánchez Morcillo II* el TJUE aplicó el artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento y resolvió por auto motivado, sin que fuese necesario dictar una sentencia por cuanto que consideró que la respuesta a tal cuestión podía deducirse claramente de las indicaciones contenidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con esos diferentes aspectos en la medida en que se refiere, fundamentalmente, a la cuestión de si la modificación legislativa del artículo 695, apartado 4, de la LEC, introducida a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia *Sánchez Morcillo y Abril García* era o no contraria a la interpretación de la Directiva 93/13 resultante de dicha sentencia.

El TJUE procedió a efectuar el test de equivalencia y efectividad, de forma que no encontró indicios de vulneración del principio de equivalencia y se detuvo en el análisis del principio de efectividad. El TJUE alude a la modificación del apartado 4 del artículo 695 efectuada por el Real Decreto-ley 11/2014 para adaptar la legislación española a lo establecido en la ya referida sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*.

La cuestión ahora controvertida es que la disposición reformada no permite interponer recurso de apelación contra las resoluciones que desestiman la oposición cuando esta se basa en las otras causas enumeradas en el artículo 695, apartado 1, de la LEC, modificada, lo que no se predica respecto del profesional, quien puede interponer, como acreedor ejecutante, un recurso en apelación contra cualquier resolución que ordene el sobreseimiento del procedimiento, con independencia de cuál sea la causa de oposición en la que se base⁹³.

Para resolver la cuestión el TJUE recuerda que el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 se limita a la protección de los consumidores frente al uso

⁹³ Asunto C-539/14. Auto del TJUE de 16 de julio de 2015. *Sánchez Morcillo II*, apdo. 42.

de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos que estos celebran con los profesionales, por lo que la problemática planteada es ajena al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en consecuencia, no puede afectar negativamente a la efectividad de la protección del consumidor pretendida por la citada Directiva⁹⁴.

Declara el TJUE que de ello se desprende que el artículo 695, apartado 4, de la LEC, modificado, ya garantiza a los consumidores una acción completa y suficiente que, de ese modo, constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, para que cese, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el uso de cláusulas abusivas que figuran en la escritura pública de constitución de hipoteca que sirve de fundamento al profesional para ejecutar el bien inmueble sujeto a garantía.

Añade el TJUE que la regulación tampoco afecta a la Directiva 93/13 en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, garantizado por el artículo 7 de la Carta, y el principio de igualdad de armas, que forma parte integrante del principio de tutela judicial efectiva establecido en el artículo 47 de la Carta.

Por ello, considera el TJUE que no resulta necesario pronunciarse sobre la interpretación, solicitada por el órgano jurisdiccional remitente, del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 34, apartado 3, de la Carta. El TJUE rectifica a la Audiencia Provincial de Castellón en el sentido de que esa disposición de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda sino el «derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda» en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 TFUE, indicando el TJUE que tal interpretación no es pertinente de cara a la resolución del litigio principal⁹⁵.

En base a todo ello, el TJUE declara que debe responderse a la cuestión planteada que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con los artículos 7 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la discutida en el litigio principal, en virtud de la cual el consumidor, en cuanto deudor ejecutado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, puede recurrir en apelación la resolución por la que se desestima la oposición a la ejecución únicamente cuando el juez de primera instancia no haya acogido la causa de oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo, aunque el profesional pueda, en cambio, interponer recurso de apelación contra

⁹⁴ *Ibid.*, apdo. 44.

⁹⁵ *Ibid.*, apdo. 49.

cualquier resolución que ordene el sobreseimiento de la ejecución, con independencia de cuál sea la causa de oposición en la que se base.

Comentarios. Hay que tener en cuenta que a los efectos del primer procedimiento de remisión prejudicial instado por la Audiencia Provincial de Castellón la clave era que la propia Audiencia había hecho constar que cabría considerar «abusivas» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, algunas de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal.

Sin embargo, una vez reformado el artículo 695.4 LEC, la Audiencia insistió sobre la posibilidad de que el precepto procesal fuera contrario a los artículos 7, 34.3 y 47 de la Carta y a la Directiva 93/13 exponiendo únicamente la discriminación que se producía por el hecho de que el acreedor-ejecutante tuviese más motivos para recurrir que el deudor-ejecutado.

Sin embargo, por lo que se deduce del auto del TJUE, la Audiencia Provincial no presentó ningún motivo de recurso que tuviera relación con el Derecho de la Unión. Lógicamente, los motivos relacionados con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas ya no servían puesto que el nuevo artículo 695.4 LEC recogía la posibilidad de recurrir en base a la existencia de cláusulas abusivas.

Los consumidores o la Audiencia Provincial –de oficio– tendrían que haber presentado al TJUE un motivo de recurso (ajeno a la posible abusividad de las cláusulas) que entrara dentro del ámbito del Derecho de la Unión, una norma *in concreto* del Derecho de la Unión cuya infracción pudiese ser alegada como motivo de recurso, distinta a las disposiciones de la Carta.

De hecho, según se recoge en el auto del TJUE, los consumidores habían alegado como motivos de oposición la insuficiencia del título presentado y la falta de competencia del órgano jurisdiccional (apartado 16 del auto), cuestiones en principio ajenas al Derecho de la Unión.

A mi modo de ver, en la respuesta del TJUE subyace la idea fundamental del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y de que los derechos conferidos por la Carta no pueden ser exigidos cuando no existe una norma del Derecho de la Unión aplicable *in concreto*, es decir, directamente relevante para el caso.

En definitiva, es una cuestión del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Por ello, consideramos que no se puede excluir la posibilidad de que en el futuro se vuelva a cuestionar el mecanismo de apelación instaurado por el legislador español en el procedimiento de ejecución, en la medida que el juez

remiteute pueda presentar al TJUE que el asunto está vinculado a una norma *in concreto* del Derecho de consumo europeo distinta a la Directiva 93/13.

Desde nuestro punto de vista, el mecanismo de apelación del artículo 695.4 LEC tal y como está configurado en la actualidad vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes (deudor-ejecutado), que tiene menos posibilidades de recurrir en apelación que su contraparte (acreedor-ejecutante).

Por ello, salvo que el legislador modifique esa situación –lo que no parece probable– habrán de ser los operadores jurídicos los que traten que el Tribunal Constitucional pueda estudiar la compatibilidad con el derecho de defensa y de igualdad procesal de esa diferencia de trato entre acreedor-ejecutante y deudor-ejecutado en la regulación del recurso de apelación del artículo 695.4 LEC. En este sentido, debemos observar que la inadmisión de la inmensa mayoría de los recursos de amparo que se presentan ante el Tribunal Constitucional no ayuda a que pueda mejorar la protección de los derechos de los justiciables en nuestro país mientras que los pronunciamientos efectuados por el TJUE en los últimos años han supuesto un incremento de la confianza de los ciudadanos en el papel activo del Tribunal de Justicia.

10.5 EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA

Examinamos a continuación cuatro sentencias con una enorme relevancia, puesto que en ellas el TJUE modula el funcionamiento del principio de cosa juzgada frente a la exigencia de protección efectiva de los consumidores. *Asturcom Telecomunicaciones* constituyó un primer hito en ese difícil equilibrio. *Banco Primus* ha sido tan trascendental que ha servido de base para que el Tribunal Constitucional desempeñase en nuestro país un papel protagonista en ese debate a partir de la STC 31/2019 de 28 de febrero. *Ibercaja Banco (contra MA)* ha establecido una especie de cierre –provisional– a la discusión determinando el punto de no retorno, es decir, el momento a partir del cual el juez de la ejecución no puede llevar a cabo, de oficio o a instancia de parte, el control de abusividad, sin perjuicio de que el consumidor pueda instar un procedimiento judicial ulterior para reclamar los perjuicios económicos irrogados como consecuencia de la aplicación de cláusulas eventualmente abusivas. Finalmente, *SPV Project 1503* externaliza un debate que hasta ese momento se había desarrollado siempre en asuntos provenientes de juzgados españoles, debatiéndose en ese asunto la legislación italiana sobre la cuestión.

Caso 118. *Asturcom Telecomunicaciones*⁹⁶: El principio de cosa juzgada frente a la aplicación de oficio del Derecho de la Unión Europea en el marco de la ejecución de un laudo arbitral.

Hechos. Esta cuestión prejudicial se presentó en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme en el que eran partes la sociedad Asturcom Telecomunicaciones, S. L., empresa de telefonía (en lo sucesivo, «Asturcom»), y una consumidora, relativo al pago de determinadas cantidades adeudadas en ejecución de un contrato de abono de telefonía móvil que dicha sociedad había celebrado con esta última⁹⁷.

El TJUE debía responder si la Directiva 93/13 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, debe apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor y anular el laudo.

Doctrina. El TJUE precisó que el asunto se distinguía del que dio lugar a la sentencia *Mostaza Claro* en el hecho de que la consumidora había permanecido absolutamente pasiva durante los diversos trámites⁹⁸ referentes al litigio entre ella y Asturcom Telecomunicaciones, y, en particular, no había

⁹⁶ Asunto C-40/08. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009. *Asturcom Telecomunicaciones, S. L.*, contra Cristina Rodríguez Nogueira. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao. EU: C:2009:615. La Abogado General Verica Trstenjak presentó sus conclusiones con fecha de 14 de mayo de 2009.

⁹⁷ De nuevo, como ya sucediera en *Mostaza Claro*, nos encontramos con un contrato de telefonía móvil con cláusula arbitral de forma que cualquier litigio relativo a su ejecución se sometía al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad, con sede en Bilbao, ubicación no recogida en el contrato. Al no haber abonado determinadas facturas la consumidora y haber rescindido el contrato antes de haber expirado el período mínimo de abono estipulado, Asturcom instó el procedimiento arbitral, dictándose laudo condenando a la consumidora al pago de la cantidad de 669,60 euros, deviniendo firme el auto al no haber ejercitado la consumidora acción judicial alguna de anulación. Asturcom formuló la demanda de ejecución del laudo arbitral ante los juzgados de primera instancia de Bilbao. En su resolución de remisión, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao hizo constar que la cláusula arbitral contenida en el contrato de abono era abusiva por los gastos que implicaba al consumidor su desplazamiento a la sede de la institución arbitral, no figurando el lugar de la sede en el contrato, dándose la circunstancia de que la propia institución arbitral elabora los contratos que luego utilizan las empresas de telecomunicaciones. El juez nacional añadió que la Ley 60/2003 no permitía a los árbitros apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas arbitrales abusivas y que la Ley 1/2000 no contenía ninguna disposición relativa a la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas arbitrales por el juez competente para conocer de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme.

⁹⁸ En la versión española publicada por el TJUE reza «durante los diversos procedimientos», pero parece más adecuado hablar de «trámites procedimentales», ya que no parece que existieran varios procedimientos. En la versión francesa figura «au cours des différentes procédures» y en la inglesa «in the various proceedings».

ejercitado acción alguna dirigida a la anulación del laudo arbitral dictado por la AEADE mediante la invocación del carácter abusivo de la cláusula arbitral, de forma que dicho laudo había adquirido fuerza de cosa juzgada ⁹⁹.

Por ello, el TJUE se cuestionaba si la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas obliga al juez que conoce del procedimiento ejecutivo a brindar una protección absoluta al consumidor, aun cuando este no haya ejercitado acción judicial alguna para hacer valer sus derechos y pese a la existencia de las normas procesales nacionales de aplicación del principio de cosa juzgada, de gran importancia, según el propio Tribunal de Justicia, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales ¹⁰⁰.

Para poder alcanzar una conclusión el Tribunal de Justicia recuerda que con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para el ejercicio de dichos recursos ¹⁰¹.

Añade el Tribunal que, según su jurisprudencia, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición del Derecho comunitario —cualquiera que sea su naturaleza—, por la resolución en cuestión ¹⁰².

A continuación, el TJUE declara que, a falta de normativa comunitaria en la materia, el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos, por lo que procede a comprobar que la normativa procesal interna respeta los principios de equivalencia y efectividad.

En cuanto al principio de efectividad, el TJUE manifiesta que el plazo de dos meses desde la notificación personal para poder impugnar el laudo es conforme con dicho principio en la medida en que no imposibilita ni dificulta excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores, teniendo además en cuenta que el respeto del principio de efectividad no puede llegar, en circunstancias como las

⁹⁹ Asunto C-40/08. STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, apdo. 33.

¹⁰⁰ *Ibid.*, apdo. 34 y 35.

¹⁰¹ *Ibid.*, apdo. 36.

¹⁰² *Ibid.*, apdo. 37.

del procedimiento principal, hasta el extremo de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no únicamente subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos, como en el asunto que dio lugar a la sentencia *Mostaza Claro*, antes citada, sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado que, como la demandada en el procedimiento principal, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la anulación del laudo arbitral que, en consecuencia, pasó a ser firme ¹⁰³.

En cuanto al principio de equivalencia, el TJUE considera que corresponde al órgano nacional examinar tanto el objeto como los elementos esenciales de los recursos de carácter interno supuestamente similares. No obstante, a efectos de la apreciación que habrá de efectuar dicho órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia pasa a facilitarle determinados elementos relativos a la interpretación del Derecho comunitario.

En ese sentido, el TJUE le indica al juez nacional que el artículo 6.1 de la Directiva es una norma imperativa que debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público. A partir de esa premisa, el TJUE considera que en la medida en que el juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme deba, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo 6 de la citada Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello ¹⁰⁴.

El TJUE concluye que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si en el procedimiento de ejecución de un laudo arbitral firme es competente para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional por ser tal cláusula contraria a las normas nacionales de orden público, recordando que el Gobierno español sostuvo que esa competencia ha sido reconocida en varias sentencias ¹⁰⁵.

De esta forma, el TJUE concluye que la Directiva 93/13 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

¹⁰³ *Ibid.*, apdos. 39 a 48.

¹⁰⁴ *Ibid.*, apdo. 53.

¹⁰⁵ *Ibid.*, apdo. 57.

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 este 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 ¹⁰⁶.

Comentarios. Después de valorar la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada frente al interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores y dado el rango de su artículo 6.1 –equivalente al de las normas nacionales de orden público–, el TJUE llega a la conclusión de que el juez nacional debe, tan pronto como disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios a tal fin, apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula 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. En otras palabras, si en una situación en la que se aplica Derecho interno el juez de la ejecución no ejecuta una resolución porque vulnera una norma nacional de orden público, habrá de hacer lo mismo cuando vulnera el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que tiene el mismo rango que las normas nacionales de orden público.

El problema planteado tiene gran complejidad en cuanto a que el TJUE tiene que confrontar el principio de fuerza de cosa juzgada con la protección efectiva de los consumidores. En el marco de ese enfrentamiento, el TJUE recuerda que el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permita subsanar una vulneración de una disposición del Derecho comunitario. Este razonamiento va a ser reiterado en sentencias sucesivas. Tras analizar el principio de efectividad sin encontrar vulneración al mismo, efectúa el análisis de la situación desde la óptica del que denominamos principio de equivalencia de orden público. En ese contexto, el TJUE declara que el artículo 6.1 de la Directiva tiene el mismo rango que las normas nacionales de orden público. Va a ser a partir de esa premisa que el TJUE va a poder darle una salida a la situación. Así, si el juez de la ejecución es competente para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula de un convenio arbitral por ser contraria a las normas nacionales de orden público

¹⁰⁶ *Ibid.*, apdo. 59.

también lo será por ser contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13. El corolario de esta construcción es que es al juez nacional a quien corresponde extraer las consecuencias para que el consumidor no esté vinculado por la cláusula abusiva.

En este análisis el TJUE se separa de la argumentación seguida por la Abogada General Sra. Trstenjak¹⁰⁷, quien considera que excepcionalmente puede ser necesario quebrar la fuerza de cosa juzgada sobre la base de la necesidad de proporcionar a los consumidores una protección efectiva y a la luz de la jurisprudencia del TJUE que exige la intervención positiva del órgano judicial.

No obstante, es necesario señalar que para llegar a estas conclusiones la Abogada General parte precisamente desde la perspectiva de las normas con rango de orden público. Así, recuerda que el Gobierno español defiende una interpretación amplia del concepto de orden público que permite que el juez de la ejecución declare la nulidad del laudo arbitral cuando aprecie el carácter abusivo de la cláusula contenida en el convenio arbitral y la Comisión también sostiene que el juez de la ejecución debe apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral. La Abogada General defiende la conveniencia de que el ordenamiento jurídico comunitario haga suyo el principio general del Derecho, reconocido tanto en Derecho Internacional Público como en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros de la Unión, que prohíbe la ejecución de un laudo arbitral contrario al orden público. Incluso, afirma que su interpretación puede dar lugar a una quiebra de la fuerza de la cosa juzgada. Vemos, por tanto, cómo a través de dos caminos diferentes se ha llegado al mismo resultado. La vía utilizada por el TJUE es el principio de equivalencia y la presentada por la Abogada General giraría en torno a la necesidad de proporcionar a los consumidores una protección efectiva, que exige la intervención positiva, ajena a las partes del contrato, y que lleva a que, excepcionalmente, sea necesario quebrar la fuerza de cosa juzgada.

Es de señalar que la configuración operada por el TJUE (principio de equivalencia vinculado a las normas nacionales de orden público) le va a permitir resolver otros asuntos (así, por ejemplo, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*¹⁰⁸).

Un aspecto esencial, por tanto, es que el TJUE declara que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 tiene que ser contemplado como una norma con el mismo rango que las normas de orden público en el ordenamiento nacional. De esta forma, el TJUE ha introducido un estándar común para aquellas normas de

¹⁰⁷ Asunto C-40/08. Conclusiones presentadas por la Abogado General Sra. Verica Trstenjak el 14 de mayo de 2009.

¹⁰⁸ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

Derecho de la Unión que tienen que ser consideradas como de orden público comunitario (*ordre public communautaire*).

En consecuencia, la declaración en *Asturcom Telecomunicaciones* va más lejos que un mero entendimiento básico de la equivalencia ¹⁰⁹.

Resulta de gran interés el debate sobre lo que se puede configurar como norma de orden público a nivel europeo, si bien sigue siendo un concepto indeterminado en relación con el cual resulta imposible predecir qué disposiciones del Derecho de la Unión se considerarán en el futuro como normas de orden público, correspondiendo al TJUE la necesaria clarificación del concepto de orden público europeo ¹¹⁰.

Por tanto, en esta sentencia queda configurada la relación entre el principio de cosa juzgada y la aplicación de oficio de la Directiva 93/13 a través del principio de equivalencia de orden público.

También es importante observar que en esta sentencia el TJUE enuncia por primera vez el concepto de la total pasividad del consumidor que posteriormente va a utilizar en sucesivas resoluciones (así, por ejemplo, en *Banco Santander* ¹¹¹).

Caso 119. *Banco Primus* ¹¹²: Incluso habiéndose adoptado resolución judicial con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de una o varias cláusulas cuando no haya llevado a cabo el juicio de abusividad de esa cláusula o cláusulas en el control judicial anterior del contrato controvertido que dio lugar a la resolución firme.

Hechos. La petición se formuló en el marco de un litigio entre el Banco Primus, S. A., y el Sr. Jesús Gutiérrez García en relación con la ejecución del inmueble de este último, sobre el que estaba constituida una hipoteca como garantía de un préstamo concedido por el Banco Primus ¹¹³.

¹⁰⁹ EBERS, M., «From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata», *European Review of Private Law*, 18, 4, 2010, p. 839.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 845-846.

¹¹¹ Asunto C-598/15. STJUE de 7 de diciembre de 2017. *Banco Santander*.

¹¹² Asunto C-421/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) dictada el 26 de enero de 2017, Banco Primus, S. A., contra Jesús Gutiérrez García, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, EU: C:2017:60. El Abogado General Sr. Szpunar presentó sus conclusiones en audiencia pública el 2 de febrero de 2016.

¹¹³ En junio de 2008 Banco Primus concedió al Sr. Gutiérrez García un préstamo garantizado con una hipoteca sobre la vivienda de este a devolver en 47 años (564 cuotas mensuales). Como consecuencia del impago de siete mensualidades consecutivas, se declaró el vencimiento anticipado del préstamo en aplicación de la cláusula 6 bis del contrato de préstamo y en marzo de 2010, el Banco Primus reclamó el

Mediante las cuestiones prejudiciales primera a tercera, que fueron examinadas conjuntamente, el TJUE consideró que el juez remitente quería saber si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la citada Ley, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley.

Además, el juez de Santander quería saber si, en su caso, la Directiva 93/13 le obliga a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de

pago de la totalidad del capital pendiente de devolución, más los intereses ordinarios y moratorios, más costas y gastos. En el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria se procedió a la venta en pública subasta del bien hipotecado en enero de 2011. No hubo postores y el Banco Primus se adjudicó el inmueble mediante decreto de adjudicación de 21 de marzo de 2011, por un importe que representaba el 50 % del valor de tasación del mismo. El 6 de abril de 2011, Banco Primus solicitó la entrada en posesión del bien, que fue diferida por tres incidentes sucesivos, entre los cuales figura el que concluyó con el pronunciamiento del auto de 12 de junio de 2013 por el que se consideró abusiva la cláusula 6 del contrato de préstamo, relativa a los intereses de demora. La adopción del auto de 8 de abril de 2014, a raíz del tercer incidente, puso fin a la suspensión del procedimiento de lanzamiento. En junio de 2014, el Sr. Gutiérrez García formuló ante el órgano jurisdiccional remitente un incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución del bien hipotecado, invocando el carácter abusivo de la cláusula 6 del contrato de préstamo. A raíz de esta oposición, el órgano jurisdiccional remitente, tras suspender el procedimiento de lanzamiento mediante resolución de 16 de junio de 2014, puso de manifiesto que subsistían dudas en cuanto al carácter abusivo, en el sentido de la Directiva 93/13, de determinadas cláusulas del contrato de préstamo diferentes de la relativa a los intereses de demora, a saber:

- la cláusula 3 relativa a los intereses ordinarios, en la que se estipula el cálculo de los mismos con arreglo a una fórmula que divide el capital pendiente de devolución y los intereses devengados por el número de días que conforman un año comercial, esto es, por 360 días, y
- la cláusula 6 bis relativa al vencimiento anticipado, en virtud de la cual el Banco Primus podrá exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos, entre otras razones, cuando se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco.

El Juzgado de Primera instancia núm. 2 de Santander constató que el Sr. Gutiérrez García había formulado la oposición fuera de plazo, ya que había expirado el plazo preclusivo fijado por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013. Además, señaló que el artículo 207 de la LEC, que regula el principio de cosa juzgada formal, impediría realizar un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal, dado que la legalidad de dicho contrato, a la luz de la Directiva 93/13, ya había sido objeto de apreciación en el marco del auto de 12 de junio de 2013, el cual había adquirido firmeza. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente indicó que, incluso en el supuesto de que procediera declarar abusiva la cláusula 6 bis del contrato sobre el que trata el litigio principal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le impediría declarar esa cláusula nula y dejarla sin aplicar, dado que el Banco Primus no la había aplicado en la práctica, sino que había actuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC al esperar a que se produjera el impago de siete mensualidades para declarar el vencimiento anticipado.

un contrato que ya ha sido sometido a un examen de tal naturaleza a la luz de la propia Directiva, en el marco de una resolución judicial firme, a pesar de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada.

Mediante las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, el juez solicitaba orientación acerca de los criterios que deben tomarse en consideración, con arreglo al artículo 3, apartado 1, y al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, para apreciar el eventual carácter abusivo de cláusulas como las controvertidas en el litigio principal, referidas al cálculo de los intereses ordinarios y al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado.

Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, el juez de Santander preguntaba si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

Doctrina. Para contestar a la primera parte de la pregunta el TJUE se remite a la sentencia *BBVA* ¹¹⁴ en la que había respondido a esa cuestión declarando que la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 era incompatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13.

Ello es así en la medida en que la disposición transitoria cuarta prevé que los consumidores, frente a los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la fecha de entrada en vigor de dicha Ley y que a esa fecha no ha concluido, deben observar un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa misma Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, no permitiendo garantizar que tales consumidores puedan aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, ejercitar efectivamente sus derechos ¹¹⁵.

El TJUE aborda los demás puntos preguntados en las cuestiones primera a tercera haciendo constar que el órgano jurisdiccional remitente ya examinó

¹¹⁴ Asunto C-8/14. STJUE de 29 de octubre de 2015, *BBVA*.

¹¹⁵ Asunto C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, apdos. 36 y 37.

el contrato sobre el que versa el litigio principal a la luz de la Directiva 93/13 y declaró que su cláusula 6, relativa a los intereses de demora, era abusiva.

No obstante, el problema radica en que el artículo 207 de la LEC ¹¹⁶ le impide examinar de oficio determinadas cláusulas de un contrato que ya ha sido objeto de un examen judicial culminando con una resolución que ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

Tras señalar, entre otras afirmaciones, que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 tiene rango equivalente a las normas de orden público nacionales, el TJUE entra en el meollo de la cuestión. En vista de que el juez ya ha examinado el contrato y ha declarado que una cláusula es abusiva, el TJUE se pregunta si los deberes inherentes a la Directiva 93/13 imponen al órgano jurisdiccional remitente la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial de ese contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada.

En ese sentido, recuerda el TJUE que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13.

Por eso, llega a una primera conclusión consistente en que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo este que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente ¹¹⁷.

Pero dicho esto, el TJUE profundiza en su análisis, señalando que el 207 LEC prohíbe al juez nacional no solamente volver a examinar la legalidad de

¹¹⁶ Artículo 207 LEC «Resoluciones definitivas. Resoluciones firmes. Cosa juzgada formal.

1. Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas.

2. Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.

3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.

4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella».

¹¹⁷ Asunto C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, apdo. 49.

las cláusulas de un contrato sobre el que existe resolución firme, sino también impide apreciar el eventual carácter abusivo de otras cláusulas del mismo contrato.

A partir de ese razonamiento y con base en los principios «clásicos» derivados de la Directiva 93/13, el TJUE afirma que en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato ¹¹⁸.

Añade el TJUE que incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en el auto de 12 de junio de 2013, dotado de fuerza de cosa juzgada, se realizó un control, a la luz de la Directiva 93/13, de la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal o únicamente de la cláusula 6 del mismo ¹¹⁹.

De esta forma, el TJUE contesta al juez remitente que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Pero precisa el TJUE que, por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas ¹²⁰.

¹¹⁸ *Ibid.*, apdo. 52.

¹¹⁹ *Ibid.*, apdo. 53.

¹²⁰ *Ibid.*, apdo. 54.

En relación con las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, el TJUE responde las mismas declarando que el artículo 3, apartado 1, y el artículo 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que:

– El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si esta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

– En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva. En el marco de este examen, el órgano jurisdiccional remitente deberá, en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado.

– Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y

eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo ¹²¹.

En relación con las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, el TJUE comienza por precisar que la cláusula controvertida sobre vencimiento anticipado no refleja las disposiciones del artículo 693.2 LEC, por tanto, dicha cláusula no tendría el tratamiento previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 sino que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y el juez nacional está obligado a apreciar de oficio su eventual carácter abusivo ¹²².

Siguiendo con el análisis de la cláusula de vencimiento anticipado, añade el TJUE que la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de hacerlo en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula ¹²³.

El TJUE concluye declarando, en respuesta a las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

Comentarios. La enorme trascendencia de esta sentencia en nuestro ordenamiento jurídico queda reflejada en la sentencia 31/2019 de 28 de febrero ¹²⁴ dictada por el Tribunal Constitucional. El máximo intérprete de la Constitución estima el recurso de amparo formulado por un consumidor-ejecutado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al no haber dado lugar el juez de la instancia al incidente de nulidad de actuaciones planteado por el ejecutado tras el dictado de la sentencia *Banco Primus*, incidente en el que pedía como petición principal la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida

¹²¹ *Ibid.*, apdo. 67.

¹²² *Ibid.*, apdos. 68 a 70.

¹²³ *Ibid.*, apdo. 74.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2019, de 28 de febrero, ES: TC:2019:31.

en el título sobre el que se fundamentaba la ejecución. El juez de la instancia inadmitió a trámite el incidente de nulidad instado al amparo del artículo 227.2 LEC, entre otros motivos, al considerarlo indebido por fundarse en una causa que se corresponde con un motivo de oposición y no una infracción procedimental, por ser extemporáneo al rebasar el plazo de 20 días desde que la demandada tuvo conocimiento del eventual defecto y también por haber precluido el plazo para formular oposición a la ejecución por la posible presencia de cláusulas abusivas.

La especial trascendencia constitucional deviene del hecho de que el recurso plantea la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

El TC, partiendo de la aplicación de su doctrina establecida en su sentencia 232/2015, de 5 de noviembre¹²⁵, estima lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva y centra su fundamentación en lo declarado por el TJUE en la sentencia *Banco Primus*, señalando que el tribunal de instancia estaba obligado a aplicar lo dispuesto por el TJUE en la sentencia *Banco Primus* y que o bien tenía que haber admitido el incidente de oposición a fin de conocer de la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado alegada por el ejecutado o bien haber planteado cuestión prejudicial ante el TJUE si consideraba que la jurisprudencia de este se mostraba incompleta o no resolvía en su totalidad la cuestión planteada o tenía dudas sobre su aplicación a la resolución del litigio¹²⁶.

El TC interpreta los requisitos previstos por la sentencia *Banco Primus* para admitir un control posterior sobre la abusividad de una cláusula, deduciendo que no se había producido un control jurisdiccional al no haber motivado la existencia de dicho control en el auto despachando ejecución, limitándose a decir el juez de la instancia que la demanda ejecutiva cumplía los requisitos del artículo 685 de la LEC así como que el título acompañado era susceptible de ejecución conforme el artículo 517.1.4 LEC.

El juez de instancia, según el TC, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE por su inmotivada contestación acerca de la existencia de un control de la cláusula previo a la denuncia que es, en palabras del TC, la única excepción contemplada por el TJUE para excluir un examen posterior. Existió lesión porque el ejecutado fue privado de un pronunciamiento de fondo sobre la eventual abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en su contrato de préstamo hipotecario, al que el órgano judicial

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 232/2015, de 5 de noviembre, ES: TC:2015:232.

¹²⁶ Fundamento jurídico séptimo, apartado b), párrafo segundo de la STC 31/2019 de 28 de febrero.

estaba obligado de acuerdo con la sentencia *Banco Primus*. Concluye el TC que al no haberse atendido el juzgado de instancia¹²⁷ a la interpretación de la Directiva 93/13 que había sido realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Banco Primus*, no habiendo entrado a analizar la posible nulidad de la cláusula contractual de vencimiento anticipado objeto del incidente de nulidad, ni habiendo planteado cuestión prejudicial, infringió el principio de primacía del Derecho de la Unión al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante [el Tribunal de Justicia], incurriendo por ello en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y consiguientemente vulneró de ese modo, el derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁸.

A pesar de que esta sentencia del TC ha recibido críticas y fue objeto de voto particular formulado por el magistrado Enríquez Sancho, consideramos que supone un gran paso adelante, siendo de elogiar, entre otros aspectos de la misma, la correcta e instructiva interpretación que hace el TC de lo declarado por el TJUE en *Banco Primus*, el ensalzamiento de la obligación por los jueces españoles de cumplir con el principio de primacía y de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE conforme a lo dispuesto por el artículo 4 bis, 1 de la LOPJ y la sanción consistente en considerar lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se produce el incumplimiento de dicha obligación. Cuestión diferente sería interpretar lo que dice el TJUE a partir de la reciente sentencia *Ibercaja Banco* de 17 de mayo de 2022. No obstante, el Tribunal Constitucional ha dictado recientemente la sentencia 80/2022 de 27 de junio de 2022 (ES: TC:2022:80) en la que reitera la doctrina fijada a partir de la STC 31/2019 de 28 de febrero, incorporando lo dicho por el TJUE en la sentencia *Ibercaja Banco* de 17 de mayo de 2022. Al respecto, el TC «constata que esta consideración [se refiere el TC a que la no obligación de control judicial de la abusividad del clausulado solo se produce con la puesta en posesión del inmueble al adjudicatario] también ha sido recientemente reiterada en la STJUE de 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19, *MA c. Ibercaja Banco, S. A.*, en la que se establece como límite del control judicial del eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales “cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien”,

¹²⁷ El juzgado que cometió la infracción del artículo 24 CE fue el de Primera Instancia núm. 32 de Madrid.

¹²⁸ Fundamento jurídico octavo, último párrafo de la STC 31/2019 de 28 de febrero.

pero incluso con la condición de que “el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación [...] de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas” (apartado 2 del fallo, §60)» (Fundamento jurídico único, apartado d) de la STC 80/2022 de 22 de junio de 2022).

Como veremos a continuación al examinar *Ibercaja Banco*, no parece que la interpretación del TC haya sido la más ajustada al contenido de dicha sentencia.

Examinamos, por último, un aspecto abordado por el TJUE en los apartados 69 y 70 de *Banco Primus*. En ellos, el TJUE llega a la conclusión de que la cláusula 6 bis del contrato controvertido está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, no siéndole de aplicación el artículo 1.2 de la misma. Al menos uno de los dos argumentos en los que se basa el TJUE es, desde nuestro punto de vista, erróneo. Sostiene el TJUE que la cláusula no refleja una disposición legal o reglamentaria imperativa en base a que el artículo 693.2 LEC establece «en caso de incumplimiento de la obligación de pago *por un período de tres meses*»¹²⁹. A nuestro juicio, se equivoca el TJUE porque se refiere a la versión del artículo 693.2 LEC introducida mediante la Ley 1/2013 de 14 de mayo¹³⁰. Dado que la escritura de préstamo hipotecario controvertida fue suscrita con fecha de 12 de junio de 2008, es evidente que para comprobar si la cláusula 6 bis de dicha hipoteca refleja o no el artículo 693.2 LEC, el TJUE no puede remitirse a una versión posterior de dicho artículo, sino a la versión que estaba en vigor en la fecha en la que el préstamo hipotecario fue celebrado por las partes, cuyo contenido no hacía alusión al plazo de tres meses¹³¹. Por tanto, el artículo 693.2 LEC, según la redacción vigente en el

¹²⁹ Cursiva es nuestra.

¹³⁰ Dispone el artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.: «La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada como sigue: [...]»

Trece. El artículo 693 queda redactado del siguiente modo:

Artículo 693. Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos.

Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución».

¹³¹ A la fecha de suscripción del contrato de hipoteca (12/junio/ 2008) el artículo 693 LEC tenía el siguiente contenido:

«Artículo 693. Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos.

momento de la celebración del contrato de préstamo hipotecario, sí coincide con esa parte de la cláusula 6 bis de dicho contrato. No obstante, el TJUE alude a un segundo argumento para que no resulte de aplicación el artículo 1.2 de la Directiva referido a que en la cláusula 6 bis figuran los términos «en los siguientes casos, además de los legales». Podría deducirse de esa formulación, como hace el TJUE, que mediante esa cláusula las partes manifestaron su voluntad de no limitar las causas de vencimiento anticipado a la causa prevista en el artículo 693.2 LEC, lo que podría interpretarse en el sentido de que la cláusula 6 bis no refleja el artículo 693.2 LEC y, por tanto, no es de aplicación el artículo 1.2 de la Directiva. En cualquier caso, amparada la posición del TJUE únicamente en este segundo argumento –dado el aparente error en que está basado el primero– podría ser susceptible de diversas interpretaciones.

Caso 120. *Ibercaja Banco (contra MA)*¹³², también referenciada como *Ibercaja Banco*: Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación económica.

Hechos. La petición se formuló en el marco de la ejecución hipotecaria instada por Ibercaja Banco, S. A. contra dos consumidores y, concretamente, en relación con la liquidación de los intereses adeudados por los consumidores ejecutados a la entidad bancaria ejecutante, una vez ya se había adjudicado la vivienda en subasta y se había cedido el remate a un tercero¹³³.

[...] 2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

¹³² Asunto C-600/19 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022, MA contra Ibercaja Banco S. A., con intervención de PO. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, EU: C:2022:394. El Abogado General Sr. Tanchev presentó sus conclusiones en audiencia pública el 15 de julio de 2021.

¹³³ Mediante contrato formalizado en escritura pública de 6 de mayo de 2005, Ibercaja Banco concedió a PO y MA un préstamo hipotecario por importe de 198.400 euros a devolver antes del 31 de mayo de 2040. Este préstamo estaba garantizado con una hipoteca constituida sobre una vivienda unifamiliar, valorada en 299.290 euros. Al no haber pagado MA y PO el importe de las cuotas correspondientes al período comprendido entre el 31 de mayo y el 31 de octubre de 2014, Ibercaja Banco interpuso, el 30 de diciembre de 2014, una demanda de ejecución hipotecaria. Se reclamó la cantidad de 164.676,53 euros,

En el marco de la apelación formulada por el consumidor contra el auto del juez de instancia aprobando la liquidación de intereses, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta a partir de qué momento debe considerarse concluido el procedimiento de ejecución hipotecaria respecto del examen del carácter abusivo de cláusulas contractuales, sea por el juez actuando de oficio, sea a instancias de la parte sujeta a la ejecución. Más concretamente, se plantea la cuestión de si dicho procedimiento concluye cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido los derechos de propiedad sobre dicho bien o si, por el contrario, el referido procedimiento no ha concluido después de la transmisión de la propiedad y el examen del carácter abusivo de cláusulas contractuales sigue siendo posible hasta el momento en que se proceda al lanzamiento del deudor, lo que podría

correspondiente a capital e intereses vencidos y no satisfechos hasta el 5 de noviembre de 2014, más 49.402 euros calculados provisionalmente, sin perjuicio de posterior liquidación por intereses de demora al 12 % nominal anual, desde el cierre de la cuenta el 5 de noviembre de 2014 hasta que se efectuase el completo pago. Mediante auto de 26 de enero de 2015, el tribunal competente ordenó la ejecución del título hipotecario de Ibercaja Banco y despachó ejecución frente a MA y PO por el importe reclamado, requiriéndoles de pago y concediéndoles un plazo de 10 días para oponerse a la ejecución en los términos del artículo 695 de la LEC. A raíz del fallecimiento de PO, sus herederos legales, SP y JK, fueron reconocidos como partes en el proceso mediante auto de 9 de junio de 2016. Como consecuencia de la celebración de la subasta sin postores, Ibercaja Banco solicitó que se le adjudicara la finca en la cantidad de 179.574 euros haciendo saber que cedía el remate a Residencial Murillo, S. A., sociedad que aceptaba la cesión. En octubre de 2016, Ibercaja Banco solicitó el pago de las costas, tasadas en 2.886,19 euros, y el de los intereses por importe de 32.538,28 euros, resultado de aplicar un tipo del 12 % conforme a lo dispuesto en la Ley 1/2013. Esta solicitud fue notificada a la parte ejecutada. Mediante escrito de 9 de noviembre de 2016, MA se opuso a la solicitud de pago de intereses, invocando el carácter abusivo de la cláusula relativa a los intereses de demora y de la cláusula suelo. Mediante providencia de 8 de marzo de 2017, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, al apreciar que la cláusula de vencimiento anticipado podía ser abusiva, decidió examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del título ejecutivo, en el marco de una diligencia de ordenación del procedimiento. Dicho Juzgado concedió a las partes un plazo de quince días para que pudieran presentar observaciones a este respecto y manifestarse sobre la posibilidad de suspender el procedimiento. Ibercaja Banco se opuso a la suspensión del procedimiento y alegó que ya no podía declararse el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, debido a que se había cedido el remate y a que se habían aprobado las costas. Ibercaja Banco recordó que, en todo caso, no había reclamado el pago de los intereses de demora al 19 % y que cuando se liquidó la cuenta no se habían pagado varios plazos. Mediante auto de 20 de noviembre de 2017, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza declaró el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado y acordó el sobreseimiento de la ejecución, sin imposición de costas. Ibercaja Banco interpuso recurso de apelación contra este auto ante la Audiencia Provincial de Zaragoza. Mediante auto de 28 de marzo de 2018, el órgano jurisdiccional de apelación revocó el auto de 20 de noviembre de 2017 y acordó que prosiguiera el procedimiento de ejecución al entender que ya no cabía examinar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo porque dicho contrato había desplegado sus efectos, la garantía hipotecaria ya se había ejecutado y el derecho de propiedad había sido transmitido. De este modo, el órgano jurisdiccional de apelación se basó en el principio de seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas. Mediante auto de 31 de julio de 2018, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza desestimó la impugnación de la liquidación de intereses y, por lo tanto, aprobó el importe de 32.389,89 euros, basándose en que, al haberse iniciado el procedimiento con posterioridad a la Ley 1/2013 sin que se hubiera planteado ningún incidente de oposición, ya no era posible analizar el eventual carácter abusivo de las cláusulas, debido al efecto de cosa juzgada atribuido al auto de 26 de enero de 2015. MA apeló dicho auto ante la Audiencia Provincial de Zaragoza.

dar lugar a la anulación del procedimiento de ejecución hipotecaria o afectar a las condiciones en las que se produjo la adjudicación del bien.

Mediante las cuestiones prejudiciales primera a tercera, según la reformulación del TJUE, el tribunal remitente quería saber si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas, pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo.

Mediante la cuestión cuarta el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre el bien objeto del contrato en cuestión.

Doctrina. En relación con las cuestiones primera a tercera, indica el TJUE que procede determinar si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 exigen que el juez que conoce de la ejecución controle el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales, pese a las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada de una resolución judicial que no menciona expresamente ningún examen sobre ese particular.

El TJUE recuerda la importancia que reviste el principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos

previstos para el ejercicio de tales recursos. También recuerda el TJUE la premisa de aplicación a diferentes ámbitos consistente en que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha considerado el Tribunal de Justicia que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 siempre que, no obstante, se respeten los principios de equivalencia y efectividad. En cuanto al principio de equivalencia señala el TJUE que no dispone de ningún dato que permita dudar de la conformidad de la normativa nacional controvertida en el litigio principal con dicho principio. De los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no se desprende que el Derecho nacional permita al juez que conoce de la ejecución volver a examinar una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada, aun en presencia de un posible incumplimiento de las normas de orden público nacionales.

Por lo que se refiere al principio de efectividad, se observa que el Tribunal de Justicia ha precisado que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables implica, en particular en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13, una exigencia de tutela judicial efectiva, reafirmada en el artículo 7, apartado 1, de esa Directiva y consagrada también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en ausencia de control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato de que se trate, no puede garantizarse el respeto de los derechos conferidos en la Directiva 93/13. De lo anterior se deduce que las condiciones establecidas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho, que la citada disposición confiere a los consumidores, a no quedar vinculados por una cláusula considerada abusiva.

Descendiendo al asunto principal, sostiene el TJUE que de la resolución de remisión se desprende que, al inicio del procedimiento de ejecución el tribunal competente examinó de oficio si una de las cláusulas del contrato en cuestión podía calificarse de abusiva. Tras considerar que no era así, despachó ejecución sin mencionar expresamente en su resolución el control que había efectuado de oficio. También se desprende de dicha resolución que, transcurrido el plazo de diez días –que corre a partir de su notificación– para oponerse a la ejecución, el ejecutado ya no puede impugnar la ejecución, aun por causas basadas en el ca-

rácter potencialmente abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional. Dado que la resolución por la que el tribunal ordenó la apertura del procedimiento de ejecución hipotecaria no incluía ningún motivo que acreditara la existencia de un control del carácter abusivo de las cláusulas del título que dio lugar a dicho procedimiento, el consumidor no fue informado de la existencia de dicho control ni, al menos sucintamente, de los motivos en los que se basó el tribunal para estimar que las cláusulas controvertidas carecían de carácter abusivo. Por lo tanto, no pudo apreciar con pleno conocimiento de causa si procedía interponer un recurso contra dicha resolución. La obligación del órgano jurisdiccional nacional de realizar un control de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales está justificada por la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores. Pues bien, no podría garantizarse un control eficaz del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales, tal como se exige en la Directiva 93/13, si la fuerza de cosa juzgada se extendiera también a las resoluciones judiciales que no mencionan tal control.

Señala el Tribunal de Justicia que, en cambio, la protección quedaría garantizada si el juez nacional indicase expresamente, en su resolución en que se despacha ejecución hipotecaria, que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del título que da lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria, que dicho examen, motivado al menos sucintamente, no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva y que, si no formula oposición dentro del plazo establecido en el Derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas.

El TJUE llega a la conclusión de que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo ¹³⁴.

¹³⁴ Asunto C-600/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *Ibercaja Banco (contra MA)*, apdos. 40 a 52.

Con respecto a la cuarta cuestión, el TJUE recuerda lo dicho en *Banco Santander –contra Cristobalina Sánchez López–* (asunto C-598/15, STJUE de 7 de diciembre de 2017) en el sentido de que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se aplican a un procedimiento iniciado por quien obtuvo la adjudicación de un bien inmueble en un proceso de ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria constituida sobre ese bien por un consumidor en beneficio de un acreedor profesional y que persigue la protección de los derechos reales legalmente adquiridos por el adjudicatario, en la medida en que, por una parte, ese procedimiento es independiente de la relación jurídica que une al acreedor profesional y al consumidor y, por otra parte, la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el bien inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre él han sido transmitidos sin que el consumidor haya hecho uso de los recursos legales previstos en este contexto. En particular, el Tribunal de Justicia subrayó que el procedimiento en cuestión no se refería a la ejecución forzosa de la garantía hipotecaria y no se basaba en el contrato de préstamo hipotecario. En cambio, el presente asunto se inscribe en el contexto de un procedimiento de ejecución hipotecaria relativo a la relación jurídica existente entre un consumidor y un acreedor profesional que han celebrado un contrato de préstamo hipotecario.

Sostiene el TJUE que cuando se ha adoptado una resolución judicial en la que se despacha ejecución hipotecaria habiendo efectuado un juez, con anterioridad, un examen de oficio del carácter abusivo de las cláusulas del título que dio lugar a ese procedimiento, pero esa resolución no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del plazo establecido al efecto, no será posible oponer al consumidor, en fases posteriores de dicho procedimiento –como una reclamación de pago de los intereses adeudados a la entidad bancaria debido al incumplimiento, por el consumidor, del contrato de préstamo hipotecario de que se trate– o en un procedimiento declarativo posterior, ni la autoridad de cosa juzgada ni la preclusión para privarle de la protección contra las cláusulas abusivas conferida en los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

Dicho esto, en una situación como la del litigio principal, en la que el procedimiento de ejecución hipotecaria ha concluido y los derechos de propiedad respecto del bien han sido transmitidos a un tercero, el juez, actuando de oficio o a instancias del consumidor, ya no puede proceder a un examen del carácter abusivo de cláusulas contractuales que llevase a la anulación de los actos de transmisión de la propiedad y cuestionar la seguridad jurídica de la transmisión de la propiedad ya realizada frente a un tercero.

No obstante, en tal situación, el consumidor, conforme a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, interpretados a la luz del principio de efectividad, debe poder invocar en un procedimiento posterior distinto el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario para poder ejercer efectiva y plenamente sus derechos en virtud de la citada Directiva, con el fin de obtener la reparación del perjuicio económico causado por la aplicación de dichas cláusulas.

En consecuencia, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas.

Comentarios. El TJUE dilucida sobre dos cuestiones diferenciadas. En la primera de ellas, viene a considerar el TJUE que la protección del consumidor quedaría garantizada en una situación en la que ha existido auto despachando ejecución en el que el juez ha indicado expresamente que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, motivando al menos sucintamente dicho examen, manifestando que no se advierte la existencia de ninguna cláusula abusiva y advirtiéndolo al demandado ejecutado que si no formula oposición dentro del plazo establecido en el Derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas. Correlativamente, mostrando el otro lado de la misma moneda, sostiene el TJUE que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas, pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación

efectuado por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo.

En otras palabras, para que tenga efectos el principio de cosa juzgada, en el auto acordando la ejecución, el juez debe manifestar expresamente que ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas del préstamo hipotecario objeto de ejecución, motivar dicho examen y poner de manifiesto que no hay ninguna cláusula abusiva y, además, advertir al ejecutado demandado que si no formula oposición en el plazo de diez días, el consumidor no podrá invocar el carácter abusivo de dichas cláusulas.

En consecuencia, la legislación española sería contraria a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 en la medida en que confiere efecto de cosa juzgada al transcurso del plazo concedido, sin que el juez haya adoptado esas dos prevenciones (examen motivado y advertencia al demandado de las consecuencias de la falta de oposición).

El fallo sobre esta primera cuestión obligaría a modificar la LEC introduciendo una referencia a que en los litigios de consumidores la resolución judicial en que se despache la ejecución habrá de contener una motivación sucinta acreditativa de la existencia del examen de abusividad por parte del juez y la advertencia al ejecutado de que la apreciación efectuada por el juez al término de ese examen no podrá cuestionarse en otro momento ulterior si no se formula oposición dentro del plazo legal de diez días.

La segunda cuestión tratada en la sentencia comentada delimita el último momento para poder llevar a cabo el juicio de abusividad. Establece el TJUE que cuando el procedimiento de ejecución hipotecaria ha concluido y los derechos de propiedad respecto del bien han sido transmitidos a un tercero, el juez, ya sea actuando de oficio o a instancia de parte, ya no puede proceder a un examen del carácter abusivo de cláusulas contractuales que llevase a la anulación de los actos de transmisión de la propiedad y cuestionar la seguridad jurídica de la transmisión de la propiedad ya realizada frente a un tercero.

Sin perjuicio de ello, el consumidor debe poder invocar en un procedimiento posterior distinto el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario para poder ejercer efectiva y plenamente sus derechos en virtud de la citada directiva, con el fin de obtener la reparación del perjuicio económico causado por la aplicación de dichas cláusulas.

A nuestro modo de ver, el TJUE no ha valorado correctamente la situación litigiosa, proporcionando una solución que no responde a las exigencias de protección del consumidor que se derivan de la Directiva 93/13. En ello quizá haya tenido cierta dosis de responsabilidad la forma en la que la Audiencia Provincial de Zaragoza ha planteado la cuestión. Como suele suceder, el

tribunal remitente presenta la cuestión de la forma más ajustada a cómo deseaba que fuese resuelta¹³⁵. Echamos en falta algunas observaciones por parte de la Audiencia Provincial. En ese sentido, entendemos que debería haber advertido al TJUE de la eventual abusividad de la cláusula que fija el interés moratorio en un 19 % y también que el hecho de que la entidad bancaria al presentar la demanda haya calculado el interés moratorio en un 12 % no desvirtúa la naturaleza abusiva de la cláusula por un doble motivo: por un lado, hay que estar a la literalidad de la cláusula aunque el banco haya sido más «generoso» al presentar la demanda y, por otro lado, en cualquier caso, supera los dos puntos sobre el interés remuneratorio, umbral en el que el Tribunal Supremo desde las sentencias 265/2015 de 22 de abril (ES: TS:2015:1723), 470/2015 de 7 de septiembre (ES: TS:2015:3828) y 469/2015 de 8 de septiembre (ES: TS:2015:3829), fijaba la naturaleza abusiva de la cláusula de interés moratorio. Es cierto que el TJUE conoce estas circunstancias genéricamente al haber sido tratadas en la sentencia *Banco Santander (y Escobedo Cortés)* de 7 de agosto de 2018, pero también lo es que, en ocasiones, cuando no se le plantean al TJUE las circunstancias específicas, no las tiene en cuenta, a pesar de que pueda pensarse que las conoce y que las debería tener en cuenta.

Si nos fijamos en los tiempos, el auto de planteamiento de la cuestión es de 12 de julio de 2019, es decir, la doctrina del Tribunal Supremo al respecto está más que consolidada e incluso ha sido confirmada por el TJUE en la citada sentencia *Banco de Santander (y Escobedo Cortés)*. Pero es que, además, si el auto de convocatoria de subasta es de 28 de junio de 2016 y si las sentencias del TS fueron dictadas en 2015 es evidente que el juzgado de instancia debería haber actuado de oficio antes de la celebración de la subasta y haber abierto el incidente sobre la eventual naturaleza abusiva de determinadas cláusulas (entre ellas, la del interés moratorio). Eso lo llevó a cabo el juzgado de instancia en marzo de 2017, cuando ya existía decreto de adjudicación, pero lo podía haber hecho —y lo debería haber hecho— antes de la subasta. Nada de eso se explica en el auto de remisión ni tampoco es mencionado en la sentencia ni en las conclusiones del Abogado General¹³⁶. En estas tampoco se presentó la cuestión, desde mi punto de vista, en la forma que debía haberse hecho. Así, en la introducción, el Abogado General se refiere de forma genérica a que «el

¹³⁵ En las «Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales» publicadas en el *DOUE* de 8 de noviembre de 2019 (2019/C 380/01) se prevé que «el órgano jurisdiccional remitente puede también indicar sucintamente su punto de vista sobre la respuesta que debe darse a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial» (apdo. 19). Por tanto, es legítimo que el tribunal nacional señale su postura sobre la cuestión planteada. No obstante, sería incorrecto no presentar todos los datos que puedan ayudar al TJUE a la resolución de la cuestión.

¹³⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Evgeni Tanchev presentadas el 15 de julio de 2021.

juez examine en una fase posterior del procedimiento el carácter abusivo de las cláusulas contractuales¹³⁷». Más bien tendría que haber enfocado la cuestión en el sentido de que «el juez examine en el incidente sobre liquidación de intereses previsto por el procedimiento de ejecución nacional el carácter eventualmente abusivo de la cláusula que determina los intereses de demora».

Se focaliza la cuestión por parte del Abogado General como que «incluso después de que se haya realizado la transmisión de la propiedad del bien, pero antes de que el deudor haya sido desposeído de él, plantear el carácter abusivo que *puede llevar a que se declare la invalidez del procedimiento en su totalidad*¹³⁸». Es errónea esa conclusión ya que no se trata de declarar la invalidez del procedimiento en su totalidad. Se trata de tener en cuenta el eventual carácter abusivo de la cláusula que fija el interés de demora a la hora de determinar la liquidación de los intereses a cuyo pago será condenado el consumidor ejecutado dentro del procedimiento de ejecución. En puridad, la anulación de la cláusula de intereses moratorios no tendría que conllevar la anulación de todo el procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Abogado General incurre en más imprecisiones, desde nuestro punto de vista. Así, afirma que la cuestión cuarta «[...]se refiere a circunstancias en que la relación contractual entre el consumidor y el acreedor ya ha concluido con la transmisión de la propiedad del bien hipoteca a un tercero»¹³⁹. No parece correcta esa afirmación. La relación contractual terminó con la resolución contractual instada por la entidad bancaria operando la condición resolutoria. Si el Abogado General quería referirse a la relación jurídica entre consumidor y acreedor tampoco sería exacta la aseveración de este, puesto que estando en tramitación el incidente sobre liquidación de intereses, la relación jurídica no ha concluido. Es más, esa relación jurídica que se despliega en el marco de la ejecución hipotecaria probablemente tenga otros frentes abiertos como el pago de las costas judiciales o, incluso, la liquidación final entre principal, intereses y costas, teniendo en cuenta lo abonado por la entidad adjudicataria, de forma que si la cantidad final arroja un saldo a favor del ejecutado –pocas veces se produce– la relación jurídica termina cuando el ejecutado cobra el mandamiento de pago representativo del saldo a su favor, y si la cantidad final arroja un saldo en contra del ejecutado, la relación jurídica se mantendrá hasta que se produzca el pago de dicho saldo, sin perjuicio de la posibilidad de que prescriba el derecho de la entidad bancaria a reclamarlo por el transcurso del tiempo.

¹³⁷ *Ibid.*, apdo. 2.

¹³⁸ *Ibid.*, apdo. 28, cursiva es nuestra.

¹³⁹ *Ibid.*, apdo. 69.

También pensamos que son desacertadas las consideraciones del Abogado General sobre la situación que se produce una vez que la garantía hipotecaria haya sido ejecutada, el bien vendido y los derechos reales transmitidos a un tercero. Sostiene el Abogado General que «ya no es posible que una parte plantee el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, o que el órgano jurisdiccional examine de oficio dicho carácter, lo cual conllevaría la anulación de los actos de transmisión de la propiedad y, de este modo, tendría consecuencias negativas para terceros y mermaría la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas»¹⁴⁰. Entendemos que si lo que se plantea en el marco del incidente sobre la liquidación de intereses –habiéndose producido ya la transmisión del bien a un tercero– es la naturaleza abusiva de la cláusula que determina el interés de demora y, finalmente, el juez la declara abusiva, ello no tendría por qué comportar la anulación de los actos de transmisión de la propiedad, ni afecta a terceros, ni merma la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas¹⁴¹.

Parece que todas estas imprecisiones «arrastran» al Tribunal de Justicia al dictado de una sentencia que depara un resultado injusto.

De hecho, el TJUE también comete un error similar al manifestar «en una situación como la del litigio principal, en la que *el procedimiento de ejecución hipotecaria ha concluido*»¹⁴² y los derechos de propiedad respecto del bien han sido transmitidos a un tercero¹⁴³. Parece evidente que el procedimiento de ejecución hipotecaria no ha concluido, ya que precisamente hay un incidente abierto sobre liquidación de intereses. Cuestión diferente es que el TJUE sitúe ese momento de «no retorno» en la expedición del decreto de adjudicación que confiere la propiedad al nuevo dueño. Si bien, a la luz de la legislación española, también podría haber ubicado el momento de «no retorno» en la entrega de la posesión al adquirente, ya que así lo dispuso nuestro legislador para las ejecuciones judiciales en la disposición transitoria cuarta, apdo. 2, párrafo tercero de la Ley 1/2013¹⁴⁴.

¹⁴⁰ *Ibid.*, apdo. 72.

¹⁴¹ Cabría sostener que procedería la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria en la medida en que se despachó la ejecución sobre la base de una cantidad errónea en el concepto de intereses, pero no hay que olvidar que la suma de intereses es «presupuestada» y que permitir la posibilidad de que en el incidente de liquidación de intereses se pueda discutir sobre la naturaleza abusiva de la cláusula de intereses moratorios contribuye a la protección del consumidor.

¹⁴² *Cursiva es nuestra.*

¹⁴³ C-600/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, Ibercaja Banco, apdo. 57.

¹⁴⁴ Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, disposición transitoria cuarta, apdo. 2, párrafo tercero: «Esta Disposición transitoria se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la LEC».

En virtud del efecto de cosa juzgada y de la preclusión se propicia que en un incidente sobre liquidación de intereses que está en tramitación, es decir, en el que no existe resolución firme, un consumidor sea condenado en base a una cláusula abusiva a una cantidad desorbitada de intereses.

Uno de los problemas que podría estimarse queda sin resolver o, al menos, no ha sido resuelto satisfactoriamente, desde nuestro punto de vista, se refiere al hecho de que lo que está en juego no es la anulación de los actos de transmisión de la propiedad, sino el cálculo de los intereses. A mi modo de ver, es contrario a las exigencias de la protección de los consumidores obligar al consumidor a irse a un procedimiento declarativo cuando todavía no hay firmeza en el procedimiento sobre el incidente de liquidación de intereses.

Resulta evidente que no se está pleiteando por la propiedad, sino por la cuantía de los intereses. El TJUE podría haber diferenciado los supuestos en los que se dirime sobre la anulación de la propiedad frente a aquellos otros en que se debate sobre una cuestión diferente como es el importe de intereses.

Con la solución dada por el TJUE en *Ibercaja Banco* se da la circunstancia de que en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria se ha aplicado una cláusula de interés de demora claramente abusiva, no habiéndose producido efecto de cosa juzgada ni preclusión en relación con la liquidación de intereses en cuyo incidente se dirime la cuestión. Es cierto que en el litigio principal el consumidor podía haber formulado la oposición en los diez días concedidos para ello –plazo cuya conformidad con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva puede ser seriamente cuestionada a la luz de la jurisprudencia del TJUE– y podía haber basado esa oposición en la existencia de cláusulas abusivas ya que la demanda ejecutiva se interpuso vigente la reforma introducida por la Ley 1/2013, pero cabía esperar que el TJUE reparase en el hecho de que el incidente de liquidación de intereses estaba vivo y siendo la cláusula determinante del resultado de ese incidente claramente abusiva, debería haber encontrado el TJUE algún camino para que no se consolidase una evidente injusticia en perjuicio del consumidor, ante la negligente pasividad del juez. Con relación a lo declarado (una vez ejecutada la garantía, vendido el bien hipotecado y transmitidos los derechos a un tercero no cabe examinar en ese procedimiento la naturaleza abusiva de ninguna cláusula), bien podría el Tribunal de Justicia haber añadido que ello sin perjuicio de aquellas situaciones en las que no se dirime sobre la propiedad del bien, sino que se dirimen responsabilidades económicas que van a ser determinadas por una cláusula del contrato controvertido, en cuyo caso sí cabe el planteamiento de la eventual naturaleza abusiva de esa cláusula.

Esa excepción tiene una mayor justificación –desde nuestro punto de vista– que la establecida por el TJUE en el segundo apartado del fallo de la

sentencia sobre la limitación máxima de las costas a la tercera parte de la cuantía: «a condición de que el juez encargado, en último término, de la tasación de las costas tenga libertad para determinar la verdadera cuantía del proceso para el consumidor garantizándole que disfrute del derecho al reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente para interponer tal recurso» (*Caixabank contra EL, TP*, STJUE de 7 de abril de 2022, C-385/20). En *Caixabank* el procedimiento principal ha terminado, la cuantía litigiosa quedó establecida en el mismo como un pronunciamiento firme y el TJUE otorga libertad al juez para que, en un incidente sobre tasación de costas en el que difícilmente el profesional puede proponer y practicar prueba sobre la cuantía del litigio, determine la «verdadera cuantía del proceso para el consumidor».

A nuestro modo de ver, esa situación vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del profesional porque la determinación sobre la cuantía del litigio era firme. Por ello, infringe el principio de seguridad jurídica que el juez altere libremente una cuantía que ha adquirido firmeza y sobre la que sería excesivamente difícil o prácticamente imposible practicar pruebas en el marco de un incidente de tasación de costas.

Por el contrario, en *Ibercaja Banco* el pronunciamiento sobre los intereses no es firme, sino que es objeto precisamente de liquidación, abriéndose un incidente en el que se podría dilucidar sobre la naturaleza abusiva o no de la cláusula de intereses que es la que determina el resultado de la liquidación. En mi opinión, en la sentencia *Ibercaja Banco* el TJUE tendría que haber añadido una excepción con un contenido similar al siguiente: «salvo que en el procedimiento de ejecución de la garantía hipotecaria se encuentren pendientes de resolver incidentes cuya resolución vendría determinada directamente por la existencia de cláusulas abusivas, como sería el caso de un incidente sobre la liquidación de los intereses, en cuyo supuesto sí cabría oponer en dicho incidente la naturaleza abusiva de la cláusula en cuestión, y todo ello, sin perjuicio de que el consumidor pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación».

En definitiva, esa sensibilidad hacia la posición débil del consumidor que tantas veces ha mostrado el TJUE, en esta ocasión brilla por su ausencia, comparando su pronunciamiento una situación en la que el consumidor es condenado al pago de los intereses con base en una cláusula abusiva, obligándole a tener que iniciar un nuevo procedimiento, actuación que no se producirá en muchas ocasiones por el desánimo y la falta de confianza en la justicia en que probablemente se vería inmerso el consumidor ejecutado, en particular, el del litigio principal que estuvo pagando su hipoteca desde la constitución en mayo

de 2005 hasta mayo de 2014 –nueve años pagando intereses a la entidad bancaria–, que ha visto como su vivienda valorada en la constitución de hipoteca en 299.290 euros ha sido adjudicada en 179.574 euros –120.000 euros menos, es decir, un cuarenta por ciento menos de su valor–, que ha perdido su vivienda y que, encima, el juez lo condenaría al pago de 32.389,89 euros en concepto de intereses con base en un cláusula que es abusiva.

Pensamos que algo –o muchas cosas– han fallado en el asunto *Ibercaja Banco* para que se haya llegado a un resultado tan injusto para el consumidor. En cualquier caso, quedaría pendiente de evaluar la contraposición entre lo declarado en esta sentencia y lo declarado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de febrero de 2019, reiterada por la STC 80/2022 de 27 de junio de 2022 (posterior a *Ibercaja Banco*). Cabría una posible –aunque intrincada– lectura de ese enfrentamiento en el sentido de que la interpretación llevada a cabo por el TC ha elevado el nivel de protección de los consumidores, lo que es conforme con el artículo 8 de la Directiva 93/13, y lo que podría conducir a seguir manteniendo el listón donde lo situó el Tribunal Constitucional. También puede plantearse el interrogante sobre el supuesto en el que el adquirente no sea un tercero, sino que es la propia entidad bancaria ejecutante –que mantuvo la relación contractual con el consumidor– la que se adjudica el bien en la subasta. Al no tratarse de un «tercero» que es la expresión utilizada por el TJUE en el apartado 57 y en el fallo de la sentencia, estaría por dilucidar si opera la «adquisición del derecho de propiedad» o no, como momento a partir del cual no cabe procederse al examen del carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

Con un puro valor anecdótico, hay que mencionar la falta de sentido del apartado 2 de la sentencia («Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre MA e Ibercaja Banco, S. A., en relación con una reclamación de pago de los intereses adeudados a la entidad bancaria debido a la no ejecución¹⁴⁵ por MA y PO del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre dichas partes»¹⁴⁶. Parecería bastante más correcto referirse a «incumplimiento» del contrato de préstamo en lugar de «la no ejecución» del contrato de préstamo. Cuesta trabajo creer que en una sentencia de Gran Sala y con tanta trascendencia se pueda cometer lo que a nuestro criterio es un grave error en la presentación de la temática del litigio principal.

¹⁴⁵ Subrayado es nuestro.

¹⁴⁶ La versión francesa también responde al mismo planteamiento: «en raison de la non-exécution par MA et PO du contrat de prêt hypothécaire conclu entre ces parties», por lo que no se trata de un error en la traducción de la versión española.

También es criticable que el TJUE haya respondido una cuestión de tanta trascendencia como la cuarta con únicamente dos apartados, el 57 y el 58, dado que el 56 se limita a reproducir lo dicho en las cuestiones anteriores y el 59 es la conclusión. No encontramos argumentos en esos apartados 57 y 58 que avalen la postura del TJUE. Este se limita a decir que una vez el procedimiento de ejecución hipotecaria ha concluido –lo que es incierto– y los derechos de propiedad respecto del bien han sido transmitidos a un tercero, el juez, actuando de oficio o a instancias del consumidor, ya no puede proceder a un examen del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que llevase a la anulación de los actos de transmisión de la propiedad y cuestionar la seguridad jurídica de la transmisión de la propiedad ya realizada frente a un tercero. A ello, añade, en el apartado 58, que el consumidor debe poder invocar en un procedimiento posterior distinto el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo y así poder obtener la reparación del perjuicio económico causado por la aplicación de dichas cláusulas.

Parece claro que había dos opciones primordiales para el TJUE a la hora de situar el momento de «no retorno», bien la entrega de la posesión del inmueble al adjudicatario, bien la adquisición de la propiedad por parte de este. El TJUE ha elegido esta segunda opción, concediendo la posibilidad de planteamiento de un nuevo procedimiento para reclamar las responsabilidades económicas derivadas de la aplicación de las cláusulas abusivas, pero no ha expuesto los argumentos que le han llevado a la elección de la segunda opción sobre la primera.

Caso 121. *SPV Project 1503*¹⁴⁷: El juez que conoce la ejecución de un requerimiento de pago con fuerza de cosa juzgada que no ha sido objeto de oposición por parte del deudor, ni ha sido objeto de control de oficio motivado sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en la expedición del requerimiento, debe poder controlar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato en las que se fundamenta dicho requerimiento.

Hechos. Estas peticiones se han presentado en el contexto de dos litigios entre consumidores y entidades de crédito en relación con procedimientos de

¹⁴⁷ Asuntos acumulados C-693/19 y C-831/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022, *SPV Project 1503 Srl, Dobank SpA contra YB (C-693/19) y Banco di Desio e della Brianza SpA y otros contra YX, ZW (C-831/19)*. Peticiones de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Milán, EU: C:2022:395. El Abogado General Sr. Tanchev presentó sus conclusiones en audiencia pública el 15 de julio de 2021.

ejecución forzosa instados por las entidades bancarias contra los consumidores basados en títulos ejecutivos que han adquirido fuerza de cosa juzgada¹⁴⁸.

Las tres preguntas planteadas por el Tribunal de Milán son refundidas en una por el TJUE que considera que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece que, cuando un requerimiento de pago expedido por un juez a instancia de un acreedor no haya sido objeto de oposición por parte del deudor, el juez que conoce de la ejecución no puede controlar posteriormente el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato en las que se fundamenta dicho requerimiento, por el motivo de que la fuerza de cosa juzgada de la que goza dicho requerimiento se extiende implícitamente a la validez de estas cláusulas y excluye

¹⁴⁸ En cuanto al asunto C-693/19, la entidad SPV y otros acreedores incoaron ante el órgano jurisdiccional remitente un procedimiento de ejecución forzosa para cobrar una serie de créditos resultantes de contratos de financiación celebrados con YB. Este procedimiento se basaba en un requerimiento de pago que había adquirido firmeza al no haber formulado oposición YB. Los contratos de financiación en cuestión establecían que, en caso de retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, se aplicarían una cláusula penal e intereses de demora. En la vista, el juez que conoce de la ejecución, al considerar que la cláusula relativa al cálculo de los intereses de demora podía tener carácter abusivo, ordenó al profesional que aportase los contratos sobre cuya base se había emitido el requerimiento de pago e instó al consumidor a comparecer en la siguiente vista y a manifestar su intención de invocar el carácter abusivo de dicha cláusula. En la vista posterior, el consumidor declaró que deseaba invocar el carácter abusivo de la cláusula mencionada. El juez estimó que podía apreciar el eventual carácter abusivo de esa cláusula y señaló una nueva vista. SPV alegó por escrito que la fuerza de cosa juzgada ligada al requerimiento se oponía a que se examinasen las cláusulas de los contratos sobre cuya base se había expedido dicho requerimiento. El órgano jurisdiccional remitente expone que la facultad del juez que conoce de la ejecución se limita a controlar la existencia del título ejecutivo y no puede extenderse al control del «contenido intrínseco» de este último. Según afirma, ese control del título judicial se excluye también en caso de que el deudor se oponga a la ejecución. Así mismo, precisa que el órgano jurisdiccional que dictó el requerimiento de pago en cuestión no se pronunció sobre el eventual carácter abusivo de las cláusulas antes mencionadas y que, debido a la falta de oposición por parte del consumidor, el requerimiento adquirió fuerza de cosa juzgada. Además, en virtud del principio de «fuerza de cosa juzgada implícita», se considera que todas las cláusulas que figuran en los contratos de financiación objeto del litigio principal, incluidas las dos cláusulas de que se trata, fueron examinadas por ese órgano jurisdiccional y que a ellas se extiende esa forma de fuerza de cosa juzgada. De ello se desprende que el juez que conoce de la ejecución no puede apreciar el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato, no solo porque no controla el contenido del requerimiento de pago dictado sobre la base de aquel, sino también porque dicho requerimiento adquiere fuerza de cosa juzgada si el deudor no formula oposición contra él. Con respecto al asunto C-831/19, consta que, en 2005, la entidad bancaria celebró contratos de fianza con dos consumidores para garantizar las deudas de una sociedad. La entidad bancaria inició un procedimiento de embargo inmobiliario ante el órgano jurisdiccional remitente sobre los bienes propiedad de YX y ZW. Este procedimiento, en el que intervinieron otros acreedores, se fundamenta en requerimientos de pago expedidos en 2012 y 2013 por un órgano jurisdiccional a favor de la entidad bancaria BDB y de esos otros acreedores frente a una sociedad, deudora principal, y cuatro fiadores, entre ellos YX y ZW. Al no haberse formulado oposición contra ellos, dichos requerimientos adquirieron fuerza de cosa juzgada. Se plantea la controversia sobre la cualidad de consumidora de la fiadora ZW, sobre las facultades del juez de la ejecución y sobre la fuerza de cosa juzgada de un requerimiento de pago.

cualquier control de la validez de estas. En el asunto C-831/19, el órgano jurisdiccional remitente pregunta también si la circunstancia de que, en la fecha en que el requerimiento judicial adquirió firmeza, el deudor ignoraba que podía ser calificado de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva tiene alguna incidencia a este respecto.

Doctrina. El TJUE enfoca el asunto, como es habitual, señalando que el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que, por consiguiente, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, establecer en su ordenamiento jurídico interno tales procedimientos, a condición de que respeten los principios de equivalencia y efectividad. Por lo que se refiere al principio de equivalencia, señala el Tribunal de Justicia que no dispone de ningún dato que permita dudar de la conformidad de la normativa nacional controvertida en el litigio principal con dicho principio. Así, como indica el Gobierno italiano, el Derecho nacional no permite al juez que conoce de la ejecución volver a examinar un requerimiento de pago con fuerza de cosa juzgada, aun en presencia de un posible incumplimiento de las normas de orden público nacionales¹⁴⁹.

Con respecto al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia recuerda que no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado y reitera la trascendencia de la exigencia de tutela judicial efectiva aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en los derechos derivados de la Directiva 93/13. Descendiendo a los litigios que conforman los asuntos enjuiciados, observa el TJUE que la normativa nacional establece que, en el procedimiento de ejecución de requerimientos de pago no impugnados, el juez que conoce de la ejecución no puede ejercer un control sobre el fondo del requerimiento de pago ni controlar, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sobre las que se fundamenta dicho requerimiento, debido a la fuerza de cosa juzgada implícita adquirida por este último. Indica el Tribunal de Justicia que habida cuenta de la naturaleza y de la importancia del interés público que subyace a la protección que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores, una normativa nacional según la cual se considera que se ha realizado un examen de

¹⁴⁹ Asuntos acumulados C-693/19 y C-831/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *SPV Project I503*, apdo. 59.

oficio del carácter abusivo de las cláusulas contractuales y que este tiene fuerza de cosa juzgada aun en ausencia de cualquier motivación al efecto en una resolución como la expedición de un requerimiento de pago puede vaciar de contenido la obligación que incumbe al juez nacional de proceder a un examen de oficio del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales. De ello deduce el TJUE que, en tal caso, la exigencia de tutela judicial efectiva requiere que el juez que conoce de la ejecución pueda apreciar, incluso por primera vez, el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales sobre las que se fundamenta un requerimiento de pago expedido por un juez a instancia de un acreedor y contra el cual el deudor no ha formulado oposición. El TJUE se remite a lo dicho por el Abogado General ¹⁵⁰ en el sentido de que la circunstancia de que el deudor ignorara, en el momento en que esa resolución judicial anterior adquirió firmeza, su condición de consumidor, en el sentido de la Directiva 93/13, carece de pertinencia, dado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

De esta forma, el TJUE concluye que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece que, cuando un requerimiento de pago expedido por un juez a instancia de un acreedor no haya sido objeto de oposición por parte del deudor, el juez que conoce de la ejecución no puede controlar posteriormente el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato en las que se fundamenta dicho requerimiento, por el motivo de que la fuerza de cosa juzgada de la que goza dicho requerimiento se extiende implícitamente a la validez de estas cláusulas y excluye cualquier control de la validez de estas. La circunstancia de que, en la fecha en que el requerimiento judicial adquirió firmeza, el deudor ignorara que podía ser calificado de «consumidor», en el sentido de dicha Directiva, carece de pertinencia a este respecto ¹⁵¹.

Comentarios. En esta sentencia se reflejan consideraciones establecidas por el TJUE. Así, se aborda uno de los aspectos tratados en el primer apartado del fallo de *Ibercaja Banco*. Nos referimos al hecho de que el examen de oficio sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales debe estar motivado. Si no lo está, se considera que se vacía de contenido la

¹⁵⁰ Asuntos C-693/19 y C-831/19, conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tachev el 15 de julio de 2021.

¹⁵¹ Asuntos C-693/19 y C-831/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, SPV Project, apdos. 60 a 68.

obligación que incumbe al juez nacional de proceder a ese control. Por tanto, el requerimiento de pago debe estar motivado para considerarse que se ha llevado a cabo el control de oficio de las cláusulas abusivas y la ausencia de motivación tiene como consecuencia que el juez que ejecuta ese requerimiento de pago debe llevar a cabo el control de abusividad. Por ello, la legislación italiana que impide ese control es incompatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13. El TJUE se refiere a que «el juez que conoce de la ejecución *pueda*¹⁵² apreciar, incluso por primera vez, el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales [...]» (apdo. 66), pero nosotros nos atreveríamos a afirmar que el juez *debe* llevar a cabo el control de abusividad de las cláusulas contractuales. Lo expuesto anteriormente discurre en la misma línea argumentada por el TJUE en otras sentencias, particularmente las relativas al procedimiento monitorio (*Finanmadrid*, STJUE de 18 de febrero de 2016 y *Profi Credit Polska*, STJUE de 13 de septiembre de 2018), en el sentido de que, si no existe control de abusividad en la fase de expedición del requerimiento de pago, este debe existir en la fase de ejecución de este. Lo que se viene a añadir en esta sentencia, en sentido similar a lo dicho en *Ibercaja Banco (contra MA)*, es que el control tiene que ser real y no un mero control formal. Por ello, no basta con que en el requerimiento de pago o en el auto de despacho de ejecución se afirme haber llevado a cabo el control, sino que debe motivarse, aunque sea sucintamente ese control. Podría decirse que ese requisito del control motivado –al menos, sucintamente– es añadido por *Ibercaja Banco (contra MA)* y por *SPV Project 1503*.

10.6 CUESTIONES RELATIVAS AL PLAZO PARA FORMULAR OPOSICIÓN

Pasamos a analizar dos resoluciones que se ocupan de un aspecto muy específico como es el plazo para formular oposición. No son las únicas sobre esta temática, pero sí resultan muy significativas, cada una en un sentido diferente. *BBVA* nos revela la importancia de que el plazo de oposición empiece a correr a partir de un acto en virtud del cual el consumidor tenga un conocimiento efectivo de su comienzo mientras que *BNP Paribas Personal Finance (contra MF)* se centra en la duración del plazo concedido al consumidor.

¹⁵² Cursiva es nuestra.

Caso 122. *BBVA*¹⁵³: Incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013¹⁵⁴ porque el plazo para formular oposición se calcula a partir del día siguiente a la publicación de dicha ley en el BOE sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición, por lo que no se garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa.

Hechos. Esta petición fue formulada en el marco de un litigio entre la entidad bancaria BBVA y los consumidores Sres. Fernández Gabarro y Peñalva López y la Sra. López Durán, en relación con su oposición a la ejecución hipotecaria de una plaza de aparcamiento y de un trastero¹⁵⁵.

¹⁵³ Asunto C-8/14. Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2015, BBVA, S. A., anteriormente Unnim Banc, S. A., contra Pedro Peñalva López, Clara López Durán, Diego Fernández Gabarro. Cuestión prejudicial planteada por Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Martorell. EU: C:2015:731. El Abogado General Sr. Szpunar presentó sus conclusiones en audiencia pública el 13 de mayo de 2015.

¹⁵⁴ Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social:

«Régimen transitorio en los procesos de ejecución.

[...] 2. En todo caso, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.ª del artículo 557.1 y 4.ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley y la formulación de las partes del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 ss. y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta Disposición transitoria se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

¹⁵⁵ Antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que modificó la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la finalidad, entre otros extremos, de adaptar el contenido de esta a la sentencia *Aziz* (asunto C-415/11, STJUE de 14 de marzo de 2013), la entidad bancaria BBVA había iniciado un procedimiento de ejecución contra los consumidores antes citados que tenía como objeto una plaza de aparcamiento y un trastero. Ese procedimiento estaba en trámite a la entrada en vigor de la Ley sin que se hubiera producido la entrega de la posesión de dichos bienes al adjudicatario. El 17 de junio de 2013, una vez expirado el plazo de un mes para formular incidente extraordinario de oposición a la ejecución hipotecaria previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, los ejecutados en el litigio principal alegaron ante el órgano jurisdiccional nacional que el plazo preclusivo de un mes establecido en esa disposición era contrario a la Directiva 93/13. De un lado, dicho plazo preclusivo de un mes para invocar el carácter abusivo de las cláusulas que figuran en el título ejecutivo se mostraba insuficiente para que los tribunales controlaran de oficio el contenido de los contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria en curso de ejecución y, de la misma forma, era insuficiente para que los consumidores alegaran el eventual carácter abusivo de las cláusulas que figuran en esos contratos. Además, los ejecutados en el asunto principal afirmaron que dado que según el apartado 4 de la disposición transitoria controvertida («4. La publicidad de la presente Disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no

Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente preguntó, según la reformulación efectuada por el TJUE, si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria nacional, como la disposición transitoria controvertida, que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que aún no ha concluido, un plazo preclusivo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa, en particular, sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales.

Doctrina. Tras exponer las premisas clásicas sobre la situación de inferioridad del consumidor frente al profesional y la finalidad del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 como disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, el TJUE recuerda lo declarado en la sentencia *Sánchez Morcillo*¹⁵⁶ en el sentido de que los procedimientos de ejecución nacionales, tales como los procedimientos de ejecución hipotecaria, están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de su reiterada jurisprudencia¹⁵⁷.

El TJUE se refiere a que la disposición transitoria controvertida está destinada a los procedimientos de ejecución que se encontraban en curso en la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013 y en los que el plazo de oposición de diez días ya se había iniciado o había expirado, previendo un mecanismo de plazo transitorio para permitir también a los consumidores afectados por un procedimiento de ejecución en curso formular una oposición procesal encauzada a través de un incidente extraordinario con fundamento, en particular, en la existencia de cláusulas abusivas.

Como es lógico, al tratarse de cuestiones procesales sobre las que no existe normativa armonizada a nivel de la Unión, el TJUE indica la necesidad de comprobar que la normativa nacional de aplicación cumpla con los principios de equivalencia y efectividad. No objetándose nada en relación con el primero, el análisis del TJUE se centra en el principio de efectividad. El TJUE examina

siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto») el plazo preclusivo de un mes comenzaba a correr a partir de la comunicación realizada mediante la publicación de la Ley en un boletín oficial y no de forma individualizada, el acceso de los consumidores a la justicia resultaba muy difícil, incluso en el caso de que dispusieran de asistencia jurídica.

¹⁵⁶ Asunto C-169/14. STJUE de 17 de julio de 2014. *Sánchez Morcillo y Abril García I.*

¹⁵⁷ Asunto C-8/14. STJUE de 29 de octubre de 2015, *BBVA*, apdos. 17 a 20.

el plazo para la interposición del incidente en dos de sus elementos, la duración de este y el mecanismo previsto para determinar el inicio de ese plazo. Con relación a su duración, considera el TJUE que el plazo de un mes no parece, en principio, materialmente insuficiente para la preparación e interposición de un recurso judicial efectivo, sino que parece razonable y proporcionado habida cuenta de los derechos e intereses de que se trata¹⁵⁸. Por ello, entiende el TJUE que, en cuanto a ese aspecto, no se vulnera el principio de efectividad. En relación con el mecanismo previsto para determinar el inicio del plazo que es su publicación en el Boletín Oficial del Estado, el TJUE realiza varias consideraciones. Por un lado, observa el TJUE que, en el momento de iniciarse el procedimiento de ejecución instado en su contra, los consumidores fueron informados mediante una notificación individual, que les fue dirigida personalmente, en el sentido de que tenían la posibilidad de oponerse a la ejecución en un plazo de diez días a partir de esa notificación. Esa notificación, al ser anterior a la Ley 1/2013, no disponía de información sobre la posibilidad de formular oposición en base a la existencia de cláusulas abusivas¹⁵⁹.

Por ello, basándose, en particular, en los principios del derecho de defensa, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, considera el TJUE que los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial¹⁶⁰.

A partir de ahí, el TJUE deduce que en la medida en que la disposición transitoria prevé que el plazo preclusivo comienza a correr en el presente caso sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado antes de entrar en vigor esa Ley, no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión¹⁶¹.

Añade el TJUE varias circunstancias como son la particularidad y la complejidad del desarrollo del procedimiento y de la legislación aplicable, que conlleva un riesgo elevado de que ese plazo expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía

¹⁵⁸ *Ibid.*, apdo. 31.

¹⁵⁹ *Ibid.*, apdos. 35 a 37.

¹⁶⁰ *Ibid.*, apdo. 38.

¹⁶¹ *Ibid.*, apdo. 39.

judicial, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben, en realidad, la amplitud exacta de esos derechos ¹⁶².

Ello supone la infracción del principio de efectividad por parte de la disposición transitoria por lo que el TJUE responde la cuestión manifestando que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que a esa fecha no ha concluido, un plazo preclusivo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales ¹⁶³.

Comentarios. Es de observar que el TJUE adoptó la posición expuesta por el Abogado General Sr. Maciej Szpunar en sus conclusiones ¹⁶⁴ en las que llevó a cabo un minucioso análisis de la cuestión.

No compartimos las reflexiones críticas formuladas por Lafuente Torralba ¹⁶⁵ a la sentencia. Dado el análisis pormenorizado y profundo que hace dicho autor de la sentencia, nos parece interesante traerlo a colación y tratar de rebatir aquellos argumentos con los que no estamos de acuerdo.

Un primer aspecto apuntado por Lafuente Torralba es lo innecesario de formular la cuestión prejudicial por parte del juez que, en su lugar, podía haber examinado de oficio las cláusulas supuestamente abusivas, previa audiencia de las partes en los términos previstos en el artículo 552.1. II LEC ¹⁶⁶. Es cierto que el juzgador disponía de esa otra alternativa. Resulta necesario recordar que la pregunta del juez de Martorell en sus términos literales fue:

«Si el plazo de un mes dispuesto por la [disposición transitoria controvertida] debe entenderse que se opone al sentido de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE». El juez tiene una duda razonable sobre la interpretación del Derecho de la Unión y, en consecuencia, plantea la cuestión. Dentro de las distintas posibilidades de las que disponía el juzgador, este opta por formular

¹⁶² *Ibid.*, apdo. 40.

¹⁶³ *Ibid.*, apdos. 41 y 42.

¹⁶⁴ Asunto C-8/14. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 13 de Mayo de 2015.

¹⁶⁵ LAFUENTE TORRALBA, A. J., «El plazo extraordinario de la oposición fundada en cláusulas abusivas: reflexiones al hilo de la STJUE de 29 de octubre de 2015». *Revista española de Derecho europeo*, número 58, abril-junio 2016, pp. 143 a 170.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 153.

la cuestión prejudicial, lo que en sí mismo no ha sido negativo, sino muy positivo al haber propiciado la declaración de incompatibilidad de la disposición transitoria con el Derecho de la Unión, por un motivo diferente al de la extensión del plazo que aparentemente era el que se barajaba con más peso por la representación de los ejecutados. Ese argumento, la falta de necesidad de plantear la cuestión porque puede apreciar de oficio las posibles cláusulas abusivas, fue el argumento utilizado por BBVA para tratar de conseguir la inadmisibilidad de la cuestión ¹⁶⁷, alegación que fue rechazada por el TJUE.

Desde nuestro punto de vista, la actitud del juez no es criticable, sino elogiable en la medida en que ha elegido una vía a través de la cual no solo se iba a aclarar la interpretación del Derecho de la Unión con respecto a su caso concreto, sino con relación a miles de casos. De la misma forma que, tradicionalmente, en este tipo de situaciones, se planteaba la cuestión de inconstitucionalidad en orden a solicitar al Tribunal Constitucional la interpretación del artículo 24 de la Constitución sobre si esa disposición lo infringía, el papel «activo» del TJUE ha hecho que nuestros jueces opten por la cuestión prejudicial. Es de respetar las críticas que ello pueda suscitar en situaciones en las que quizá quepan otras alternativas que no supongan una demora importante del procedimiento, pero, a buen seguro, el resultado en términos de justicia ha merecido la pena.

Respecto a la cuestión del inicio del cómputo a partir de la publicación en el BOE de la posibilidad de oponerse en lugar de la notificación personal, Lafuente Torralba indica que en el caso del ejecutado no personado en las actuaciones —que como él bien indica es el caso más frecuente— hay dos aspectos a tener en cuenta. Por un lado, que en nuestro ordenamiento procesal no es inusual que el legislador prescinda de la notificación individualizada para dar la nueva oportunidad de oposición a los ejecutados no personados. En base a otras previsiones de nuestra ley procesal y teniendo en cuenta que la vulneración del principio de efectividad ha de valorarse apreciando el lugar que ocupa la disposición cuestionada dentro del procedimiento, su desarrollo y sus particularidades ante las diversas instancias nacionales, junto con el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico ningún precepto legal obliga al órgano judicial a emplazar al ejecutado para oponerse a la ejecución, ni siquiera a notificarle la posibilidad de hacerlo ¹⁶⁸, entre otras razones, considera Lafuente Torralba que es cuestionable la postura del TJUE. A nuestro modo de ver, las situaciones presentadas por el autor no son comparables. A riesgo

¹⁶⁷ Vid. apdo. 20 de las conclusiones del Abogado General.

¹⁶⁸ LAFUENTE TORRALBA, A. J., «El plazo extraordinario de la oposición...», *op. cit.*, p. 160.

de equivocarnos, analizando el problema al margen de la ortodoxia procesal y desde el punto de vista del justiciable que recibió hace unos meses o años de manos del agente judicial un emplazamiento para personarse en la ejecución de su vivienda o de su aparcamiento y en la medida en que el legislador se ve obligado a dar una segunda oportunidad de oponerse en base a las posibles cláusulas abusivas existentes en el título que fundamentó la ejecución —cláusulas abusivas como la de los intereses moratorios desorbitados, vencimiento anticipado por una sola cuota impagada, cláusula suelo, etc., que estaban en casi todas las escrituras de hipoteca que se firmaban en los años anteriores—, informar al deudor-ejecutado a través del Boletín Oficial del Estado se antoja difícil que no suponga una vulneración del principio de tutela judicial efectiva o, en términos de justicia comunitaria, del principio de efectividad al hacer excesivamente difícil al consumidor ejercer los derechos que le confiere la Directiva 93/13.

Finalmente, parece más discutible el supuesto referido a procesos en los que el consumidor-deudor-ejecutado estaba personado en autos con abogado y procurador. Sin embargo, a nuestro parecer, también en ese supuesto procede la notificación personal, no solo porque hubiera sido una solución demasiado compleja y poco habitual por parte del TJUE haber diferenciado entre consumidores con representación procesal y sin ella¹⁶⁹, sino que incluso por razones de operatividad de los propios juzgados, si el legislador español hubiera cumplido con el Derecho de la Unión, hubiera sido más simple en su día dictar una resolución en todos los procedimientos de ejecución dando esa oportunidad a los ejecutados, de forma que a los personados se les notificaba a través de su procurador y a los ejecutados en situación de rebeldía se acudía al camino un tanto más arduo de la notificación personal, pero que aseguraba su pleno conocimiento¹⁷⁰.

A pesar de que la sentencia fue dictada el 29 de octubre de 2015 no ha sido hasta la aprobación de la Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE de 16 de marzo de 2019) que el legislador español ha adoptado las medidas oportunas para corregir la situación en virtud de la disposición transitoria tercera de dicha ley.

Desde nuestro punto de vista, ese retraso del legislador español ha constituido un auténtico despropósito que ha perjudicado notablemente como mínimo a cientos de consumidores-deudores-ejecutados e incluso podríamos

¹⁶⁹ Esa no diferenciación ha sido manifestada por el TJUE, entre otras resoluciones, en la sentencia *Faber* (STJUE de 4 de junio de 2015, C-497/13).

¹⁷⁰ Con arreglo al artículo 152.1 LEC, en la actualidad, esas comunicaciones, si lo interesa el actor, pueden hacerse a través de su procurador, lo que agiliza la tramitación del procedimiento.

hablar de miles. La razón es bien sencilla: la nueva disposición afecta a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente. Ha sido precisamente en el periodo transcurrido desde el dictado de la sentencia *BBVA* hasta la entrada en vigor de la disposición transitoria tercera de la Ley 15/2019 (es decir, durante los años 2016, 2017 y 2018) en los que se han ido produciendo los actos de la entrega de la posesión de los inmuebles a los adjudicatarios en un enorme número de ejecuciones hipotecarias, por lo que, a la entrada en vigor de la reforma legislativa, esta ha quedado totalmente desvirtuada, privando a cientos o miles de ejecutados hipotecarios de haber interpuesto el incidente y a una buena parte de ellos de haber evitado el lanzamiento de sus viviendas.

Decimos esto porque el incidente hubiera constituido para muchos un instrumento que les hubiera permitido renegociar con la entidad bancaria afectada o con una tercera entidad una refinanciación, o incluso vender la vivienda y saldar simultáneamente la deuda, de forma que hubieran salido de la situación sin deudas o incluso con remanente.

Para esta conclusión basta tener en cuenta, entre otras, dos circunstancias socio-económicas, de sobras conocidas, concurrentes en ese periodo en nuestro país. Por un lado, la mejora en la situación económica y en las cifras de empleo en España. Así, personas que en los años duros de la crisis (2008 a 2014) estaban en paro, habían cambiado su situación, disponían de un empleo y estaban en posición de acceder a una financiación con la que hacer frente a la deuda contraída, ya sea negociando con la misma entidad bancaria o con otra diferente. Por otro lado, la subida de precios del mercado inmobiliario y la activación de este permitían otro tipo de salida consistente en la venta de la vivienda afectada y simultánea liquidación de las deudas existentes, lo que años antes era imposible al no disponerse de margen económico. El hecho de que los deudores-ejecutados hubieran recibido del correspondiente juzgado la notificación personal que les permitiese formular el incidente extraordinario de oposición hubiera representado la concesión de una nueva oportunidad para evitar perder la vivienda por la que tanto habían luchado y en buena parte de casos hubiera propiciado ese tipo de acuerdos.

Todas estas circunstancias y las perjudiciales consecuencias del retraso para los deudores ejecutados eran fácilmente previsibles ¹⁷¹.

¹⁷¹ Ante el transcurso de seis meses sin que el legislador español hubiera promulgado una modificación legislativa para adaptar nuestra normativa a lo dispuesto por el TJUE en *BBVA*, el autor de este trabajo formuló denuncia ante la Comisión Europea con fecha de 28 de mayo de 2016 en la que hizo constar que dicha inacción constituía una infracción del Derecho de la Unión en perjuicio de todos aquellos consumidores que podían instar el incidente de oposición a partir de la notificación personal y la

Las medidas que podía adoptar el legislador español para adaptar nuestra normativa a lo declarado por el TJUE en *BBVA* podían ser de diversa índole, planteándose también otro tipo de cuestiones a resultas de lo declarado en dicha sentencia (obligación de los jueces nacionales de actuar de oficio, responsabilidad del Estado, etc.)¹⁷².

La solución legislativa fue implementada a través de la Ley 5/2019¹⁷³ cuya disposición transitoria tercera prevé a su entrada en vigor (16 de junio de 2019) la notificación personal a los deudores ejecutados afectados en su

urgencia de la actuación del legislador ante el hecho de que el transcurso del tiempo con la entrega de la posesión de los inmuebles a los adjudicatarios iba limitando de forma injusta el número de consumidores que podían utilizar el incidente de oposición, ello unido al hecho de que no constaba en modo alguno que en aquellos procedimientos a los que les resultaba de aplicación lo dispuesto por el TJUE en *BBVA*, los jueces estuvieran adoptando de oficio decisiones a fin de que se les notificase personalmente a los deudores ejecutados su derecho a instar el incidente extraordinario de oposición. Esta denuncia fue tramitada por la Comisión Europea –referencia CHAP (2016) 01831–. A pesar de nuestra condición de denunciante y de haber solicitado copia del expediente, ello nos fue denegado. Tras cuatro peticiones de información por nuestra parte, la Comisión nos contestó en el sentido de que nuestra denuncia había dado lugar al expediente de infracción núm. 2015/2200 de la Comisión contra España. Es criticable el mutismo que guarda la Comisión en los expedientes de infracción bajo la excusa de la excepción definida en el artículo 4, apartado 2, tercer guion, del Reglamento 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la comisión (protección del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría). También es criticable la ausencia de efectos prácticos eficaces del mecanismo de la denuncia ante la Comisión por incumplimiento del Derecho de la Unión, ya que la denuncia fue interpuesta al haber transcurrido seis meses desde la sentencia *BBVA* y la normativa de adaptación a la misma fue promulgada más de tres años después de la sentencia, lo que evidencia que la existencia del procedimiento de infracción no ha facilitado que la resolución del problema se haya producido en un plazo temporal mínimamente aceptable. Todas estas circunstancias no solo desincentivan a los ciudadanos a la hora de tratar de colaborar con la Comisión para corregir aquellas acciones u omisiones de los Estados miembros que infrinjan el Derecho de la Unión, sino que también generan una enorme frustración, evidenciando que las imputaciones sobre una alarmante burocratización de la Comisión –elocuente argumento de los discursos populistas y antieuropeos– son reales, con el consiguiente grave perjuicio al desarrollo del proyecto europeo.

¹⁷² Las posibles consecuencias de la sentencia *BBVA* –entre otras, exigencia apremiante de la modificación legislativa, obligación de los jueces nacionales de actuar de oficio y la posibilidad del justiciable de formular la acción de responsabilidad contra el Estado por incumplimiento del derecho de la Unión– fueron estudiadas en nuestro artículo: «La sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto *BBVA*: análisis de sus eventuales consecuencias», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19, 2016, pp. 75-111. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1186/960>.

¹⁷³ La disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019 que adapta nuestra legislación a lo declarado por el TJUE en *BBVA* reza como sigue:

«Disposición transitoria tercera. Régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

1. En los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que al entrar en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán nuevamente del plazo señalado en dicho artículo para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

momento por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y en cuyos procedimientos no se haya puesto el inmueble a disposición del adquirente –hecho que limitará sus efectos a un número muy reducido de supuestos habida cuenta del transcurso de más de seis años– de forma que disponen del plazo de diez días previsto en el artículo 556.1 LEC para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición del artículo 557.1. causa 7.^a (que el título contenga cláusulas abusivas) y del artículo 695.1, causa 4.^a (el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible), ambos de la LEC.

Además de exceptuarse los casos en los que la posesión ya ha sido entregada al adjudicatario, se excluyen de la aplicación de la nueva norma los supuestos en los que: a) en su día se hubiera notificado personalmente al ejecutado la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición, o bien, b) se hubiera formulado por el ejecutado incidente extraordinario de oposición, o bien, c) se hubiere admitido la oposición del ejecutado con base en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015 o bien, d) cuando el juez de oficio ya hubiera analizado la abusividad de las cláusulas contractuales.

Es de resaltar que este último supuesto de exclusión –que facilita aún más la decisión del juez de no efectuar la notificación– no estaba previsto en el anteproyecto. A mi modo de ver, esa última excepción no responde debidamente a la sentencia *BBVA* ni a las exigencias normativas derivadas de esta. Si partimos de que lo que viene a decirse por el TJUE es que esa oportunidad concedida a los deudores-ejecutados para formular la oposición a través de la publicación en el BOE no asegura que los deudores-ejecutados conocieran su existencia,

2. Dicho plazo preclusivo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución por la que se comunique a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario en los términos indicados en el apartado anterior. Esta notificación deberá realizarse en el plazo de quince días naturales a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

3. La formulación del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 ss. y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Este artículo se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que en su día no se hubiera notificado personalmente al ejecutado de la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.^a del artículo 557.1 y 4.^a del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni se hubiera formulado por el ejecutado incidente extraordinario de oposición, conforme a lo recogido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ni se hubiere admitido la oposición del ejecutado con base en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015 o cuando el juez de oficio ya hubiera analizado la abusividad de las cláusulas contractuales.» (Subrayado es nuestro).

la normativa para corregir esa circunstancia consistirá en la notificación personal de la posibilidad de formular oposición, por lo que en la medida en que el juez puede evitar esa notificación considerando analizada la abusividad de las cláusulas contractuales se está alterando los efectos de la sentencia BBVA. En otras palabras, es una oportunidad que se le concede al deudor-ejecutado y que no cabe quitársela porque el juez haya analizado la abusividad de las cláusulas contractuales. Las demás excepciones sí están justificadas.

En cualquier caso, lo extremadamente grave y preocupante han sido los más de tres años transcurridos desde la sentencia BBVA hasta la promulgación de la norma, lo que ha desvirtuado los efectos de esta. Este sinsentido tiene aspectos especialmente paradójicos y absurdos que demuestran el grave perjuicio causado a un gran número de consumidores. Basta referirse al hecho de que en los informes del Consejo General del Poder Judicial ¹⁷⁴ y del Consejo de Estado ¹⁷⁵ en relación con la norma prevista en el anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se consideraba que el plazo de un mes previsto en el anteproyecto para que se notificase al deudor ejecutado su posibilidad de oponerse era muy amplio por el riesgo de que durante ese mes la posesión de la vivienda hubiese sido entregada al adquirente. De hecho, la norma redujo finalmente ese plazo a quince días naturales. Por tanto, tanto el CGPJ como el Consejo de Estado eran conscientes de que cada día que pasara se corría el riesgo de que la vivienda fuese entregada al adquirente, dejando sin efecto la norma. A pesar de ello, el legislador tardó nada menos que más de tres años –casi cuatro años– en que la norma fuese de aplicación. El grave daño a los consumidores afectados como consecuencia del retraso del legislador ha sido, por tanto, evidente.

¹⁷⁴ Informe sobre el anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario aprobado mediante acuerdo del Pleno del CGPJ en reunión de 5 de mayo de 2017. Punto 208. d): « El plazo de un mes previsto para la notificación de la resolución por la que se comunique a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario de ejecución es, sin embargo, excesivamente amplio, y demora el efecto suspensivo de la ejecución como consecuencia de la formulación del incidente, con el riesgo de que antes de que este efecto se produzca se ponga en posesión del inmueble al adquirente».

Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Reguladora-de-los-Contratos-de-Credito-Inmobiliario>.

¹⁷⁵ Dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado con fecha de 14 de septiembre de 2017 sobre el anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, número de expediente 709/2017, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, publicado en BOE, documento CE-D-2017-709. Apartado V (Observaciones), letra U) Disposición transitoria tercera, pag. 22.: « Por otro lado, y también en línea con las consideraciones efectuadas por el mencionado Consejo General, el plazo de un mes para notificar la resolución por la que se comunique a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario de oposición parece excesivo en tanto demora el efecto suspensivo de la ejecución, con el riesgo de que antes de que este efecto se produzca se ponga en posesión del inmueble al adquirente». Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-709>.

Caso 123. *BNP Paribas Personal Finance (contra MF)*^{176 - 177}: Es contraria a la Directiva 93/13 la legislación procesal rumana que concede al consumidor un plazo de únicamente quince días para formular la oposición a la demanda ejecutiva por impago de un préstamo, con base en la existencia de cláusulas abusivas en el título en el que se funda la ejecución, aun cuando el consumidor disponga de una acción ordinaria no sujeta a plazo para la declaración del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo.

Hechos. Esta petición se presentó en el contexto de un litigio entre el consumidor MF y la entidad BNP Paribas Personal Finance Paris SA Sucursala București, sobre los derechos de SC Cetelem IFN București SA y Secapital Sàrl en relación con un contrato de préstamo destinado a financiar la adquisición de bienes de consumo¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Asunto C-75/19. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 6 de noviembre de 2019. MF contra BNP Paribas Personal Finance Paris SA Sucursala București, Secapital Sàrl, Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el tribunal especializado de Mureș, Rumanía. EU: C:2019: 950. Este asunto fue juzgado mediante auto motivado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, a la que le fue asignado.

¹⁷⁷ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas rumano y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

¹⁷⁸ El 27 de octubre de 2008, MF celebró con Cetelem IFN București, una institución financiera no bancaria, un contrato de préstamo por un importe de 3.498 lei rumanos (RON) (aproximadamente 740 euros), destinado a la compra de bienes de consumo en un comercio de electrodomésticos. Este contrato preveía un tipo de interés anual del 12,70 %, comisiones mensuales del 0,87 %, una prima de seguro mensual de 7,52 RON (aproximadamente 1,5 euros) y un porcentaje anual (TAE) del 29,82 %. El Anexo 1 de este contrato incluía las condiciones generales, que definían los términos utilizados y fijaban el importe de las comisiones y penalizaciones por mora. No habiendo reembolsado MF las cuotas mensuales del contrato de crédito en cuestión, Secapital, en su calidad de cesionaria del contrato de crédito en cuestión, presentó el 5 de diciembre de 2013 una solicitud de ejecución forzosa por un importe total de 4.209,19 RON (aproximadamente 890 €), lo que representa 2.955,52 RON (aproximadamente 629 €) de principal, 510,42 RON (aproximadamente 106 €) en intereses, 220 RON (unos 45 euros) en penalizaciones y 523,25 RON (unos 110 euros) en comisiones por impagos bancarios. El tribunal de ejecución que conoció inicialmente la demanda de ejecución desestimó dicha demanda por no haber aportado Secapital la prueba de la existencia de una determinada deuda exigible. Sin embargo, el tribunal de apelaciones aceptó esta solicitud y autorizó la ejecución forzosa. En consecuencia, el 2 de abril de 2014 el funcionario judicial en cuestión dictó los primeros actos de ejecución forzosa, habiéndose notificado estos hechos al consumidor MF el 7 de abril de 2014. El 21 de mayo de 2014 el funcionario judicial ordenó el embargo de Salario de MF. El 7 de noviembre de 2014, MF solicitó, mediante oposición a la ejecución forzosa presentada ante el Juzgado de Primera Instancia de Târgu Mureș, la nulidad de todos los actos de ejecución y la propia ejecución así como la decisión que autoriza la ejecución, por prescripción del derecho a solicitar la ejecución. Secapital invocó una excepción de inadmisibilidad basada en la presentación extemporánea de la solicitud de oposición a la ejecución. Una vez que el juzgado ordenó la suspensión provisional de la ejecución forzosa, MF completó su solicitud de oposición, solicitando a dicho juzgado que declarara la nulidad absoluta del título ejecutorio constituido por el contrato de préstamo, al basarse en cláusulas de naturaleza abusiva. En respuesta, Secapital alegó que el motivo basado en la supuesta abusividad de las cláusulas de un contrato que fundamentan un título

Mediante sus dos cuestiones, que son refundidas en una por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional en virtud de la cual el plazo para invocar la existencia de cláusulas abusivas a fin de formular oposición que tiene un consumidor que haya celebrado un contrato de préstamo con una entidad de crédito y contra el que este profesional haya iniciado un procedimiento de ejecución obligatoria caduca a los quince días a contar desde la notificación de los primeros actos de este procedimiento.

Doctrina. Recuerda el TJUE que la protección efectiva de los derechos que se derivan de la Directiva 93/13 solo podría garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permita, en el marco del proceso monitorio o en el del procedimiento de ejecución del requerimiento de pago, un control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate. A ello añade que, en consecuencia, en el supuesto de que no se prevea ningún control de oficio, por un juez, de la naturaleza potencialmente abusiva de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate en la fase de la ejecución del requerimiento de pago, deberá considerarse que una legislación nacional puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 si dicha legislación no prevé tal control en la fase en que se dicte el requerimiento o, cuando tal control se prevé únicamente en la fase de la oposición contra el requerimiento dictado, si existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no formule la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea por los costes que implicaría la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa, ya sea porque la legislación nacional no establece la obligación de que se le dé toda la información necesaria para permitirle determinar el alcance de sus derechos.

ejecutivo no puede plantearse en el contexto de un procedimiento de oposición a la ejecución forzosa. En ese sentido, argumentó que el Código de Procedimiento Civil dispone que el oponente no puede invocar hechos o fundamentos jurídicos relacionados con el fondo del título ejecutivo, salvo que la ley nacional no prevea ningún otro procedimiento específico para la anulación de dicho título. Sin embargo, las disposiciones de la Ley núm. 193/2000 prevén tal procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de inadmisibilidad invocada por Secapital, al considerar que la nulidad del título ejecutorio constituido por un contrato de préstamo es la acción judicial que incluye también la oposición a la ejecución, prevista en el artículo 712, apartado 1, de la Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, dicho tribunal aceptó la excepción por el carácter tardío de la solicitud de oposición a la ejecución y rechazó la solicitud del demandante por extemporánea, en aplicación de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil que prevé un plazo de quince días para la presentación de dicha solicitud de oposición. Habiendo sido interpuesto recurso de apelación ante el Tribunal Especializado de Mures, este órgano formula remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional como la prevista en los artículos 712 ss. del capítulo VI del Código de Procedimiento Civil, que prevé un plazo de quince días, que se comienza a contar desde la notificación al deudor del procedimiento de ejecución forzosa, en el que este puede, mediante la oposición a la ejecución forzosa, plantear el carácter abusivo de una cláusula contractual mientras que una acción con el fin de establecer la existencia de cláusulas abusivas contenidas en el título ejecutivo no está sujeta a ningún límite de tiempo.

A este respecto, debe señalarse que la preservación del efecto útil de la Directiva 93/13 se opone a que una normativa nacional permita que se dicte un requerimiento de pago sin que el consumidor pueda disfrutar, en ningún momento del procedimiento, de la garantía de que un juez realizará un control de la inexistencia de cláusulas abusivas en el contrato de que se trate.

En el caso de autos, si bien el órgano jurisdiccional remitente señaló en su resolución de remisión que existe, en el Derecho nacional, un procedimiento distinto al de oposición a la ejecución, no sujeto a prescripción, que permite invocar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato, este tribunal precisó que tal circunstancia no tuvo ningún efecto sobre el procedimiento de ejecución obligatoria, en la medida en que este último puede imponerse al consumidor antes de la resolución de la acción para establecer la existencia de tales cláusulas abusivas.

Indica el TJUE que, como se ha recordado en esta resolución, la existencia de una revisión por parte de un juez de la ausencia de una cláusula abusiva en el contrato de que se trate solo en la etapa de oposición a la ejecución de la acción forzosa solo puede preservar el efecto útil de la Directiva 93/13 si no se disuade a los consumidores de presentar dicha oposición. En el caso de autos, si bien la normativa nacional controvertida en el litigio principal prevé un estricto plazo de quince días durante el cual el consumidor puede oponerse al requerimiento de pago, lo cierto es que, más allá de ese plazo, las cláusulas de carácter abusivo del contrato que constituye la base de dicho requerimiento de pago ya no se examinarán antes de la ejecución de este requerimiento de pago.

En este sentido, en el supuesto de que el procedimiento de ejecución finalice antes de la emisión de la decisión del juez de primera instancia declarando el carácter abusivo de la cláusula contractual en la que se basa la ejecución y, en consecuencia, la nulidad de este procedimiento, esta decisión únicamente permite garantizar al consumidor una protección *a posteriori* meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye

un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

En consecuencia, una normativa como la controvertida en el litigio principal genera un riesgo nada despreciable de que el consumidor afectado no presente oposición en el plazo estricto de quince días a partir de la notificación del procedimiento de ejecución y, en consecuencia, de que la revisión judicial de la ausencia de una cláusula abusiva en el contrato en cuestión no pueda llevarse a cabo.

Concluye el TJUE declarando que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional en virtud de la cual el plazo para invocar la existencia de cláusulas abusivas a fin de formular oposición que tiene un consumidor que haya celebrado un contrato de préstamo con una entidad de crédito y contra el que este profesional haya iniciado un procedimiento de ejecución obligatoria caduca a los quince días a contar desde la notificación de los primeros actos de este procedimiento, aun cuando este consumidor disponga en aplicación del Derecho nacional de una acción a fin de constatar la existencia de cláusulas abusivas, cuyo ejercicio no está sujeto a plazo, pero cuya resolución no tiene efecto sobre la resolución que recaiga en el procedimiento de ejecución forzosa, la cual puede imponerse al consumidor antes del dictado de la resolución relativa a la acción de declaración de la existencia de cláusulas abusivas.

Comentarios. Apartándonos del comentario de la resolución propiamente dicho, hemos de criticar el hecho de que el TJUE únicamente publique este auto en las lenguas francesa y rumana¹⁷⁹. Crítica que hacemos extensiva a otras resoluciones que tienen relevancia y que únicamente son publicadas en francés y en el idioma del procedimiento. En este caso, el asunto es muy

¹⁷⁹ Se da la circunstancia de que la terminología utilizada y la complejidad de los problemas en juego tienen como consecuencia una extrema dificultad de la traducción para cualquier jurista no traductor profesional. Como ejemplo, reproducimos la declaración final del auto dictado por el TJUE en lengua francesa tal y como consta en el apartado 35 del mismo y que hemos intentado traducir de la forma más fidedigna en la medida de nuestras posibilidades dentro del apartado dedicado a la doctrina: «La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une règle du droit national en vertu de laquelle un consommateur ayant souscrit un contrat de prêt auprès d'un établissement de crédit et contre lequel ce professionnel a engagé une procédure en exécution forcée est forcé, au-delà d'un délai de quinze jours à compter de la notification des premiers actes de cette procédure, à invoquer l'existence de clauses abusives pour s'opposer à ladite procédure, et cela même si ce consommateur dispose, en application du droit national, d'une action en justice aux fins de constatation de l'existence de clauses abusives, dont la mise en œuvre n'est soumise à aucun délai, mais dont la solution est sans effet sur celle qui résulte de la procédure en exécution forcée, laquelle peut s'imposer au consommateur avant l'issue de l'action en constatation de l'existence de clauses abusives».

interesante al constatar que una normativa nacional –la rumana– presenta problemas similares a los tratados en sentencias tan importantes como *Aziz*, *Banco Español de Crédito*, *EOS KSI Slovensko* o *Profi Credit Polska*. Pasando al comentario del auto, comprobamos con respecto a la legislación rumana en términos similares a como lo hacíamos en *Addiko Bank* con relación a la legislación eslovena, que las resoluciones dictadas por el TJUE declarando la incompatibilidad de legislaciones nacionales no producen los deseados cambios legislativos en aquellos Estados distintos a los de los tribunales remitentes de las correspondientes cuestiones prejudiciales, a pesar de que padezcan los mismos problemas y, en consecuencia, sean también contrarias al Derecho de la Unión. Como desarrollamos en otros apartados del presente trabajo los plazos de oposición previstos en determinados procedimientos de nuestra legislación procesal civil podrían ser considerados contrarios al Derecho de la Unión. En el caso comentado el TJUE considera el plazo de quince días para formular la oposición excesivamente corto y aunque el consumidor disponga de un procedimiento declarativo para la declaración del carácter abusivo de las cláusulas en las que se basa el título ejecutivo que produce la ejecución, ello resulta insuficiente para garantizar la protección del consumidor por cuanto que la resolución que se dicte en el procedimiento declarativo puede llegar una vez se haya producido la ejecución del consumidor, razón por la cual la normativa rumana es considerada contraria a la Directiva 93/13. Es cierto que en el asunto comentado el consumidor puede oponer la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución forzosa, pero el hecho de que el plazo concedido sea tan corto, a criterio del TJUE, desvirtúa las posibilidades del consumidor y convierte en incompatible la normativa nacional con la Directiva 93/13, teniendo en cuenta que la resolución que recaiga en el procedimiento de ejecución forzosa puede imponerse al consumidor antes del dictado de la resolución relativa a la acción de declaración de la existencia de cláusulas abusivas.

10.7 EXIGENCIA DE FIANZA PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN

Seguidamente, analizamos dos asuntos con idéntica temática, planteados ambos por tribunales rumanos. Se trata de discernir la eventual incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la legislación rumana concerniente a la posible suspensión del procedimiento de ejecución a resultas de la tramitación de un procedimiento declarativo sobre la naturaleza abusiva de la cláusula o cláusulas que figuran en el título en el que se basa la ejecución.

Caso 124. *Impuls Leasing Romania*¹⁸⁰: La legislación rumana es incompatible con la Directiva 93/13 porque no permite que el juez que sustancia la ejecución, conociendo de una oposición a la ejecución, aprecie, de oficio o instancia del consumidor, la naturaleza abusiva de las cláusulas del contrato que constituye título ejecutivo, mientras que el juez que conoce de la acción declarativa para el examen de la abusividad de las cláusulas únicamente puede suspender la ejecución si el consumidor constituye una fianza.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el consumidor IO y la entidad Impuls Leasing România IFN SA (en lo sucesivo, «ILR»), habiendo formulado oposición el consumidor contra los actos de ejecución forzosa que tienen su origen en el impago por parte del consumidor de las cuotas de un contrato de arrendamiento financiero¹⁸¹.

¹⁸⁰ Asunto C-725/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022. IO contra Impuls Leasing Romania IFN SA. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Primera Instancia del Sector 2 de Bucarest, Rumanía, EU: C:2022:396. El Abogado General Sr. Tanchev presentó sus conclusiones en audiencia pública el 15 de julio de 2021.

¹⁸¹ El problema se centra en dilucidar si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 son incompatibles con la legislación rumana que no permite al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un procedimiento en el que el consumidor formula oposición a la ejecución forzosa examinar, de oficio o a petición del consumidor, si las cláusulas del contrato tienen carácter abusivo, por razón de que existe una acción distinta prevista en el Derecho nacional que puede interponer el consumidor y en virtud de la cual podría verificarse el contrato desde el punto de vista de la existencia de cláusulas abusivas. El 20 de agosto de 2008, IO celebró con ILR un contrato de arrendamiento financiero por un período de cuarenta y ocho meses relativo a un automóvil de un valor, excluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA), de 7.810,94 euros. De las estipulaciones de ese contrato se desprende que el valor financiado era de 6.248,75 euros, que el tipo de interés se fijó en el 8,25 %, que la comisión por la concesión del crédito, fijada en un 4 %, ascendía a 312,44 euros, y que la comisión de gestión era de 5 euros mensuales. Dicho contrato establecía que, en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, el arrendador financiero podía, bien solicitar la ejecución forzosa de las obligaciones a cargo del arrendatario financiero conforme al contrato, con el pago de una indemnización por daños y perjuicios, o adoptar, de forma acumulativa o alternativa, cualquier medida que juzgara necesaria, bien resolver el contrato sin requerimiento previo o formalidad complementaria necesaria y sin intervención judicial ni arbitral, con el pago de una indemnización por daños y perjuicios. El contrato de arrendamiento financiero de que se trata fue resuelto el 7 de diciembre de 2009 por impago de las cuotas por parte del consumidor. El 19 de marzo de 2010, el automóvil en cuestión fue restituido a la entidad financiera en virtud del título ejecutivo constituido por dicho contrato y, posteriormente, el 29 de junio de 2010, fue vendido por 5.294,12 euros, IVA incluido. A raíz de la resolución del contrato, el 15 de octubre de 2010, ILR instó un procedimiento de ejecución forzosa por importe de aproximadamente 2.547 euros, con el fin de obtener el cobro de los créditos de los que era titular en virtud del título ejecutivo: facturas impagadas de cuotas, tasas de emisión de requerimientos, penalizaciones, diferencias en los tipos de cambio, primas de seguros y costes de cobro. En marzo de 2013, la entidad financiera presentó una demanda de continuación de la ejecución contra el consumidor por importe de aproximadamente 14.280 euros. En marzo de 2019, ILR presentó una nueva demanda de ejecución forzosa contra el consumidor a fin de cobrar aproximadamente 27.900 euros, correspondiente al importe de las facturas fiscales emitidas e impagadas, las penalizaciones por demora, el saldo del capital financiado y no restituido, las deudas nacidas del incumplimiento de las obligaciones contractuales y los costes de cobro. Mediante auto de 12 de abril de 2019, el Tribunal de Primera Instancia del Sector 2 de Bucarest despachó la ejecución forzosa hasta el importe solicitado, incrementado por las costas de la ejecución que fueron

Según el TJUE, el juzgado remitente pregunta si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite que el juez que sustancia la ejecución, conociendo de una oposición a la ejecución de un contrato de arrendamiento financiero celebrado entre un consumidor y un profesional y constitutivo de un título ejecutivo, aprecie, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, por razón de que existe una acción de Derecho común en virtud de la cual el juez que conozca de ella puede controlar el carácter abusivo de las cláusulas de tal contrato.

Doctrina. También en esta sentencia el TJUE parte de la idea de que el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que, por consiguiente, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, establecer en su ordenamiento jurídico interno tales procedimientos, a condición de que respeten los principios de equivalencia y efectividad.

Por lo que se refiere al principio de equivalencia, señala el Tribunal de Justicia que no dispone de ningún elemento que permita dudar de la conformidad de la normativa nacional controvertida en el litigio principal con dicho principio¹⁸².

Con respecto al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia reitera la trascendencia de la exigencia de tutela judicial efectiva aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en los derechos derivados de la Directiva 93/13. También

fijadas posteriormente en aproximadamente 1.764 euros. En mayo de 2019, el consumidor formuló oposición a la ejecución forzosa alegando prescripción y la devolución que había efectuado. La entidad financiera contestó esas alegaciones en el sentido de que es titular de un crédito cierto, líquido y exigible frente al consumidor. El órgano jurisdiccional remitente indica que el contrato de arrendamiento financiero que sirvió de base al procedimiento de ejecución forzosa contra el consumidor contiene determinadas cláusulas que podrían considerarse abusivas con arreglo a la legislación rumana. Expone que con arreglo a la redacción vigente del artículo 713, apartado 2, del Código de Enjuiciamiento Civil, el órgano jurisdiccional únicamente podrá examinar el carácter abusivo de tales cláusulas contractuales si no existe ninguna vía procesal para la anulación de esos contratos, ni siquiera una acción de Derecho común. La Ley núm. 193/2000 ofrece actualmente a los consumidores la posibilidad de ejercitar una acción de Derecho común en virtud de la cual un órgano jurisdiccional nacional puede controlar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales. No obstante, el tribunal remitente considera que una protección efectiva de estos derechos solo puede garantizarse si el ordenamiento procesal nacional permite controlar de oficio, en el propio procedimiento de ejecución forzosa, el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales. Por ello duda de la compatibilidad con la Directiva 93/13 del artículo 713, apartado 2, del Código de Enjuiciamiento Civil modificado, puesto que ahora los consumidores se ven obligados a ejercitar una acción de Derecho común, sin la posibilidad de invocar, cuando se oponen a la ejecución forzosa, los derechos que esa Directiva les confiere.

¹⁸² Asunto C-725/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *Impuls Leasing Romania*, apdos. 43 y 44.

reitera la idea de que la protección efectiva de los derechos previstos por la Directiva 93/13 únicamente puede garantizarse cuando el sistema procesal permita, ya sea en el marco del procedimiento monitorio o en el de ejecución del requerimiento de pago, un control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales, de forma que si en la fase de ejecución no hay control de abusividad sin haberlo habido antes en la fase de expedición del requerimiento o, previéndose únicamente en la fase de oposición al requerimiento, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule la oposición, se considera que esa legislación incumple el principio de efectividad¹⁸³.

Observa el TJUE que de los autos que obran en su poder se desprende que el órgano jurisdiccional remitente despachó la ejecución forzosa del contrato en cuestión mediante auto de 12 de abril de 2019. Además, el eventual carácter abusivo de las cláusulas de dicho contrato no parece haber sido objeto de un control jurisdiccional anterior. El TJUE señala que de la resolución de remisión resulta que el artículo 713, apartado 2, del Código de Enjuiciamiento Civil modificado ya no permite, en el marco de la oposición a la ejecución, que el juez que sustancia la ejecución controle, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de arrendamiento financiero constitutivo de un título ejecutivo, por razón de que tal control puede ejercerlo el juez ante el que se haya ejercitado la acción declarativa de Derecho común –que no está sujeta a plazo–, el cual dispone de la facultad de suspender el procedimiento ejecutivo en virtud de la Ley núm. 310/2018.

El TJUE recuerda lo ya declarado en el sentido de que resulta manifiestamente insuficiente para garantizar la plena efectividad de la protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13 el hecho de que, en virtud del Derecho nacional, el control del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato de crédito hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor pueda ser realizado no por el juez que conoce de la demanda de ejecución forzosa de tal contrato, sino exclusivamente, con posterioridad y en su caso, por el juez del fondo ante quien el consumidor haya ejercitado la acción de nulidad de tales cláusulas abusivas. También viene a reiterar que en el supuesto de que el procedimiento de ejecución forzosa concluya antes de que el juez que conoce de la acción declarativa dicte su resolución declarando el carácter abusivo de la cláusula contractual de la que trae causa dicha ejecución forzosa y, en consecuencia, la nulidad de ese

¹⁸³ *Ibid.*, apdos. 49 y 50.

procedimiento, tal resolución solo permitiría garantizar al consumidor una protección *a posteriori* indemnizatoria, que resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado ni eficaz para que cesara la utilización de esa misma cláusula, contrariamente a lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13¹⁸⁴.

El TJUE señala una importante diferencia entre la legislación española controvertida en los asuntos *Banco Popular Español* (auto del TJUE de 14/11/2013) y *Sánchez Morcillo y Abril García* (STJUE de 17 de julio de 2014) y la legislación rumana objeto de examen en el presente asunto. La legislación española –ya derogada– no permitía que el juez adoptara medidas cautelares a la espera del examen en cuanto al fondo de las cláusulas contractuales, mientras que el juez que, en el presente asunto, conozca de la acción declarativa, separada del procedimiento de ejecución, dispone de la facultad de suspender tal procedimiento.

Sin embargo, de las observaciones de la Comisión –no refutadas por el Gobierno rumano– se desprende que, en el proceso declarativo separado ante el juez competente, el consumidor que solicita la suspensión del procedimiento de ejecución debe constituir una fianza de un importe calculado en función de la cuantía de ese proceso declarativo. A este respecto, de la reiterada jurisprudencia del TJUE resulta que las costas que una acción judicial implique en relación con el importe de la deuda impugnada no deben disuadir al consumidor de acudir al juez con el fin de que examine el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales. Añade el TJUE que es verosímil que un deudor en situación de impago no disponga de los recursos económicos necesarios para constituir la garantía exigida. Ello es así, máxime cuando la cuantía de los procedimientos incoados supera ampliamente el valor total del contrato, como parece que ocurre en el presente asunto¹⁸⁵.

De esta forma, concluye el TJUE que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que no permite que el juez que sustancia la ejecución, conociendo de una oposición a la ejecución, aprecie, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y constitutivo de un título ejecutivo, cuando el juez que conozca de la acción declarativa de Derecho común, que puede ejercitarse separadamente con vistas a que se examine el eventual carácter abusivo de las cláusulas de tal contrato, solo pueda suspender el procedimiento de ejecución

¹⁸⁴ *Ibid.*, apdos. 52 a 55.

¹⁸⁵ *Ibid.*, apdos. 56 a 59.

antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto mediante la constitución de una fianza de un importe que puede desincentivar al consumidor de ejercitar tal acción y de mantenerla¹⁸⁶.

Comentarios. En definitiva, la legislación rumana impide el control de abusividad por el juez de la ejecución porque prevé que el consumidor pueda acudir a un procedimiento declarativo y en el marco de ese procedimiento el juez puede adoptar la medida de suspender el procedimiento ejecutivo. Es más, en el procedimiento ejecutivo solo pueden oponerse motivos de hecho y de Derecho para los que la ley no establezca una vía procesal para la anulación de este título (art. 713, 2 del Código de Enjuiciamiento rumano modificado). Podemos decir que la ejecutividad del procedimiento está reforzada. Se le planteaba, por tanto, una tarea difícil al TJUE, por cuanto el control de abusividad no se producía en ninguna de las fases del procedimiento de ejecución forzosa, sino a través del inicio de un procedimiento declarativo «paralelo» a la ejecución en el que sí se puede solicitar la suspensión del procedimiento ejecutivo. Hasta ahí, el dilema parecía muy interesante porque el TJUE hubiera tenido que dilucidar si era suficiente con esa posibilidad de suspensión paralela a la ejecución, que era lo que preguntaba el tribunal remitente. No obstante, la dificultad en la resolución de la cuestión desaparece al ponerse de manifiesto –a través de las observaciones de la Comisión no refutadas por el Gobierno rumano– que el consumidor que solicita la suspensión de la ejecución en el marco del procedimiento declarativo tiene que constituir una fianza. Ese obstáculo constituido por la obligación de depositar una fianza para acceder a la suspensión despeja las dudas que la situación pudiese generar y hace inclinar la balanza hacia la incompatibilidad. El importe de la fianza o aval viene condicionado por la cuantía del procedimiento, lo que hace que no estemos hablando de una fianza «simbólica» sino que, dependiendo de las circunstancias del procedimiento, podemos hablar de una cantidad inalcanzable para un consumidor que está siendo ejecutado porque no ha podido abonar las cuotas del préstamo. El Tribunal de Justicia sigue los razonamientos expuestos por el Abogado General¹⁸⁷ en sus conclusiones.

La postura del TJUE es absolutamente lógica y consecuente, en línea con la adoptada en *Addiko Bank*¹⁸⁸. En ese asunto el TJUE se refiere a que

¹⁸⁶ *Ibid.*, apdo. 60.

¹⁸⁷ Asunto C-176/17, conclusiones del Abogado General Sr. Evgeni Tanchev presentadas el 15 de julio de 2021.

¹⁸⁸ Asunto C-407/18. STJUE de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*.

«el Derecho nacional supedita la demanda de suspensión de la ejecución forzosa al cumplimiento de requisitos procesales muy estrictos y a la constitución de una garantía a instancias del acreedor». En *Impuls Leasing Romania* el TJUE no ha tenido que examinar otros requisitos procesales¹⁸⁹ adicionales a la fianza. Tampoco ha aludido al «riesgo no desdeñable» de que el consumidor afectado renuncie a hacer valer plenamente sus derechos¹⁹⁰. En esta ocasión, el TJUE se refiere a la obligación de la constitución de una fianza de un importe que puede desincentivar al consumidor de ejercitar la acción de suspensión. Queda, por tanto, la interrogante sobre cuál hubiera sido la respuesta del TJUE si la legislación rumana no hubiera exigido la constitución de fianza para la suspensión. La mecánica del TJUE es prudentemente correcta. Primero, intenta localizar los obstáculos que puede encontrarse el consumidor como sucedía en *Profi Credit Polska*¹⁹¹ (abono de una tasa tres veces superior a la del profesional y plazo de únicamente dos semanas para la oposición); encontradas esas deficiencias, ya no es necesario valorar si el procedimiento en sí es compatible con el Derecho de la Unión o no, puesto que las deficiencias que presenta hacen que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor (en *Profi Credit Polska*) o el principio de efectividad (en *Impuls Leasing Romania*).

En cualquier caso, resulta llamativo que ni en la sentencia, ni en las conclusiones del Abogado General¹⁹², dentro del apartado correspondiente al Derecho rumano, se reproduzca el texto legal rumano que exige la constitución de fianza para la suspensión del procedimiento de ejecución. Como se ha dicho, el TJUE se limita a decir que ello se desprende de las observaciones de la Comisión no refutadas por el Gobierno rumano. Dado que esa circunstancia parece haber sido la clave en la resolución del asunto, entendemos que el rigor propio de una resolución de esta índole, dictada, además, en Gran Sala, debería haber implicado la reproducción de dicha disposición de la legislación rumana en el apartado del Derecho Rumano.

¹⁸⁹ El Abogado General sí se refiere a otro requisito para la suspensión consistente en la prueba de la necesidad de urgencia (apdo 53 de sus conclusiones).

¹⁹⁰ El Abogado General sí se refirió al «riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados renuncien a iniciar un procedimiento separado y a solicitar la suspensión de la ejecución forzosa» (apdo. 57 de sus conclusiones).

¹⁹¹ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska*.

¹⁹² En el apartado 26 de sus conclusiones, al reflejar la postura de la Comisión, el Abogado General se refiere a la exigencia prevista en el artículo 713, apartado 2 del Código de Enjuiciamiento Civil de depositar un aval, pero en la reproducción de dicho artículo dentro del apartado Derecho Rumano no existe mención alguna a la exigencia del aval o fianza.

Caso 125. *BRD Groupe Société Générale y Next Capital Solutions*¹⁹³: Incompatibilidad de la normativa rumana con la Directiva 93/13, dado que la suspensión de la ejecución forzosa por la existencia de cláusulas abusivas en el título sobre el que se basa la ejecución no puede ser solicitada por el consumidor en el procedimiento de ejecución fuera del plazo de quince días y, cuando es solicitada en el proceso declarativo no sujeto a plazo, exige la constitución de fianza cuyo importe puede disuadir al consumidor de ejercitar la acción, si bien este extremo corresponde comprobarlo al juez nacional, precisión añadida a lo declarado en *Impuls Leasing Romania*.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de una oposición formulada por los consumidores a la ejecución forzosa de la obligación de reembolso relativa a un contrato de préstamo celebrado entre los consumidores y una entidad que posteriormente cedió el crédito a otra¹⁹⁴.

Mediante la única cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho nacional que no permite que el juez que sustancia la ejecución, ante el que se ha formulado, fuera del plazo de

¹⁹³ Asunto C-200/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 4 de mayo de 2023. TU y SU contra BRD Groupe Société Générale SA y Next Capital Solutions Ltd. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Distrito de Bucarest, Rumanía. EU: C:2023:380. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott a la que le fue asignado.

¹⁹⁴ En octubre de 2007, los consumidores TU y SU celebraron un contrato de préstamo con BRD. En junio de 2009, esta última cedió el crédito resultante de ese contrato a IFN Next Capital Finance SA, quien, en agosto del mismo año, cedió dicho crédito a Next Capital Solutions (NCS). El 23 de febrero de 2015, NCS se dirigió a un agente judicial con el fin de obtener el cobro forzoso de dicho crédito a cargo de TU sobre la base del contrato de préstamo controvertido, con fuerza de título ejecutivo en Derecho rumano. El agente judicial llevó a cabo diferentes actos relativos a la ejecución forzosa en distintas fechas incluyendo embargo de cuentas bancarias, salario y de la parte proporcional de un inmueble de TU. El 28 de diciembre de 2018, TU formuló oposición a esa ejecución forzosa ante el Tribunal de Primera Instancia del Sector 1 de Bucarest, invocando la prescripción del derecho a solicitar la ejecución forzosa. Mediante sentencia firme, dictada el 18 de abril de 2019, ese órgano jurisdiccional declaró que la oposición a la ejecución era extemporánea. El 17 de febrero de 2020, TU y SU formularon ante dicho órgano jurisdiccional una nueva oposición a la ejecución forzosa alegando el carácter abusivo de dos cláusulas del contrato de préstamo controvertido relativas al cobro, respectivamente, de una comisión de apertura del expediente de préstamo y de una comisión mensual de tramitación y de gestión del crédito. Mediante su demanda, TU y SU solicitaban también la anulación de los actos de ejecución forzosa y la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por NCS debido al carácter abusivo de esas cláusulas. En apoyo de esta nueva oposición, TU y SU invocaron el auto de 6 de noviembre de 2019, BNP Paribas Personal Finance SA Paris Sucursala București y Secapital (C-75/19, EU: C:2019:950). Mediante sentencia de 3 de julio de 2020 el Tribunal de Primera Instancia del Sector 1 de Bucarest estimó la excepción propuesta por BRD y NCS basada en el carácter extemporáneo de la oposición. Los consumidores interpusieron recurso de apelación contra esa sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente, Tribunal de Distrito de Bucarest, que tiene dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión y plantea cuestión prejudicial.

quince días previsto por esa disposición, oposición a la ejecución forzosa de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, constitutivo de un título ejecutivo, aprecie, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, siendo así que el consumidor dispone, además, de un recurso sobre el fondo que le permite solicitar al juez que conoce de ese recurso que proceda a tal control y ordene la suspensión de la ejecución forzosa hasta que se resuelva dicho recurso, con arreglo a otra disposición de ese Derecho nacional.

Doctrina. En primer lugar, el TJUE reitera ideas relativas a la doctrina de la obligada intervención de oficio del juez, recordando la consabida premisa en el sentido de que el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición de cumplir los principios de equivalencia y efectividad. Señala el TJUE que tiene declarado que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables implica, en particular en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13, una exigencia de tutela judicial efectiva, reafirmada en el artículo 7, apartado 1, de esa Directiva y consagrada también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos¹⁹⁵.

Dado que el órgano jurisdiccional remitente en su resolución de remisión se refiere al auto de 6 de noviembre de 2019, asunto C-75/19, *BNP Paribas Personal Finance (contra MF)* –también referenciado como *BNP Paribas Personal Finance SA Paris Sucursala București y Secapital*–, el TJUE reproduce algunas de las declaraciones efectuadas en dicho auto. Descendiendo a lo discutido en el presente asunto, el TJUE observa que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la interpretación dada en el mencionado asunto *BNP Paribas Personal Finance (contra MF)* es igualmente válida en el supuesto de que el juez que conoce del recurso sobre el fondo sea competente para suspender la ejecución forzosa. El TJUE señala que la posibilidad de que el consumidor ejercite ante el juez que conoce del fondo del asunto una acción de Derecho común dirigida a que se controle el carácter potencialmente abusivo de las

¹⁹⁵ Asunto C-200/21. STJUE de 4 de mayo de 2023, *BRD Groupe Société Générale y Next Capital Solutions*, apdos. 24 a 29.

cláusulas del contrato cuya ejecución forzosa se insta, en el marco de la cual el consumidor puede obtener, de ese juez, que suspenda la ejecución, puede permitir, en principio, evitar el riesgo de que el procedimiento de ejecución forzosa concluya antes de que finalice la acción declarativa de la existencia de cláusulas abusivas¹⁹⁶.

Además, destaca que, con posterioridad a la presentación de la petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia dictó la sentencia de 17 de mayo de 2022, asunto C-725/19, *Impuls Leasing România*. En el apartado 60 de esa sentencia, el TJUE declaró que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que no permite que el juez que sustancia la ejecución, conociendo de una oposición a la ejecución forzosa, aprecie, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y constitutivo de un título ejecutivo, cuando el juez que conozca de la acción declarativa de Derecho común, que puede ejercitarse separadamente con vistas a que se examine el eventual carácter abusivo de las cláusulas de tal contrato, solo pueda suspender el procedimiento de ejecución antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto mediante la constitución de una fianza de un importe que puede desincentivar al consumidor de ejercitar tal acción y de mantenerla.

Señala el TJUE que es cierto que, en el litigio principal que dio lugar a la sentencia *Impuls Leasing România*, el juez que conocía de la oposición a la ejecución forzosa no tenía la facultad de controlar el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato que servían de fundamento a esa ejecución, mientras que, en las circunstancias del asunto que ha dado lugar a la presente cuestión prejudicial, ese juez tiene la posibilidad de hacerlo, pero siempre que se le haya sometido el asunto en un plazo de quince días, tras el cual precluye la acción del consumidor. No obstante, en ambos casos, la cuestión esencial es si la posibilidad de que el consumidor interponga un recurso sobre el fondo en el que pueda solicitar la suspensión de la ejecución forzosa permite garantizar, habida cuenta de las modalidades de dicha suspensión, la efectividad de la protección que pretende conferir la Directiva 93/13. De la resolución de remisión se desprende que tal suspensión está sujeta a lo dispuesto en el artículo 719 del Código de Enjuiciamiento Civil. El contexto procesal parece ser, a este respecto, idéntico al contemplado en el apartado 57 de la sentencia *Impuls Leasing România*, en el que el Tribunal de Justicia señaló que, en caso de proceso declarativo separado ante el juez competente, el

¹⁹⁶ *Ibid.*, apdos. 30 a 33.

consumidor que solicita la suspensión del procedimiento de ejecución forzosa debe constituir una fianza de un importe calculado en función de la cuantía de ese proceso declarativo. El tenor del artículo 719 del Código de Enjuiciamiento Civil confirma esa apreciación. Por consiguiente, señala el TJUE que en el apartado 58 de *Impuls Leasing România*, el Tribunal de Justicia recordó la jurisprudencia según la cual las costas que una acción judicial implique en relación con el importe de la deuda impugnada no deben disuadir al consumidor de acudir al juez con el fin de que examine el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales. En el apartado 59 de esa sentencia, declaró que es verosímil que un deudor en situación de impago no disponga de los recursos económicos necesarios para constituir la garantía exigida.

El TJUE afirma que la posibilidad de que dispone el consumidor de interponer, sin estar vinculado por un plazo, un recurso sobre el fondo en el marco del cual puede solicitar la suspensión del procedimiento de ejecución forzosa mediante la constitución de una garantía no puede garantizar la efectividad de la protección que pretende conferir la Directiva 93/13 si el importe exigido para la constitución de esa garantía puede desincentivar a ese consumidor de ejercitar tal acción y de mantenerla, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente¹⁹⁷.

Aduce el TJUE que el órgano jurisdiccional remitente indicó que seguía siendo de interés la parte de su petición de decisión prejudicial relativa a la actitud que debe adoptar el juez nacional en caso de que no pueda interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión. Recuerda el TJUE que cuando los jueces nacionales no puedan llevar a cabo una interpretación y una aplicación de la normativa nacional conformes con las exigencias de la Directiva 93/13 están obligados a examinar de oficio si las estipulaciones acordadas entre las partes tienen carácter abusivo, inaplicando, si fuera necesario, cualquier disposición o jurisprudencia nacionales que se opongan a dicho examen¹⁹⁸.

De esta forma, el TJUE está en condiciones de contestar ambos aspectos de la pregunta del juzgado remitente y declara que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho nacional que no permite que el juez que sustancia la ejecución, ante el que se ha formulado, fuera del plazo de quince días previsto por esa disposición, oposición a la ejecución forzosa de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, constitutivo de un título ejecutivo, aprecie, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, aunque

¹⁹⁷ *Ibid.*, apdos. 34 a 39.

¹⁹⁸ *Ibid.*, apdos. 40 y 41.

ese consumidor disponga, además, de un recurso sobre el fondo que le permita solicitar al juez que conoce de ese recurso que proceda a tal control y ordene la suspensión de la ejecución forzosa hasta que se resuelva dicho recurso, con arreglo a otra disposición de ese Derecho nacional, cuando esa suspensión solo sea posible mediante la constitución de una garantía cuyo importe puede disuadir al consumidor de ejercitar tal acción y de mantenerla, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente. Cuando no pueda llevar a cabo una interpretación y una aplicación de la legislación nacional conformes con las exigencias de esa Directiva, el juez nacional que conozca de una oposición a la ejecución forzosa de un contrato de tales características tiene la obligación de examinar de oficio si las cláusulas de este tienen carácter abusivo, dejando, en caso necesario, inaplicadas todas las disposiciones nacionales que se opongan a tal examen¹⁹⁹.

Comentarios. En esta sentencia, de ámbito marcadamente procesal, el TJUE tiene que poner en relación la cuestión planteada con dos resoluciones anteriores, el auto de 6 de noviembre de 2019, *BNP Paribas Personal Finance (contra MF)* y la sentencia de 17 de mayo de 2022, *Impuls Leasing România*,

El juzgado remitente parte de una situación ya resuelta en el primero de los asuntos, es decir, el consumidor cuenta, por un lado, con un plazo de quince días para la oposición a la ejecución forzosa y, por otro, con una acción declarativa para la declaración de la naturaleza abusiva de la cláusula contractual. Ello es modificado en el sentido de que el juez de la acción declarativa puede suspender la ejecución forzosa, pero es necesario para ello la constitución de una fianza por parte del consumidor –situación examinada en el segundo asunto, *Impuls Leasing Romania*–. Según el TJUE, la diferencia entre este segundo asunto y el ahora comentado es que en *Impuls Leasing Romania* el juez que conocía de la oposición a la ejecución forzosa no tenía la facultad de controlar el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato en el que se funda la ejecución, mientras que en *BRD Groupe Société Générale* sí lo puede hacer, siempre que la oposición se presente dentro del plazo de quince días. La respuesta del TJUE viene dada por las declaraciones efectuadas en los dos asuntos anteriores. Según el artículo 719 del Código de Enjuiciamiento Civil rumana el consumidor que solicita la suspensión de la ejecución forzosa en el marco del procedimiento declarativo debe constituir una fianza cuyo importe depende de la cuantía de ese proceso declarativo. Esa exigencia en el procedimiento declarativo sin plazo tiene como consecuencia que no se garantiza la

¹⁹⁹ *Ibid.*, apdo. 42.

efectividad de la protección que pretende conferir la Directiva 93/13 si el importe de la fianza puede desincentivar al consumidor de ejercitar la acción y de mantenerla, añadiendo el TJUE «lo que corresponde evaluar al juez nacional». Es de resaltar que esa apostilla no figuraba en la sentencia *Impuls Leasing Romania*, donde la consecuencia de la exigencia de la fianza era directamente la incompatibilidad de la normativa nacional con la Directiva 93/13, habida cuenta de que el juez que conozca de la acción declarativa de Derecho común «solo pueda suspender el procedimiento de ejecución antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto mediante la constitución de una fianza de un importe que puede desincentivar al consumidor de ejercitar tal acción y de mantenerla» (apdo. 60 de *Impuls Leasing Romania*). La incompatibilidad no estaba sometida a condición ni evaluación alguna por parte del juez nacional. Sin embargo, en *BRD Groupe Société Générale* el TJUE introduce un condicionante: «si²⁰⁰ el importe exigido para la constitución de esa garantía puede desincentivar a ese consumidor de ejercitar tal acción y de mantenerla», otorgando al juez nacional la valoración sobre esa circunstancia. Este cambio supone una merma en la protección del consumidor, sin que el Tribunal de Justicia haya dado explicación alguna, lo que no nos parece adecuado. El otro aspecto analizado en esta sentencia tiene interés didáctico. Con toda claridad, el TJUE declara que cuando no cabe la aplicación de la doctrina de la «interpretación conforme», lo que debe hacer el juez nacional es examinar de oficio si las estipulaciones controvertidas tienen carácter abusivo, inaplicando, si fuese necesario, cualquier disposición nacional que se oponga a dicho examen. Es decir, cuando no es posible la interpretación conforme, procede la inaplicación de la norma nacional que es contraria al Derecho de la Unión.

Habida cuenta de las similitudes de este asunto con *Impuls Leasing Romania* sorprende que el TJUE haya dado a la resolución la forma de sentencia y no haya utilizado la consabida fórmula de que, en virtud del artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia podrá resolver mediante auto motivado.

10.8 ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Diversas resoluciones dictadas por el TJUE han analizado la vinculación entre justicia cautelar y la Directiva 93/13. En ese sentido, la más paradigmática

²⁰⁰ Subrayado es nuestro.

es *Aziz*, concluyendo la incompatibilidad de la legislación española reguladora del procedimiento de ejecución hipotecaria que no permitía al juez que conoce del procedimiento declarativo sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas adoptar medidas cautelares como la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria. En una línea similar se han mostrado otras sentencias como *Addiko Bank*, es decir, referentes a la medida cautelar de suspensión del procedimiento de ejecución. En el presente trabajo esas resoluciones son estudiadas dentro del apartado correspondiente al procedimiento de ejecución. A continuación, estudiaremos dos resoluciones en las que el TJUE muestra la importancia de la necesidad de adopción de medida cautelar por el juez nacional para garantizar la plena eficacia de la resolución que se dicte en cuanto al carácter abusivo de las cláusulas contractuales, no solo cuando está en peligro la vivienda del consumidor, sino también en supuestos menos acuciantes en los que el consumidor está reclamando la devolución de las cantidades percibidas indebidamente por el profesional.

Caso 126. *Fernández Oliva*²⁰¹: Es incompatible con el artículo 7 de la Directiva 93/13 la normativa española que prohíbe al juez la adopción de oficio de medidas cautelares (art. 721.2 LEC²⁰²) en el marco de una acción de un consumidor para la declaración como abusiva de una cláusula.

Hechos. Los hechos tienen su origen en el debate sobre la validez de la cláusula suelo que figura en cada uno de las escrituras de préstamo y sobre las que se sostienen las tres demandas iniciadoras de los respectivos procedimientos en los que el juez de lo mercantil ha planteado cuestión prejudicial²⁰³.

²⁰¹ Asuntos acumulados C-568/14 a C-570/14. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2016, Ismael Fernández Oliva contra Caixabank, s.a. (asunto C-568/14), y Jordi Carné Hidalgo y Anna Aracil Gracia contra Catalunya Banc, S. A. (asunto C-569/14) y, finalmente, Nuria Rubirosa Carrera y César Romera Navales contra Banco Popular Español, s.a. (Asunto C-570/14). Peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. EU: C:2016:828. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Wathelet, al que le fue asignado.

²⁰² Artículo 721 LEC. «Necesaria instancia de parte.

1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenicional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.

2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas» (subrayado es nuestro).

²⁰³ Los consumidores han presentado demandas individuales en las que invocan el carácter abusivo en el sentido de la Directiva 93/13 de las cláusulas suelo en la medida en que dichas cláusulas garantizan en favor de las entidades bancarias los tipos de interés mínimos en los contratos de préstamo hipotecario a fin de no verse afectados por la fluctuación de los tipos de interés en el mercado. En el contexto de estas

El juzgado remitente plantea las dudas sobre la compatibilidad del artículo 43 LEC con la Directiva 93/13 (primera cuestión), así como sobre la compatibilidad con esta del artículo 721.2 LEC (segunda y tercera cuestiones) al prohibirle esta disposición adoptar de oficio medidas cautelares a fin de mitigar los efectos negativos para los consumidores –demandantes en los litigios principales– de una duración excesiva de los procedimientos de que se trata, a la espera de que exista sentencia firme en la acción colectiva paralela pendiente, cuya solución puede ser aplicada a las acciones individuales. Tras ser dictada sentencia en el asunto *Sales Sinués*²⁰⁴ resolviendo el TJUE lo planteado en la primera cuestión del juez remitente, este informó al Tribunal de Justicia que deseaba retirar dicha primera cuestión. Por tanto, el TJUE procede a contestar únicamente las cuestiones segunda y tercera, considerando el Tribunal de Justicia que el órgano remitente pregunta en esencia si el artículo 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la examinada en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una acción individual de un consumidor dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le une a un profesional adopte de oficio medidas cautelares a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente, cuya solución puede ser aplicada a la acción individual.

Doctrina. El TJUE resuelve este asunto mediante auto motivado en lugar de sentencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia al considerar que la respuesta se puede deducir claramente de la jurisprudencia o no suscita ninguna duda razonable²⁰⁵.

demandas individuales, las entidades financieras, partes demandadas en los litigios principales, alegaron que una acción colectiva con el mismo objeto estaba pendiente ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid. De esta forma, al amparo del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitaron la suspensión del procedimiento en los litigios principales, a la espera de una sentencia firme que pusiera fin al procedimiento colectivo. El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona desestimó mediante auto tales solicitudes. Dos de las tres entidades bancarias impugnaron esos autos ante el mismo Juzgado, planteando una excepción de litispendencia basada en el artículo 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y solicitando, no la suspensión de los procedimientos de que se trata, sino su sobreseimiento, por considerar que el resultado de la acción colectiva pendiente vincularía a los demandantes en los litigios principales. En ese contexto, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona observa que la suspensión o el sobreseimiento de las acciones individuales perjudicaría a los consumidores actores, ya que no pueden obtener una respuesta específica a sus pretensiones, sino que quedan sometidos al resultado de esa acción colectiva, aunque hayan decidido no intervenir en ella.

²⁰⁴ Asunto C-381/14 y C-385/14. Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués*.

²⁰⁵ Asunto C-568/14 a C-570/14. Auto del TJUE de 26 de octubre de 2016, *Fernández Oliva*, apdo. 22.

El TJUE recuerda que el juez nacional que conoce de un litigio regido por el Derecho de la Unión debe estar facultado para conceder medidas cautelares a fin de garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho de la Unión.

Así mismo, tras traer a colación las premisas sobre el carácter imperativo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y de la necesidad de apreciar de oficio la naturaleza abusiva de una cláusula contractual, así como de las consecuencias del artículo 7.1 de la Directiva en orden a que los Estados miembros velen por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas, el TJUE pasa a tratar la justicia cautelar.

De esta forma, se refiere a las premisas puestas de manifiesto en las sentencias *Unibet*²⁰⁶ y *Aziz*²⁰⁷ y en el auto dictado en el asunto *Banco Popular Español* (y *Banco de Valencia*)²⁰⁸ en el sentido de que la Directiva 93/13 se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, ni examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares, en particular, la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo.

A partir de este razonamiento, el TJUE analiza si cumple con los principios de equivalencia y efectividad la normativa española controvertida que impide al juez nacional adoptar de oficio medidas cautelares en el marco de una acción individual que se encuentra a la espera de que exista sentencia firme en una acción colectiva cuya solución puede ser aplicada a la acción individual²⁰⁹.

No constando vulneración del primero, el TJUE se centra en el principio de efectividad, afirmando que el artículo 721.2 LEC, al prohibir que el juez nacional adopte de oficio medidas cautelares en el contexto de una acción individual ejercitada para impugnar el carácter abusivo de una cláusula contractual

²⁰⁶ Asunto C-432/05. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007. *Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd* contra Justitiekanslern. Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen, Suecia. EU: C:2007:163.

²⁰⁷ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013. *Aziz*.

²⁰⁸ Asuntos C-537/12 y C-116/13. Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013. *Banco Popular Español* (y *Banco de Valencia*).

²⁰⁹ Asunto C-568/14 a C-570/14. Auto del TJUE de 26 de octubre de 2016. *Fernández Oliva*, apdos. 29 a 31.

y cuyo resultado esté ligado a la solución a la que se llegue en una acción colectiva pendiente, con arreglo a los principios formulados en la sentencia *Sales Sinués*, tiene como resultado que el consumidor no puede recibir una protección temporal para mitigar los efectos negativos de la excesiva duración del procedimiento judicial, salvo en el supuesto de que haya solicitado expresamente la adopción de medidas cautelares.

Incide el TJUE en el riesgo no desdeñable de que el consumidor no solicite tales medidas para llegar a la conclusión de que ese régimen procesal puede menoscabar la efectividad querida por la Directiva 93/13 en la medida en que hace imposible que el juez que conoce de una acción individual dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual adopte de oficio medidas cautelares, en particular, la suspensión de la aplicación de esa cláusula durante todo el tiempo que estime oportuno, a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente, incluso en el caso de que la concesión de tales medidas resulte necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados sobre la base de dicha Directiva²¹⁰.

El TJUE vincula la imposibilidad de suspensión de oficio por el juez con el hecho de que un eventual impago por el consumidor de las cuotas mensuales de importe superior al que debería abonarse podría llevar a la situación en la que las entidades financieras inicien procedimientos de ejecución hipotecaria para obtener, mediante el embargo de la vivienda del consumidor y de su familia, el pago de cantidades eventualmente adeudadas²¹¹.

Ello lleva al TJUE a declarar que esa normativa procesal española no respeta el principio de efectividad por lo que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la examinada en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una acción individual de un consumidor dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le une a un profesional adopte de oficio medidas cautelares, con la duración que estime oportuna, a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente cuya solución puede ser aplicada a la acción individual, cuando tales medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados por el consumidor sobre la base de la Directiva 93/13²¹².

²¹⁰ *Ibid.*, apdos. 33 y 34.

²¹¹ *Ibid.*, apdo. 35.

²¹² *Ibid.*, apdos. 36 y 37.

Comentarios. No parece que esta resolución dictada por el TJUE en forma de auto haya tenido la trascendencia que aparentemente tiene. A pesar de que el TJUE ha considerado que el artículo 721.2 de la LEC es incompatible con el Derecho de la Unión, el legislador español no ha adoptado ninguna medida al respecto. Como veremos a lo largo del presente trabajo, sería deseable introducir una modificación en el artículo 721 LEC que permita en el ámbito de consumidores excepcionar la prohibición impuesta al juez de adoptar de oficio medidas cautelares. En el marco de la doctrina del TJUE de la obligada actuación de oficio del juez, cuando se den determinadas circunstancias, carece de sentido una normativa que prohíbe taxativamente al juez la adopción de una medida cautelar de oficio. Es evidente que al amparo del artículo 4 bis 1 de la LOPJ, tras el auto dictado en el asunto *Fernández Oliva*, cualquier juez o tribunal español debe adoptar de oficio la medida cautelar de protección del consumidor que considere conveniente a fin de asegurar la eficacia de la sentencia que sea dictada cuando las circunstancias así lo permitan y a pesar de la prohibición taxativa del artículo 721 LEC, pero siendo realistas, nos inclinamos a pensar que en la mayor parte de los casos, incluso conociendo el contenido del auto dictado en el asunto *Fernández Oliva*, el juez de turno va a ser muy reacio a dicha adopción.

Caso 127. *Getin Noble Bank*²¹³: Se opone a la Directiva 93/13 la jurisprudencia polaca según la cual el órgano jurisdiccional nacional puede desestimar la solicitud de medidas cautelares de un consumidor destinada a que, a la espera de una resolución definitiva sobre la anulación del contrato de préstamo celebrado por el consumidor por contener cláusulas abusivas, se suspenda el pago de las cuotas mensuales derivadas de dicho contrato de préstamo, cuando esas medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la referida resolución.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio instado por los consumidores YQ y RJ contra la entidad bancaria Getin Noble Bank S. A.; en el marco de ese litigio los consumidores demandantes formularon una solicitud de medidas cautelares destinada a que se suspendiera la ejecución de un contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera, en particular, la suspensión de la obligación de pago de las cuotas

²¹³ Asunto C-287/22. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 15 de junio de 2023. YQ y RJ contra Getin Noble Bank, S. A. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Regional de Varsovia, Polonia. EU: C:2023:491. El asunto fue juzgado sin conclusiones de la Abogada General Sra. Medina a la que le fue asignado.

mensuales, a la espera de una resolución definitiva sobre la devolución de cantidades indebidamente abonadas en aplicación de cláusulas abusivas contenidas en tal contrato²¹⁴.

Mediante su única cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual el órgano jurisdiccional nacional puede desestimar la solicitud de medidas cautelares de un consumidor destinada a que, a la espera de una resolución definitiva sobre la anulación del contrato de préstamo celebrado por el consumidor por contener cláusulas abusivas, se suspenda el pago de las cuotas mensuales derivadas de dicho contrato, cuando esas medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la referida resolución.

²¹⁴ En 2008, los consumidores YQ y RJ celebraron con Getin Noble Bank un contrato de préstamo hipotecario amortizable en el plazo de 360 meses, por un importe de 643.395,63 eslotis polacos (PLN) (aproximadamente 140.000 euros) (en lo sucesivo, «contrato de préstamo controvertido en el litigio principal»). Este contrato de préstamo establecía una cláusula de conversión de ese importe en francos suizos (CHF), al tipo de compra fijado por el banco, con un tipo de interés variable. Las cuotas mensuales, calculadas en CHF, podían abonarse en PLN al tipo de venta del CHF, igualmente fijado por dicho banco de manera unilateral. Los consumidores demandantes en el litigio principal fueron informados de la incidencia de las variaciones de los tipos de interés y de cambio en dicho contrato de préstamo mediante un cuadro comparativo. El 25 de mayo de 2021, estos consumidores presentaron una demanda ante el Tribunal Regional de Varsovia en la que solicitaban que se declarase la nulidad del contrato de préstamo controvertido en el litigio principal y se condenara a Getin Noble Bank al pago de 375.042,34 PLN (aproximadamente 94.000 euros), es decir, el importe de las cuotas mensuales que ya habían abonado en la fecha de presentación de la demanda ante dicho órgano jurisdiccional, más los intereses legales de demora y las costas. Los consumidores demandantes alegaron, a este respecto, que las cláusulas del contrato de préstamo relativas a la indexación del importe del préstamo en cuestión a una moneda extranjera constituían «cláusulas abusivas». Los consumidores también presentaron una solicitud de medidas cautelares con objeto de que se determinaran los derechos y obligaciones de las partes durante la tramitación del procedimiento. Solicitaban, en primer lugar, la suspensión de la obligación de pago de las cuotas mensuales previstas en dicho contrato de préstamo, por el importe y en las fechas que en él se especificaban, durante el período comprendido entre la interposición de la demanda en primera instancia y la conclusión definitiva del procedimiento; en segundo lugar, solicitaban que se prohibiera a Getin Noble Bank darles preaviso con vistas a la resolución del contrato, y, por último, que se prohibiera a dicho banco publicar en la Oficina de Información Económica de Polonia información relativa al impago del préstamo en cuestión por los demandantes en el litigio principal durante el período comprendido entre la adopción de las medidas cautelares solicitadas y la conclusión del procedimiento. El órgano jurisdiccional desestimó la solicitud de medidas cautelares presentada por los consumidores demandantes en el litigio principal. En su opinión, los demandantes no habían acreditado la existencia de un interés legítimo en solicitar la adopción de medidas cautelares, puesto que nada permitía afirmar que la falta de tales medidas fuera a impedir o a dificultar seriamente que se ejecutara la resolución judicial que debía dictarse en el asunto principal o que se alcanzara el objetivo del procedimiento en dicho asunto. Por lo tanto, según dicho órgano jurisdiccional, no se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 7301, apartados 1 y 2, del Código de Procedimiento Civil. Los consumidores interpusieron un recurso de apelación contra la resolución de tal órgano jurisdiccional ante el Tribunal Regional de Varsovia, Sala XXVIII, de lo Civil, órgano jurisdiccional remitente, en el que alegaban que tenían un interés legítimo en solicitar la adopción de dichas medidas cautelares. El órgano jurisdiccional remitente tiene dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión y formula la cuestión prejudicial.

Doctrina. Tras enunciar algunas premisas clásicas, el TJUE señala la necesidad de que la normativa procesal nacional –a la que corresponde regular la situación en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros– respete los principios de equivalencia y efectividad. Recuerda el TJUE que la Directiva 93/13 se opone a una normativa nacional que no permite que el juez que conoce del fondo, competente para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, adopte medidas cautelares, como la suspensión de un procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, pues tal normativa puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva y que puede ser necesario adoptar tales medidas, en particular, cuando existe un riesgo de que el consumidor abone a lo largo del proceso judicial, cuya duración puede ser considerable, cuotas mensuales de un importe superior al que efectivamente debería abonar si se excluyera la aplicación de esa cláusula. Por lo tanto, la protección garantizada a los consumidores por la Directiva 93/13, en particular por los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de esta, requiere que el órgano jurisdiccional nacional pueda adoptar una medida cautelar apropiada si ello es necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución que se dicte en cuanto al carácter abusivo de las cláusulas contractuales²¹⁵. Descendiendo al asunto principal, por lo que respecta al principio de equivalencia, indica el TJUE que, de la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, no se desprende que la normativa nacional pertinente en materia de medidas cautelares se aplique de forma diferente en función de que un litigio tenga por objeto derechos derivados del Derecho nacional o del Derecho de la Unión. Por lo que respecta al principio de efectividad, observa el TJUE que de las indicaciones que figuran en la petición de decisión prejudicial y de las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia, en particular, por el Gobierno polaco, se desprende que el Código de Procedimiento Civil permite al juez polaco que conoce de un procedimiento de nulidad de un contrato debido al carácter abusivo de una de las cláusulas de este adoptar medidas cautelares. No obstante, según el órgano jurisdiccional remitente, existe una importante corriente en la jurisprudencia nacional que tiende a desestimar las solicitudes de medidas cautelares en circunstancias como las del litigio principal, a saber, cuando se solicita la suspensión, a la espera de la resolución definitiva sobre el fondo, del pago de las cuotas mensuales adeudadas en virtud de un contrato de préstamo que podría ser declarado nulo por las cláusulas abusivas que contiene. Según esta jurisprudencia, tal desestimación

²¹⁵ Asunto C-287/22. STJUE de 15 de junio de 2023, *Getin Noble Bank*, apdos. 40 a 43.

se justifica por la falta de «interés en ejercitar la acción» del consumidor correspondiente. A continuación, el TJUE señala la idea en la que se va a amparar el TJUE para resolver el asunto en los términos deseados por el juzgado remitente. Así, según el TJUE, cuando el juez constata, en cuanto al fondo, que, tras la supresión de esta cláusula, el contrato objetivamente ya no puede ejecutarse, como sucede en el litigio principal, y que procede devolver al consumidor correspondiente las cantidades que ha abonado indebidamente en virtud de dicho contrato, la desestimación de una solicitud de medidas cautelares cuyo objetivo era la suspensión del pago de las cuotas mensuales adeudadas en virtud de tal contrato convertiría en ineficaz, al menos parcialmente, la resolución definitiva sobre el fondo. Tal resolución definitiva no conduciría a restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula abusiva, dado que, sobre la base del régimen procesal aplicable, solo una parte del importe ya abonado podría ser objeto de esa resolución definitiva. De ello se deduce que, en tales circunstancias, la adopción de una medida cautelar con el objetivo de suspender el pago de las cuotas mensuales adeudadas en virtud de un contrato de préstamo que podría ser anulado por contener una cláusula abusiva podría resultar necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución que se dicte, el efecto restitutorio que esta implica y, por tanto, la efectividad de la protección garantizada por la Directiva 93/13. Ya tiene resuelta el TJUE la cuestión y, a continuación, desarrolla sus argumentos.

En efecto, como se desprende de la petición de decisión prejudicial, un consumidor, a falta de una medida cautelar que tenga por objetivo la suspensión de su obligación contractual de pago de las referidas cuotas mensuales, para evitar que una resolución definitiva sobre la nulidad del contrato de préstamo correspondiente consista únicamente en restablecer parcialmente su situación, debería, o bien ampliar el alcance de su demanda inicial después del pago de cada cuota mensual, o, a raíz de la resolución de anulación de dicho contrato de préstamo, ejercitar una nueva acción cuyo objeto sería la devolución de las cuotas mensuales pagadas durante el primer procedimiento. Además, señala el TJUE, siguiendo las precisiones facilitadas por el Gobierno polaco en sus observaciones escritas, que toda ampliación del alcance de una demanda está sujeta a tasas judiciales. Por otra parte, según el órgano jurisdiccional remitente, la interposición de una nueva acción por un consumidor siempre es necesaria cuando el primer procedimiento de nulidad de un contrato de préstamo debido al carácter abusivo de una de sus cláusulas contractuales viene seguido de una apelación, ya que, en ese supuesto, las normas procesales del Derecho polaco no prevén la posibilidad de ampliar el alcance de la

demanda interpuesta en primera instancia. En esas circunstancias, según el Gobierno polaco, es evidente que, a falta de medidas cautelares dirigidas a suspender la obligación de pago de las cuotas mensuales adeudadas en virtud de dicho contrato de préstamo, la resolución por la que se declara la nulidad de este último y se ordena la devolución de las cantidades ya abonadas por dicho consumidor no permite alcanzar el objetivo de la Directiva 93/13, que consiste en restablecer la situación de hecho y de Derecho anterior del consumidor. Así mismo, la adopción de tal medida cautelar resulta aún más necesaria cuando, incluso antes de iniciar un procedimiento, el consumidor ha abonado al banco en cuestión un importe superior al de la cantidad tomada en préstamo. El TJUE facilita un último argumento en el sentido de que no cabe excluir que, a falta de una medida cautelar dirigida a la suspensión de la obligación contractual de ese consumidor, la prolongación del procedimiento correspondiente provoque un deterioro de la situación financiera del consumidor hasta el punto de que este ya no tenga medios para ejercitar las acciones necesarias para obtener el reembolso de las cantidades a las que tiene derecho en virtud del contrato declarado nulo. Tales circunstancias también podrían incrementar el riesgo de que un consumidor ya no estuviera en condiciones de pagar las cuotas mensuales adeudadas en virtud de dicho contrato de préstamo, lo que podría llevar al banco correspondiente a iniciar un procedimiento de ejecución de su crédito con base en un contrato de préstamo que podría ser declarado nulo. El TJUE considera que de ello se desprende que una jurisprudencia nacional según la cual se deniega la adopción de medidas cautelares dirigidas a la suspensión del pago de las cuotas mensuales debidas en virtud de un contrato de préstamo, cuando tales medidas sean necesarias para garantizar la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, no resulta conforme con el principio de efectividad, habida cuenta del lugar que ocupa en las normas procesales del Derecho polaco en su conjunto, y, por tanto, no es compatible con los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13²¹⁶. En este punto, el TJUE se detiene en la posibilidad de que el juez nacional aplique la doctrina de la interpretación conforme. Así, recuerda el TJUE que los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer todo lo que sea de su competencia, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo que esta persigue. La exigencia de interpretación conforme incluye, en particular, la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso

²¹⁶ *Ibid.*, apdos. 44 a 55.

necesario, una jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar una norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que esa norma se haya interpretado reiteradamente en un sentido que no es compatible con ese Derecho. Tras esas declaraciones genéricas y con gran alcance didáctico, el TJUE vuelve a descender al pleito principal y señala que el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno polaco consideran que la normativa de que se trata, y, más concretamente, el segundo requisito al que se supedita la adopción de medidas cautelares en el Derecho polaco, a saber, el requisito de que exista un «interés en ejercitar la acción», previsto en el artículo 7301 del Código de Procedimiento Civil, puede interpretarse de manera conforme con el Derecho de la Unión. En segundo término, subraya el TJUE que la jurisprudencia nacional a la que hizo referencia solo puede calificarse de incompatible con el Derecho de la Unión cuando dicho órgano jurisdiccional comprueba que la adopción de las medidas cautelares solicitadas es necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución definitiva que deba recaer sobre el fondo. El TJUE facilita al juzgado remitente los requisitos que deben cumplirse. Así, afirma el TJUE que, por un lado, debe disponer de indicios suficientes sobre el carácter abusivo de una o varias cláusulas contractuales, de modo que sea probable que el contrato de préstamo de que se trate sea nulo o, al menos, que se concederá al consumidor correspondiente el reembolso de las cuotas mensuales derivadas de dicho contrato. Por otro lado, compete a dicho órgano jurisdiccional determinar, a la vista de todas las circunstancias del caso de autos, si la suspensión de la obligación de ese consumidor de pagar las cuotas mensuales mientras dure el procedimiento en cuestión es necesaria para garantizar el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en que se encontraría el consumidor si no hubieran existido esa o esas cláusulas. De este modo, el mismo órgano jurisdiccional podrá tener en cuenta, en particular, la situación económica del consumidor y el riesgo de que este se vea obligado a devolver al banco correspondiente un importe superior a la cantidad que tomó prestada. Por consiguiente, si el órgano jurisdiccional nacional considera, por un lado, que existen indicios suficientes de que las cláusulas contractuales controvertidas son abusivas y que, con ello, el reembolso de las cantidades abonadas por el consumidor correspondiente en virtud del contrato de préstamo controvertido en el litigio principal resulta verosímil y, por otro, que, a falta de medidas cautelares que tengan por objeto la suspensión del pago de las cuotas mensuales adeudadas en virtud de dicho contrato no puede garantizarse la plena eficacia de la resolución

definitiva que recaiga sobre el fondo, extremo este que corresponderá apreciar al órgano jurisdiccional nacional teniendo en cuenta todas las circunstancias del asunto, dicho órgano jurisdiccional debe adoptar medidas cautelares consistentes en suspender la obligación del consumidor de efectuar pagos sobre la base del citado contrato. De esta forma, concluye el TJUE que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual el órgano jurisdiccional nacional puede desestimar la solicitud de medidas cautelares de un consumidor destinada a que, a la espera de una resolución definitiva sobre la anulación del contrato de préstamo celebrado por el consumidor por contener cláusulas abusivas, se suspenda el pago de las cuotas mensuales derivadas de dicho contrato de préstamo, cuando esas medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la referida resolución²¹⁷.

Comentarios. El TJUE encuentra una razón de peso para aceptar el planteamiento del juzgado remitente favorable a la posibilidad de adoptar la medida cautelar consistente en que el consumidor no tenga que abonar las cuotas del préstamo durante la tramitación del procedimiento en el que el consumidor solicita la anulación del préstamo por la existencia de cláusulas abusivas. Esta anulación –solicitada con frecuencia por los consumidores polacos– conllevaría que ambas partes tienen que restituirse las respectivas prestaciones. El TJUE se basa en que la legislación procesal polaca obligaría al consumidor a efectuar una nueva demanda en relación con las cuotas abonadas durante la tramitación del procedimiento lo que les obligaría a asumir los gastos y demás inconvenientes derivados de iniciar ese segundo procedimiento judicial. En esa situación no se garantizaría la plena eficacia de la resolución definitiva que recaiga sobre el fondo, no restableciendo la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva, porque con arreglo al régimen procesal aplicable solo una parte del importe abonado sería objeto de esa resolución. Esta extensa sentencia en la que el TJUE muestra su cara más favorable hacia el consumidor tiene aspectos interesantes. A nuestro juicio, supone un nuevo golpe al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, esta vez en cuanto a la reprobación que efectúa sobre la interpretación efectuada por la jurisprudencia polaca de la normativa nacional relativa a la adopción de medidas cautelares. Partiendo del principio que informa la justicia cautelar en cualquier ámbito (el aseguramiento de la plena eficacia de la sentencia que sea dictada en el procedimiento), en

²¹⁷ *Ibid.*, apdos. 56 a 61.

este asunto no se trata de garantizar a los consumidores ejecutados la operatividad de las medidas cautelares para conseguir la suspensión de la ejecución. En *Getin Noble Bank* el TJUE refuerza la posición del consumidor al traer a colación circunstancias de menor envergadura. Así, el TJUE enumera una serie de circunstancias adversas que sobrevienen (obligación de abonar nuevas tasas judiciales) o pueden sobrevenir (deterioro de la situación financiera del consumidor, riesgo de que no pueda abonar las cuotas y correlativa posibilidad de que el banco inicie una ejecución –argumentos ya utilizados en *Fernández Oliva*–) por el hecho de que el consumidor tenga que iniciar un nuevo procedimiento judicial para reclamar las cantidades correspondientes a las cuotas abonadas durante la tramitación del procedimiento. Siguiendo el mecanismo tradicional de la justicia cautelar, el TJUE exige, en primer lugar, el cumplimiento del requisito del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que en este caso consiste en el hecho de que el juez nacional debe disponer de indicios suficientes sobre el carácter abusivo de una o varias cláusulas contractuales, de modo que sea probable que el contrato de préstamo sea nulo o, al menos, que se conceda al consumidor el reembolso de las cuotas mensuales. En segundo lugar, en cuanto al también tradicional requisito del *periculum in mora*, el TJUE declara que el juez nacional debe valorar si la suspensión de la obligación de ese consumidor de pagar las cuotas mensuales mientras dure el procedimiento en cuestión es necesaria para garantizar el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en que se encontraría el consumidor si no hubieran existido esa o esas cláusulas, pudiendo tener en cuenta, en particular, la situación económica del consumidor y el riesgo de que este se vea obligado a devolver al banco correspondiente un importe superior a la cantidad que tomó prestada. El TJUE se sirve del vínculo que establece entre el aseguramiento de la plena efectividad de la decisión final y el restablecimiento del consumidor en la situación de hecho y de Derecho en que se encontraría si no hubiera existido la cláusula abusiva para «relajar» el requisito del *periculum in mora* y presentar una visión menos estricta de la justicia cautelar que la que habitualmente encontramos en los ordenamientos nacionales.

10.9 REFORMATIO IN PEIUS

La prohibición de la *reformatio in peius* constituye un principio general del Derecho procesal en virtud del cual el órgano jurisdiccional que conoce un recurso no puede modificar el fallo recurrido en perjuicio del recurrente, a resultas de su propio recurso. Analizamos, a continuación, la sentencia *Unicaja*

Banco en la que el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* queda postergado frente a la exigencia de protección efectiva del consumidor cuando concurren determinadas circunstancias (la falta de impugnación por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este).

Caso 128. *Unicaja Banco* ²¹⁸: El principio de prohibición de la *reformatio in peius* queda desvirtuado en el marco de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva, debiendo el tribunal decretar la restitución íntegra de esas cantidades cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre una consumidora, Doña Nicolasa, y Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S. A. U., en cuyos derechos se subrogó Unicaja Banco, S. A., en relación con la falta de examen de oficio por el juez nacional de apelación de un motivo basado en el incumplimiento del Derecho de la Unión ²¹⁹.

²¹⁸ Asunto C-869/19 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022, L. contra Unicaja Banco S. A. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo, EU: C:2022:397. El Abogado General Sr. Tanchev presentó sus conclusiones en audiencia pública el 15 de julio de 2021.

²¹⁹ Mediante contrato celebrado el 22 de marzo de 2006, la entidad bancaria concedió a la consumidora un préstamo hipotecario por importe de 120.000 euros destinado a financiar la adquisición de una vivienda unifamiliar. Este préstamo debía devolverse en 360 cuotas mensuales. Se suscribió al tipo fijo del 3,35 % para el primer año y luego a tipo variable para los demás años, que se calculaba añadiendo un 0,52 % al tipo Euribor a un año. Dicho contrato establecía una «cláusula suelo» en virtud de la cual el tipo variable no podía ser inferior al 3 %. Esa cláusula impidió que el interés del préstamo descendiera por debajo del 3 % anual. En enero de 2016, la consumidora interpuso una demanda contra la entidad bancaria en la que solicitó la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por su aplicación. La consumidora sostenía que, al no haber sido informada adecuadamente de la existencia de tal cláusula y de su trascendencia en la economía del contrato de préstamo en cuestión, debía declararse abusiva por falta de transparencia. Mediante sentencia de 6 de junio de 2016, el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid estimó la demanda, declarando el carácter abusivo de la «cláusula suelo» por falta de transparencia. De este modo, condenó a la entidad bancaria a restituir a la consumidora las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de dicha cláusula, más los intereses. No obstante, declaró que la restitución solo surtía efectos a partir del 9 de mayo de 2013, con arreglo a la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, que limitaba los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de la «cláusula suelo». Asimismo, condenó en costas a la entidad bancaria. En julio de 2016, la entidad bancaria apeló la sentencia ante la Audiencia Provincial de Valladolid, en la medida en que se la condenaba al pago de la totalidad de las costas. Sostenía que al haberse estimado solo parcialmente la demanda, no se debió haber condenado a la entidad bancaria al pago de las costas de dicho recurso. Mediante sentencia de 13 de enero de 2017, la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó el pronunciamiento de la sentencia relativo al pago de costas. El órgano jurisdiccional remitente puntualiza que el tribunal de apelación no modificó el fallo de dicha sentencia por lo que se refiere a los efectos reparatorios de la declaración de nulidad de la referida cláusula, puesto que no eran objeto del recurso de apelación. Añade que el tribunal

El Tribunal Supremo alberga dudas en cuanto a la compatibilidad de los principios de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de *reformatio in peius*, establecidos en el Derecho nacional, con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. Más concretamente, se pregunta si, dada la sentencia *Gutiérrez Naranjo*, un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación interpuesto exclusivamente por la entidad bancaria, y no por el consumidor, debe acordar, pese a tales principios, la restitución íntegra de las cantidades percibidas en virtud de la cláusula abusiva.

En esa situación, el TS pregunta, según la reformulación del TJUE, si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud el tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades.

Doctrina. Como es habitual, señala el TJUE que a falta de regulación en el Derecho de la Unión, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, establecer en su ordenamiento jurídico interno

de apelación no se basó, para anular parcialmente la sentencia de primera instancia, en la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo* y otros. La consumidora interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la sentencia dictada en apelación. En apoyo de su recurso de casación, la consumidora alega que al no aplicar la sentencia *Gutiérrez Naranjo* y no acordar de oficio la restitución íntegra de las cantidades pagadas en virtud de la «cláusula suelo», la Audiencia Provincial de Valladolid infringió, entre otros, el artículo 1303 del Código Civil, que regula los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de las obligaciones y contratos, en relación con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que establece la no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas. La entidad bancaria solicita que se desestime el recurso de casación, basándose en que, al no haber apelado la consumidora la sentencia de primera instancia en cuanto a que limitaba en el tiempo los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva en cuestión, no procedía interponer recurso de casación relativo a la limitación en el tiempo de dichos efectos. Con arreglo a diversos principios del procedimiento civil español, como los principios de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de *reformatio in peius*, la Audiencia Provincial de Valladolid no acordó, en el caso de autos, la restitución plena de las cantidades percibidas en virtud de la «cláusula suelo», porque la consumidora no había interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Supremo manifiesta en el auto de remisión que se ha planteado con frecuencia si los consumidores pueden, con posterioridad a formular su demanda o a consentir la sentencia de primera instancia que limitó el efecto restitutorio de la «cláusula suelo», adecuar su pretensión a la sentencia *Gutiérrez Naranjo* y solicitar la restitución íntegra de lo indebidamente pagado. El órgano jurisdiccional remitente señala que el principio de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas, establecido en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no tiene carácter absoluto y, por lo tanto, puede ser objeto de limitaciones relacionadas con la buena administración de justicia, como las derivadas de la cosa juzgada o la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para la reclamación judicial. Considera que la norma de Derecho español según la cual, si un pronunciamiento de una sentencia no es impugnado por ninguna de las partes, el tribunal de apelación no puede dejarlo sin efecto ni modificarlo presenta cierta similitud con la cosa juzgada.

los procedimientos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que ese Derecho confiere a los justiciables, debiendo respetar dichos procedimientos los principios de equivalencia y efectividad.

En cuanto al principio de equivalencia observa el TJUE que si el juez nacional que resuelve en apelación está facultado u obligado a apreciar de oficio la legalidad de un acto jurídico a la luz de las normas nacionales de orden público, también debe estar facultado u obligado, aun cuando la cuestión de la legalidad de dicho acto a la luz de esas normas no se haya planteado en primera instancia, a apreciar de oficio la legalidad de tal acto desde el punto de vista de la referida disposición de la Directiva 93/13. Por lo tanto, en tal situación, desde el momento en que los elementos de los autos que obran en poder del juez nacional lleven a interrogarse sobre el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual, dicho juez está obligado a apreciar de oficio la legalidad de esa cláusula a la luz de los criterios establecidos en la citada Directiva. El TJUE no ha podido llegar a una conclusión clara al respecto y señala que las partes que han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia discrepan en cuanto a la existencia de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo en virtud de la cual la aplicación de oficio de las normas de orden público constituye una excepción a los principios procesales objeto de controversia. Dado que el artículo 6 de la Directiva 93/13 constituye una disposición equivalente a una norma nacional de orden público, de ello deduce el TJUE que, si, en virtud de la jurisprudencia nacional, tales normas de orden público se consideran una excepción a la aplicación de los principios procesales de que se trata, el juez nacional que conoce del recurso de apelación debe poder examinar de oficio un motivo basado en la infracción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbiendo al órgano jurisdiccional remitente comprobar la existencia de tal jurisprudencia nacional. Si se confirma la existencia de dicha jurisprudencia, el órgano jurisdiccional remitente estará obligado, de conformidad con el principio de equivalencia, a dejar sin aplicación dichos principios procesales y deberá o bien permitir que el consumidor ejerza los derechos que le confiere la Directiva 93/13 y su derecho a invocar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o bien hacerlo de oficio²²⁰.

Con respecto al principio de efectividad, en primer lugar, el TJUE advierte que el respeto del principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado. Además, el TJUE reproduce el mismo párrafo que incluyó, entre otras, en sus sentencias de 10 de junio de 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, y de la misma fecha,

²²⁰ Asunto C-869/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *Unicaja Banco*, apdos. 22 a 27.

17 de mayo de 2022, *Ibercaja Banco*, relativo a la trascendencia del cumplimiento de la exigencia del derecho de tutela judicial efectiva en la regulación procesal de las acciones que se derivan de la Directiva 93/13. También recuerda el TJUE la importancia que reviste el principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales y que la protección del consumidor no es absoluta. El TJUE se remite a lo que dijo en la sentencia *Gutiérrez Naranjo* en el sentido de que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las «cláusulas suelo», que el Tribunal Supremo había acordado en su sentencia de 9 de mayo de 2013, equivalía a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de dicha cláusula durante el período anterior al 9 de mayo de 2013. Descendiendo el asunto principal, señala el TJUE que queda acreditado que el consumidor no interpuso recurso de apelación ni impugnó la sentencia de primera instancia que imponía una limitación en el tiempo de los efectos restitutorios en relación con las cantidades percibidas en virtud de la cláusula abusiva. Sin embargo, subraya el Tribunal de Justicia que, en las circunstancias del litigio principal, el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando el Tribunal de Justicia pronunció la sentencia *Gutiérrez Naranjo* ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional. En estas circunstancias, no cabe considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total al no cuestionar ante un tribunal de apelación la jurisprudencia hasta entonces mantenida por el Tribunal Supremo.

Deduce de ello el Tribunal de Justicia que la aplicación de los principios procesales nacionales de que se trata, al privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad.

Por ello, el TJUE concluye que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades,

cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este.

Comentarios. De la misma forma que consideramos que el segundo apartado del fallo de *Ibercaja Banco* depara un resultado que puede ser injusto en perjuicio del consumidor, en el asunto ahora comentado, nos parece que desvirtuar la prohibición de la *reformatio in peius* —en íntima relación con la cosa juzgada— no está justificada y conduce a una situación de inseguridad jurídica. En esta sentencia el TJUE viene a decir que como el consumidor no interpuso recurso porque la sentencia *Gutiérrez Naranjo* es posterior al plazo para la interposición del recurso, no ha actuado con una pasividad total, por lo que la aplicación de los principios de prohibición de *reformatio in peius*, congruencia y justicia rogada privarían al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13 y vulneran el principio de efectividad. Ello significa que el tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula abusiva debe poder examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades en la medida en que la falta de impugnación en su momento por parte del consumidor no puede imputarse a una pasividad total de este, sino que existía una jurisprudencia del Tribunal Supremo que limitaba en el tiempo la restitución.

A nuestro juicio, la doctrina de la obligada intervención de oficio del juez en las relaciones de consumo está plenamente justificada, así como lo están sus diversas implicaciones afectando al principio de congruencia e, incluso, al principio de cosa juzgada, tal y como se reflejó en *Banco Primus*. Parecía evidente que en el marco de una ejecución hipotecaria contra el consumidor en la que estaba en juego el domicilio familiar de este y en la que en un examen inicial de las cláusulas abusivas no se había entrado a apreciar determinadas cláusulas, el juez debe poder efectuar un nuevo examen, ya sea de oficio o a instancia de parte, sobre esas otras cláusulas no examinadas, aunque exista una resolución firme derivada del primer juicio de abusividad. Había razones de justicia sobre las que poder articular la argumentación. Por otro lado, el momento de «no retorno» en el que no cabe proceder al juicio de abusividad ha sido fijado en *Ibercaja Banco* en la transmisión de la propiedad, dejando fuera, con base en los principios de cosa juzgada, preclusión y seguridad jurídica, un periodo muy importante comprendido entre la fecha de la expedición del decreto de adjudicación y la de entrega de la posesión de la vivienda al adquirente.

Ahora bien, en *Unicaja Banco*, dictada el mismo día que *Ibercaja Banco*, el TJUE parece «dar un volantazo» y dejar de lado esos principios. Me genera muchas dudas esa postura del TJUE y entiendo que produce una gran inseguridad jurídica. No se trata del auto despachando ejecución, sino que implica que un pronunciamiento firme –aunque otro pronunciamiento de la sentencia esté recurrido– y que lleva probablemente meses o incluso uno o dos años firme, de la noche a la mañana, con motivo del conocimiento de otro pronunciamiento de esa misma sentencia que sí fue objeto de recurso, pueda revisarse en el marco de la sentencia de apelación. No parece que esa postura responda a una flexibilización de los principios del proceso motivada por el interés público de la protección de los consumidores y del rango equivalente a las normas nacionales de orden público que tienen los arts 6.1 y 7.1 de la Directiva, sino más bien parece hacer saltar por los aires los principios del proceso, principalmente la prohibición de la *reformatio in peius* y, en íntima relación con este, el principio de cosa juzgada.

Es de observar la existencia de preocupantes errores en la redacción de la sentencia. Así, en el relato de hechos del litigio principal, el TJUE se refiere a «al haberse estimado solo parcialmente el recurso de L» cuando realmente debería decir «al haberse estimado parcialmente la demanda de L» (apdo 12).

10.10 CUESTIONES SOBRE CONDENA EN COSTAS AL PROFESIONAL

En el marco de la Directiva 93/13 y, en particular, en el de la aplicación del artículo 7.1 de esta, la eventual condena en costas al profesional tiene gran relevancia como medio adecuado y eficaz para conseguir el cese del uso de las cláusulas abusivas, disuadiendo al profesional que se ve condenado a asumir el pago de las costas judiciales del consumidor de continuar utilizando las cláusulas abusivas, a la vez que incentiva a los consumidores a reclamar sus derechos mediante el ejercicio de acciones judiciales. En ese contexto, además del importante pronunciamiento efectuado en la STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, ya estudiada anteriormente, analizamos a continuación dos sentencias dictadas a resultas de cuestiones prejudiciales planteadas por juzgados españoles en las que el TJUE profundiza en la materia, a pesar de que tradicionalmente se configurase como un ámbito regulado exclusivamente por el Derecho procesal de los Estados miembros.

Caso 129. *Caixabank (contra EL, TP)*²²¹: El límite máximo de la tercera parte de la cuantía del litigio para los honorarios del abogado en el marco de la tasación de costas fijado por el artículo 394.3 LEC es compatible con la Directiva 93/13, pero podría ser objeto de excepción cuando el juez considere que dicho límite máximo no permite al consumidor obtener el reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente como consecuencia del procedimiento instado.

Hechos. La petición se formuló en el marco de un litigio entre los consumidores EL y TP, de una parte, y Caixabank, S. A., de otra, en relación con las costas reembolsables en concepto de honorarios de abogado causadas en un procedimiento judicial relativo a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual²²².

Mediante su segunda cuestión prejudicial, que fue examinada en primer lugar por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, según la reformulación del Tribunal de Justicia, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben

²²¹ Asunto C-385/20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) dictada el 7 de abril de 2022, EL y TP contra Caixabank, S. A., Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona. ECLI: EU: C:2022:278 El Abogado General Sr. Henrik Saugmandgaard Oe presentó sus conclusiones en audiencia pública el 6 de octubre de 2021.

²²² En abril de 2008, los actores en el litigio principal y Caixabank celebraron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 159.000 euros denominado en divisa. En 2016, los actores presentaron ante el órgano jurisdiccional remitente una demanda con el objeto de que se declarara la nulidad parcial de ese contrato invocando el carácter abusivo de las cláusulas relativas a la devolución en divisa. En dicha demanda indicaron que, aun cuando, en la fecha en que esta se presentaba, el saldo deudor ascendía a 127.269,15 euros, la cuantía de la demanda debía considerarse indeterminada. Señalaron que, habida cuenta de que con la demanda se interesaba la anulación de las cláusulas relativas a la devolución del préstamo, dicha cuantía no podría calcularse hasta la fase de ejecución de la eventual resolución estimatoria de la demanda. Mediante sentencia de 29 de noviembre de 2018, el órgano jurisdiccional remitente estimó la demanda de los actores en el litigio principal, declaró nulas las cláusulas del contrato relativas a la devolución en divisa y ordenó que se recalculara el saldo deudor atendiendo al importe que los actores ya habrían devuelto si las mensualidades pagadas se hubieran abonado en euros en vez de en divisa. Se condenó en costas a Caixabank al haberse desestimado sus pretensiones. Mediante decreto de 1 de octubre de 2019, el letrado de la Administración de Justicia fijó la cuantía del proceso, por lo que respecta a las costas, en 30.000 euros a efectos del cálculo de los honorarios de abogado, conforme al criterio 15 de los criterios orientadores del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, y en 18.000 euros a efectos del cálculo de los honorarios de procurador, de conformidad con el artículo 394.3 de la LEC. Además, con arreglo a este último precepto, la cantidad total de los honorarios de abogado que cabe imponer a la parte condenada en costas no puede exceder de la tercera parte de la cuantía del proceso, esto es, en el caso de autos, 10.000 euros; por su parte, los procuradores están sujetos a una tarifa específica. Los actores en el litigio principal interpusieron contra el decreto del letrado de la Administración de Justicia de 1 de octubre de 2019 recurso de revisión, en cuyo marco el órgano jurisdiccional remitente planteó la remisión prejudicial al albergar dudas sobre la conformidad de la normativa española en materia de cálculo de las costas con la Directiva 93/13.

interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece, en el marco de la tasación de las costas causadas por un recurso relativo al carácter abusivo de una cláusula contractual, un límite máximo aplicable a los honorarios de abogado que el consumidor cuyas pretensiones se hayan estimado en cuanto al fondo puede recuperar del profesional condenado en costas.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, según fue reformulada por el TJUE, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual la cuantía del proceso, que constituye la base para el cálculo de las costas recuperables por el consumidor cuyas pretensiones se hayan estimado en el contexto de un recurso relativo a una cláusula contractual abusiva, debe determinarse en la demanda o, en su defecto, se fija conforme a dicha normativa, sin que ese dato pueda alterarse posteriormente.

Doctrina. Antes de analizar la respuesta del TJUE a las dos cuestiones, conviene detenerse en la falta de competencia del Tribunal de Justicia planteada por CaixaBank y por el Gobierno español para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas.

Considera el TJUE que, a pesar de que el régimen de tasación de costas controvertido en el litigio principal constituye un incidente que se ventila ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, por tanto, está comprendido, en principio, en el Derecho procesal español, del auto de remisión se desprende que el incidente de tasación de costas, en cuyo marco se ha planteado la petición de decisión prejudicial, está intrínsecamente vinculado al procedimiento judicial que dio lugar a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual y es accesorio de este procedimiento. Entiende del TJUE que no se puede invocar la inaplicabilidad de la Directiva 93/13, pues resulta necesario comprobar que el régimen de tasación de costas controvertido en el litigio principal no pueda disuadir a los consumidores de ejercer el derecho a la protección efectiva prevista en el artículo 7 de esta Directiva frente a las cláusulas contractuales abusivas debido a los gastos que una acción judicial implicaría para ellos. En consecuencia, el TJUE se considera competente para resolver la remisión prejudicial planteada²²³.

Entrando ya en la contestación a la segunda cuestión, señala el TJUE que al haberse declarado abusiva la cláusula controvertida en el litigio principal,

²²³ Asunto C-385/20. STJUE de 7 de abril de 2022, *CaixaBank (contra EL, TP)*, apdos. 25 a 28.

condenándose a la entidad bancaria demandada a recalcular el saldo deudor atendiendo al importe que los consumidores habrían devuelto si las mensualidades pagadas se hubieran abonado en euros en vez de en divisa, se ha restablecido en lo concerniente al préstamo la situación de hecho y de Derecho en la que se encontrarían dichos consumidores de no haber existido la cláusula declarada abusiva. Lo que es objeto de la cuestión es la tasación de costas que se sustancia en una pieza separada.

No obstante, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta por la conformidad de la legislación nacional aplicable con los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 en lo referente a la tasación de costas, que se sustancia en una pieza separada, regulada por normas procesales no contempladas en la Directiva 93/13 por lo que, a falta de normativa específica de la Unión en la materia, corresponde a los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal, establecer en su ordenamiento jurídico interno las disposiciones de aplicación de la protección de los consumidores, debiendo cumplir con el principio de equivalencia y con el principio de efectividad, es decir, la regulación del reparto de las costas de un proceso judicial sustanciado ante los órganos jurisdiccionales nacionales pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad.

Entiende el TJUE que el principio de equivalencia no entra en juego en este asunto por lo que se centra en el principio de efectividad.

El TJUE recuerda lo declarado en la sentencia de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, en el sentido de que determinar el reparto de las costas de un procedimiento de esta índole únicamente sobre la base de las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial. El Tribunal de Justicia ha deducido de ello que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por dicha Directiva, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales. El TJUE diferencia esa situación de la que ocurre en el litigio principal en la que las costas se imponen exclusivamente al profesional que contrató con el consumidor que ha obtenido la anulación de

una cláusula abusiva, pero con una limitación, determinada por la cuantía del proceso, del importe máximo de las costas cuyo reembolso puede exigir ese consumidor al profesional con el que contrató. Siguiendo lo dicho por el Abogado General en sus conclusiones, observa el TJUE que el principio de efectividad no se opone, en general, a que un consumidor cargue con determinadas costas procesales cuando presenta una demanda dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual, siendo incontestable que los honorarios de abogado constituyen generalmente una parte sustancial de los gastos en que incurre el consumidor en el marco de un procedimiento judicial. Por ello, en principio, no es contrario al principio de efectividad que el litigante vencido no reembolse al consumidor que ha visto estimadas sus pretensiones la totalidad de los honorarios de abogado que ha satisfecho. Considera el TJUE que, dado que el consumidor ha elegido al abogado al que ha confiado su defensa y ha pactado con él los honorarios que le corresponderán, no puede excluirse que tales costas procesales resulten excesivas por haber convenido la parte que haya ganado el juicio y su abogado unos honorarios inusualmente elevados. En ese contexto, el Tribunal de Justicia ha reconocido que una normativa que establezca tarifas a tanto alzado para el reembolso de los honorarios de abogado podría estar justificada en principio, a condición de que tuviera como finalidad garantizar el carácter razonable de los gastos que hubieran de reembolsarse, habida cuenta de factores tales como el objeto del litigio, la cuantía del mismo o la cantidad de trabajo necesaria para la defensa del derecho de que se trate. A continuación, el TJUE presenta la otra perspectiva del asunto, al subrayar que una regulación procesal que entrañe costes demasiado elevados para el consumidor podría disuadirle de ejercitar una acción judicial, debido a los gastos que esta implicase en relación con el importe de la deuda controvertida, o de intervenir de forma útil en la defensa de sus derechos ante el órgano judicial que conozca de la demanda presentada por el profesional. Por tanto, las costas procesales cuyo reembolso debe poder exigir del litigante vencido el consumidor que ha visto estimadas sus pretensiones han de ser de un importe suficiente respecto del coste total del procedimiento judicial, a fin de no disuadir al consumidor de solicitar la protección jurídica que le confiere la Directiva 93/13.

Dicho ello el TJUE ya ha encontrado la respuesta adecuada para equilibrar los diferentes intereses en juego.

Así, afirma el TJUE que los Estados miembros, en caso de que establezcan, en el ejercicio de su autonomía procesal, un régimen de reembolso de los honorarios de abogado que contenga una limitación en cuanto al importe que el profesional condenado en costas debe abonar, tendrán que fijar un límite que

permita que se reembolse al consumidor un importe de los gastos soportados que sea razonable y proporcionado al coste de un procedimiento judicial relativo al carácter abusivo de una cláusula contractual, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional comprobar si así sucede en el asunto principal.

El Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que procede responder a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece, en el marco de la tasación de las costas causadas por un recurso relativo al carácter abusivo de una cláusula contractual, un límite máximo aplicable a los honorarios de abogado que el consumidor cuyas pretensiones se hayan estimado en cuanto al fondo puede recuperar del profesional condenado en costas, a condición de que dicho límite máximo permita al consumidor obtener por tal concepto el reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente para interponer tal recurso ²²⁴.

En relación con la primera cuestión prejudicial, recuerda el TJUE que con arreglo al artículo 253 LEC la cuantía debe expresarse en el escrito inicial. Además, del artículo 251 de la LEC resulta que, si se reclama una cantidad de dinero, la cuantía del proceso, en caso de que falte su determinación, se considerará indeterminada. También señala que, a los solos efectos de aplicar el límite máximo en la tasación de costas, el artículo 394.3 de la LEC establece que las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa. Según el TJUE, no parece que la cuantía del proceso sea inmutable, ya que el letrado de la Administración de Justicia del tribunal competente y el juez encargado, en último término, de la tasación de las costas pueden alterarla en razón de la complejidad del asunto de que se trate. A este respecto, de los datos que figuran en el auto de remisión resulta que, siendo así que los actores en el litigio principal no determinaron la cuantía del proceso en su demanda, esta se fijó posteriormente, en la pieza separada de tasación de costas, en 30.000 euros. También señala el TJUE que la determinación de la cuantía del proceso desde el momento de presentarse la demanda resulta conforme con el principio de seguridad jurídica por cuanto que permite a las partes en el proceso conocer, desde que se inicia, su potencial coste económico.

Además, por lo que respecta al importe de las costas cuyo reembolso puede reclamar el consumidor, en concepto de honorarios de abogado, al litigante vencido, no resulta contrario al principio de efectividad que, en

²²⁴ *Ibid.*, apdos. 43 a 58.

virtud del principio de seguridad jurídica, la normativa nacional disponga que la cuantía del proceso no puede alterarse durante el proceso judicial, puesto que será al término del proceso cuando habrá de garantizarse que se reembolsan efectivamente los gastos soportados por el consumidor tomando en consideración el importe de los honorarios cuyo reembolso, habida cuenta de la cuantía atribuida al proceso, pueda solicitar al profesional condenado en costas. En orden a que se garantice a los consumidores el reembolso de un importe de los gastos soportados que sea razonable y proporcionado al coste de los honorarios de abogado, corresponde al juez nacional encargado, en último término, de la tasación de las costas cerciorarse de que las normas nacionales en cuestión no hacen imposible o excesivamente difícil el ejercicio por el consumidor de los derechos que esta Directiva le confiere. Descendiendo al asunto de autos, observa el TJUE que la fijación de la cuantía del proceso en 30.000 euros con ocasión de la tasación de costas tiende a demostrar que el letrado de la Administración de Justicia del tribunal competente, bajo el control del juez competente en último término, dispone del margen de apreciación necesario para valorar la cuantía del proceso teniendo en cuenta al tiempo el límite máximo legal de las costas recuperables fijado en una tercera parte de dicha cuantía. Corresponde al juez nacional competente en último término para la tasación de las costas cerciorarse, al efectuar sus cálculos, de que las costas que deben reembolsarse efectivamente teniendo en cuenta ese límite máximo legal corresponden a un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos por abogado que el consumidor ha tenido que soportar objetivamente para interponer el recurso de que se trata.

El TJUE concluye afirmando que procede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual la cuantía del proceso, que constituye la base para el cálculo de las costas recuperables por el consumidor cuyas pretensiones se hayan estimado en el contexto de un recurso relativo a una cláusula contractual abusiva, debe determinarse en la demanda o, en su defecto, se fija conforme a dicha normativa, sin que ese dato pueda alterarse posteriormente, a condición de que el juez encargado, en último término, de la tasación de las costas tenga libertad para determinar la verdadera cuantía del proceso para el consumidor garantizándole que disfrute del derecho al reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente para interponer tal recurso.

Comentarios. Con respecto a la segunda cuestión, contestada en primer lugar, a nuestro modo de ver, el TJUE responde con gran sentido común, siguiendo las conclusiones del Abogado General, por lo que también hay que reconocer lo acertado de dichas conclusiones. De hecho, el Abogado General inicia sus conclusiones dando su opinión en el sentido de que lo que exige la Directiva 93/13 es que las normas procesales nacionales permitan a los consumidores recuperar un importe razonable y proporcionado con respecto a los gastos incurridos en el proceso, correspondiendo al juez nacional comprobar si ello sucede en el litigio principal.

Esta cuestión estaba estrechamente relacionada con la planteada en el asunto *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (STJUE de 16 de julio de 2020). En este último se planteaba el frecuente supuesto consistente en que al no concederse todas las cantidades solicitadas por el consumidor no había lugar a la condena en costas al profesional por aplicación del artículo 394.2 LEC (estimación parcial de la demanda), lo que podía generar un efecto de disuasión a la hora del ejercicio de acciones por parte de los consumidores. Sin embargo, en el asunto ahora comentado se discute sobre el límite de la tercera parte de la cuantía del procedimiento que tiene una indudable razón de ser al objeto de que no se «disparen» los honorarios del abogado en relación con la cuantía del asunto. El TJUE responde con toda lógica: por un lado, considera compatible con el Derecho de la Unión la legislación procesal civil española de general aplicación, incluidos los pleitos de consumidores, que establece ese límite de la tercera parte sobre la cuantía del pleito, y, por otro lado, condiciona la aplicación del límite a que permita al consumidor obtener el reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto a los gastos que haya tenido que soportar en el pleito. Es decir, deja la puerta abierta para que en unas determinadas circunstancias –generalmente en supuestos con cuantías litigiosas muy bajas– el juez pueda dejar sin efecto ese límite al considerar que razonablemente el abogado percibiría unos honorarios más altos que el límite de la tercera parte de la cuantía. Esta sentencia también podrá ser invocada para dejar sin efecto el límite de la tercera parte en aquellos asuntos de consumidores en los que haya actuado otro profesional, por ejemplo, un perito. Como es sabido, con arreglo al 394.3 LEC, si hay honorarios de otros profesionales no sujetos a tarifa o arancel, se suman los honorarios de estos a los del abogado y todo ello no puede superar la tercera parte de la cuantía del procedimiento, por lo que el límite afectará aún más a los honorarios del abogado que pueden verse recortados sensiblemente. En esos supuestos, la sentencia ahora comentada puede sustentar una resolución que deje sin efecto el límite y conceda unos honorarios de abogado razonables y proporcionados en

función del trabajo desarrollado por el abogado. No hay que olvidar que el importe de los honorarios fijados en la tasación de costas constituye un crédito del litigante, no del abogado. Es decir, que lo que se fije en tasación de costas no vincula los honorarios estipulados entre abogado y cliente (en estos casos, abogado y consumidor-cliente). De ello es muy consciente el TJUE que pretende que el consumidor no tenga que abonar de su propio patrimonio una cantidad excesiva cuando hay condena en costas al profesional. Tampoco hay que olvidar que el artículo 394.3 LEC es taxativo. Nuestro legislador únicamente introduce la posibilidad de tener en cuenta la complejidad del asunto en los de cuantía inestimable que se valoran en 18.000 euros, disponiendo: «salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa» (art. 394.4 LEC). También prevé una excepción a la aplicación del límite consistente en que el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas, supuesto muy poco habitual, siendo necesario una adecuada argumentación que justifique la declaración de temeridad. Todo ello significa que en aquellos asuntos que no sean de cuantía inestimable y en los que no se haya declarado la temeridad del litigante condenado en costas, es decir, en la inmensa mayoría de los asuntos, el límite de la tercera parte ha de ser aplicado forzosamente por el juez. Por ello, la sentencia merece, a nuestro juicio, una valoración muy positiva al permitir que en los asuntos de consumidores el juez pueda apreciar las circunstancias concurrentes y, llegado el caso, dejar sin efecto el límite de la tercera parte, si considera que como consecuencia de dicho límite el consumidor no va a conseguir el reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente a resultas del procedimiento instado. Guarda cierta relación lo declarado por el TJUE con una de las premisas que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias al abordar la cuantificación de la compensación al demandante de las costas incurridas en los supuestos de condena a Estado miembro por violación del Convenio: «un demandante tiene derecho al reembolso de sus costas y gastos únicamente en la medida en que haya incurrido en ellos necesariamente y sean razonables en cuanto a su importe»²²⁵. Por tanto, la cuantificación de honorarios de un abogado resulta de difícil calibración si no se utiliza la cuantía del litigio como instrumento para calcular los honorarios²²⁶.

²²⁵ Es una premisa reiterada en las sentencias condenatorias del TEDH. Como ejemplo, citamos la sentencia dictada por el TEDH con fecha de 15 de diciembre de 2020 en el asunto *Karesvaara y Njie c. España*, demanda núm. 60750/15, apartado 70.

²²⁶ Esa dificultad puede comprenderse si tomamos como ejemplo la forma en que funciona la condena en costas al pago de honorarios de abogado ante un tribunal internacional como es el Tribunal

Con respecto a la primera cuestión, respondida en segundo lugar, si bien nos parece adecuada la primera parte del fallo, no así sucede con el condicionante establecido en la segunda parte de este. Se condiciona la necesidad de fijar la cuantía del procedimiento en un momento inicial del mismo al hecho de que el juez encargado, en último término, de la tasación de las costas tenga libertad para determinar la verdadera cuantía del proceso para el consumidor garantizándole que disfrute del derecho al reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente para interponer tal recurso. Entendemos que la cuantía del procedimiento fijada como tal durante el procedimiento no debería ser objeto de modificación alguna en la pieza separada de tasación de costas. Si se quiere excepcionar el límite del artículo 394.3 LEC se puede acudir a la respuesta de la segunda cuestión, pero facultar al juez para modificar la cuantía del procedimiento en el trámite de tasación de costas, una vez firme la sentencia, parece una vulneración del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva del condenado en costas que carece de sentido.

Una cosa es que no se aplique el límite máximo de la tercera parte de la cuantía del litigio y otra, que se cambie en el incidente de tasación de costas la cuantía del litigio ya fijada durante el procedimiento.

En el litigio principal del asunto ahora comentado se da una circunstancia poco habitual: mientras que en la demanda inicial la parte actora señala que la cuantía es indeterminada –aunque para llegar a esa conclusión advirtiera de una serie de circunstancias–, en el incidente de tasación de costas esa misma parte demandante indicó como cuantía el saldo del préstamo. Teniendo en cuenta la trascendencia de la fijación de la cuantía del litigio para el cálculo de honorarios a efectuar en la posterior tasación de costas, no parece que ese cambio respete el derecho a la tutela judicial efectiva del demandado. Ello por cuanto que en el juicio ordinario se entiende que cuando el demandado no está de acuerdo con la cuantía litigiosa establecida por la parte actora, así lo hará constar en la contestación a la demanda impugnando dicha cuantía y será la audiencia previa el acto procesal previsto por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil para intentar aclarar esa cuestión. Si se trata de un juicio verbal, el demandado impugnará la cuantía o la clase de juicio por razón de la cuantía en la

Europeo de Derechos Humanos. Cuando existiendo violación del Convenio, dentro del ámbito de la satisfacción equitativa, el TEDH tiene que realizar su pronunciamiento sobre la suma que ha de abonar el Estado condenado al demandante como compensación por las costas incurridas ante el TEDH, este tribunal examina la factura que presentó el abogado del demandante dentro del apartado de satisfacción equitativa junto con las observaciones. EL TEDH valora el trabajo realizado en el asunto y concede –siempre que esté justificado mediante las correspondientes facturas– una parte o la totalidad de lo solicitado, es decir, no hay ninguna regla fija al respecto.

contestación a la demanda, y el tribunal resolverá la cuestión en la vista, antes de entrar en el fondo del asunto y previo trámite de audiencia del actor²²⁷.

Por todo ello, con arreglo al condicionante establecido por el TJUE en su sentencia, si el juez modificara la cuantía del litigio en el incidente de tasación de costas —una vez recaída sentencia firme y habiendo quedado fijada anteriormente la cuantía litigiosa—, a nuestro juicio, estaría causando indefensión al condenado en costas y por tanto estaría vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva, al haberle privado de la posibilidad de efectuar alegaciones contradictorias sobre la cuantía del litigio durante la tramitación del pleito principal, ya sea en la contestación a la demanda, en la audiencia previa, en el acto del juicio o incluso la posibilidad de interponer recurso contra la sentencia con relación a ese concreto pronunciamiento. En cualquier caso, habrá de tenerse en cuenta si durante el procedimiento la cuantía litigiosa ha quedado fijada sin discusión alguna entre las partes, o bien, excepcionalmente, ha sido objeto de debate. En este segundo caso, cabe la posibilidad de que, no afectando al tipo de procedimiento a seguir ni a la procedencia o no del recurso de casación (art. 255.1 LEC), el juez no se haya pronunciado durante el litigio principal sobre la cuantía litigiosa, haciendo una interpretación literal de lo previsto en el artículo 255.1 LEC. Parece que, en este supuesto, extremadamente excepcional, sí se plantearía en el incidente de tasación de costas el debate sobre la cuantía del litigio. Contemplada la cuestión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable, a mi juicio, sería deseable —aunque parece que no es preceptivo²²⁸— que en cualquier caso, incluso cuando no

²²⁷ El artículo 254 LEC dispone: «Control de oficio de la clase de juicio por razón de la cuantía. [...]3. Se podrán corregir de oficio los errores aritméticos del actor en la determinación de la cuantía. También los consistentes en la selección defectuosa de la regla legal de cálculo de la cuantía, si en la demanda existieran elementos fácticos suficientes como para poder determinarla correctamente a través de simples operaciones matemáticas.

Una vez calculada adecuadamente la cuantía, se dará al proceso el curso que corresponda».

El artículo 255 LEC reza: «Impugnación de la cuantía y de la clase de juicio por razón de la cuantía.

1. El demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación.

2. En el juicio ordinario se impugnará la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía en la contestación a la demanda y la cuestión será resuelta en la audiencia previa al juicio.

3. En el juicio verbal, el demandado impugnará la cuantía o la clase de juicio por razón de la cuantía en la contestación a la demanda, y el tribunal resolverá la cuestión en la vista, antes de entrar en el fondo del asunto y previo trámite de audiencia del actor».

²²⁸ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28) de 25 de mayo de 2018 (ES: APM:2018:8048) dictada en el marco de un procedimiento de consumidores considera que «no hace falta recordar que sólo debe fijarse la cuantía del pleito en la audiencia previa —tratándose del juicio ordinario (art. 422.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)— si el procedimiento aplicable viene determinado por la cuantía y el demandado opone en la contestación de la demanda la inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía (artículo 255.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que se exija pronunciamiento alguno en dicho acto y menos en sentencia cuando lo único que se ventila es el acceso

afecta al procedimiento a seguir o a la posibilidad de interponer recurso de casación, de haber sido impugnada por el demandado la cuantía señalada en la demanda por la parte actora, sea fijada por el juez en la audiencia previa la cuantía litigiosa, ya sea en el mismo acto o ya sea mediante auto dentro de los cinco días siguientes a su celebración (art. 417.2 LEC), por entenderse con arreglo al artículo 425 LEC que se presenta una circunstancia procesal análoga a la prevista en el artículo 422 LEC.

Caso 130. *Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U.*²²⁹: En el marco de litigios de consumidores, en los supuestos de satisfacción extraprocésal del artículo 22.1 LEC, el juez tiene que tener en cuenta imperativamente la eventual mala fe del profesional y condenarlo en costas en ese caso, considerándose uno de los supuestos de mala fe cuando el profesional recibe el requerimiento extrajudicial efectuado por el consumidor anteriormente a la presentación de la demanda, asimilándose de esta forma el tratamiento de la satisfacción extraprocésal en materia de costas al del allanamiento previsto en el artículo 395.1 LEC.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de un procedimiento judicial instado por una consumidora contra una entidad dedicada a la concesión de préstamos, dirigido a obtener, entre otras pretensiones, la nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios de un contrato de crédito revólvente y la devolución de las cantidades indebidamente abonadas. La cuestión se centra en la compatibilidad o no con la Directiva 93/13 del artículo 22 de la LEC relativo a la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal en la medida en que, según el juez remitente, no permite la condena en costas al profesional en el supuesto controvertido, incluso existiendo requerimiento de la consumidora antes de la presentación de la demanda que no fue atendido por el profesional²³⁰.

a casación (artículo 255.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin perjuicio de que el demandado, si no está conforme con la cuantía fijada en la demanda, deba impugnarla si no quiere verse luego vinculado a los efectos del recurso de casación».

²²⁹ Asunto C-215/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 22 de septiembre de 2022. Zulima contra Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria. EU: C:2022:723. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Collins al que le fue asignado.

²³⁰ El 21 de septiembre de 2016, las partes en el litigio principal celebraron un contrato de crédito al consumo revólvente. En marzo de 2020, la consumidora dirigió al profesional un requerimiento al objeto de que anulara el contrato de crédito y le devolviera las cantidades que había percibido indebidamente, teniendo en cuenta que los intereses de dicho contrato de crédito eran usurarios. El profesional no accedió a las pretensiones contenidas en el requerimiento extrajudicial. La consumidora presentó deman-

Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional, como el artículo 22 de la LEC, con arreglo a la cual, en el marco de un proceso judicial relativo a la declaración del carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, en caso de satisfacción extraprocesal de sus pretensiones, el consumidor debe cargar con sus propias costas relativas al proceso judicial que se ha visto obligado a promover para hacer valer los derechos que la Directiva 93/13 le otorga, sin que se tome en consideración el comportamiento anterior del profesional en cuestión, que no atendió los requerimientos previos que dicho consumidor le había dirigido.

da ante el órgano jurisdiccional remitente con la pretensión de que se declarara la nulidad del referido contrato de crédito. Con carácter principal, invocaba el carácter usurario, a los efectos de la normativa nacional, del tipo de interés estipulado y solicitaba la devolución de las cantidades abonadas en exceso, en relación con el capital prestado, como consecuencia de la aplicación de ese tipo de interés. Con carácter subsidiario, alegaba el carácter abusivo, en el sentido de la Directiva 93/13, de la cláusula relativa al tipo de interés remuneratorio por falta de transparencia. La entidad demandada, dentro del plazo concedido para contestar la demanda, solicitó el archivo de las actuaciones por satisfacción extraprocesal de las pretensiones de la demandante y manifestó que había procedido a anular el contrato de crédito revolvente, señalando que la demandante ya no podía realizar ninguna operación con la tarjeta de crédito correspondiente y que se había procedido a cancelar el saldo deudor en concepto de intereses y otras comisiones. La entidad demandada solicitó asimismo que no se la condenara en costas. Según el juez remitente, en virtud del artículo 22.1 de la LEC, si se satisfacen las pretensiones de la demandante fuera del proceso, se decreta, en principio, la terminación de este, sin que proceda condena en costas. Mediante diligencia de ordenación de 11 de septiembre de 2020, el órgano jurisdiccional remitente notificó a la consumidora demandante la solicitud de archivo de las actuaciones presentada por la demandada con fundamento en que aquella había dejado de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial efectiva. La consumidora demandante alegó que esa solicitud de archivo de las actuaciones era infundada por cuanto, en su opinión, la demandada no había dado satisfacción a todas las pretensiones de la demanda, en particular a la declaración de nulidad del contrato de crédito al consumo revolvente controvertido por ser usurario y al pago de las costas. La demandante subrayó además que, antes de presentar la demanda, había formulado, infructuosamente, requerimiento a la demandada con el objeto de que anulara el contrato de crédito y le devolviera las cantidades pagadas en concepto de intereses. En vista de tal desavenencia entre las partes en el litigio principal, se las convocó a una comparecencia ante el órgano jurisdiccional remitente conforme al párrafo primero del artículo 22.2 de la LEC. Oídas sus alegaciones y examinadas las pruebas que aportaron, ese órgano jurisdiccional apreció que las pretensiones de la demandante se habían satisfecho fuera del proceso, por cuanto la demandada había anulado el contrato de crédito al consumo revolvente controvertido y reintegrado las cantidades indebidamente abonadas. Apreció, asimismo, por un lado, que, antes de presentar la demanda ante él, la consumidora demandante había dirigido diversos requerimientos por medio de burofax a la demandada para que anulara ese contrato de crédito y le reintegrara las cantidades indebidamente abonadas y, por otro lado, que la demandada se había negado a atenderlos. Dado que las pretensiones de la demandante se han satisfecho fuera del proceso, el órgano jurisdiccional remitente señala que, en virtud de la normativa nacional controvertida, no tiene permitido condenar en costas a alguna de las partes. Indica además que tampoco está facultado para tener en cuenta la existencia de requerimientos previos a la presentación de la demanda que ha dado lugar al litigio principal a los efectos de apreciar la eventual mala fe de la demandada y condenarla a cargar con las costas de la demandante. Teniendo la demandante la condición de consumidora, el juez remitente tiene dudas sobre la compatibilidad del artículo 22 LEC con la Directiva 93/13.

Doctrina. Se plantea con carácter previo la posible incompetencia del TJUE, resolviendo este el problema en el sentido de reconocer su competencia alegando que se discute sobre el régimen de reparto de costas configurado, en principio, por el Derecho procesal español, pero al versar el litigio principal sobre el carácter abusivo, en el sentido de la Directiva 93/13, de diversas cláusulas del contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el objeto del litigio principal se inscribe en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión. Se examina si el artículo 22 LEC puede constituir un obstáculo significativo susceptible de disuadir a los consumidores de ejercer sus derechos, a la luz del principio de efectividad. Afirma el TJUE que el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores depende del Derecho procesal de los Estados miembros y que este puede tener una influencia crucial en la efectividad del Derecho de la Unión. El régimen del reparto de las costas forma parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal, pero las modalidades de aplicación deben cumplir el principio de equivalencia y el principio de efectividad, por lo que el TJUE es competente para pronunciarse sobre la cuestión prejudicial²³¹.

El TJUE afirma que, con arreglo a su jurisprudencia, la distribución de las costas de un proceso judicial sustanciado ante los órganos jurisdiccionales nacionales pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. Centrándose en el principio de efectividad, único controvertido en el asunto, recuerda el TJUE que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables implica, en particular en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13, una exigencia de tutela judicial efectiva, consagrada también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es aplicable, en concreto, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos. También señala que tiene declarado que determinar el reparto de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente sobre la base de las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial y que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las

²³¹ Asunto C-215/21. STJUE de 22 de septiembre de 2022, *Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U.*, apdos. 20 a 24.

cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales. Descendiendo al litigio principal, observa el TJUE que el órgano jurisdiccional remitente señala que, con arreglo al artículo 22 de la LEC, no puede condenar en costas a la demandada porque las pretensiones de la demandante se habían satisfecho fuera del proceso judicial del que conoce. Según este órgano jurisdiccional, lo mismo ocurre cuando consta que la demandada actuó con mala fe y, por ello, que la demandante se vio obligada a hacer valer sus derechos presentando la demanda, habida cuenta de que el artículo 22 de la LEC no permite al juez que conoce del asunto tener en cuenta tales circunstancias para apartarse de la regla de reparto de las costas que establece. A este respecto, señala el TJUE que en el marco de los procesos típicos promovidos al amparo de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, el consumidor es el demandante y el demandado es el profesional, lo que implica que, si este decide satisfacer las pretensiones de aquel fuera del proceso judicial, el consumidor deberá cargar siempre, conforme a la norma española descrita en el apartado anterior, con los costes del proceso aun en el supuesto de que el profesional haya actuado con mala fe. Según el TJUE, semejante norma, que hace recaer tal riesgo sobre el consumidor, crea un obstáculo significativo que puede disuadirlo de ejercer su derecho a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales incluidas en el contrato de que se trate y, en definitiva, supone vulnerar el principio de efectividad. No obstante, en las observaciones que ha presentado ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno español sostiene que el artículo 22 de la LEC puede interpretarse de manera conforme con las exigencias que se derivan de este principio. El Gobierno español ha expuesto que cabe interpretar este artículo en el sentido de que corresponde al juez nacional tener en cuenta la posible mala fe del profesional y, en su caso, condenarlo al pago de las costas del proceso judicial. Esta argumentación del Gobierno español resulta clave para que el TJUE le dé la vuelta a la situación y, en lugar de declarar la incompatibilidad del artículo 22.1 de la LEC con la Directiva 93/13, encuentre otra solución. Así, afirma el TJUE que tal interpretación del Derecho nacional es compatible con el principio de efectividad, por cuanto permite que no se disuada a los consumidores de ejercer los derechos que la Directiva 93/13 les otorga, de forma que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si es posible realizar tal interpretación conforme con el Derecho de la Unión.

Concluye el TJUE que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma nacional con arreglo a la cual, en el marco de un proceso judicial relativo a la declaración del carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, en caso de satisfacción extraprocésal de sus pretensiones, el consumidor afectado debe cargar con sus propias costas, a condición de que el juez que conozca del asunto tenga imperativamente en cuenta la eventual mala fe del profesional de que se trate y, en su caso, lo condene al pago de las costas del proceso judicial que ese consumidor se ha visto obligado a promover para hacer valer los derechos que la Directiva 93/13 le otorga²³².

Comentarios. La conclusión es que el juzgado remitente debería condenar en costas al profesional en cualquier caso, al haber existido mala fe por no haber atendido el requerimiento de la consumidora recibido por el profesional antes de la presentación de la demanda por parte de la consumidora. Dicha condena en costas podrá estar fundada, a criterio del juzgado de instancia, bien en una interpretación del artículo 22.1 de la LEC conforme con el Derecho de la Unión, o bien en la aplicación del principio de efectividad, dejando sin efecto lo previsto por el artículo 22.1 LEC para las costas en el supuesto de satisfacción extraprocésal, al amparo del principio de primacía y del artículo 4 bis 1 de la LOPJ, habida cuenta de que el Derecho de la Unión ha de interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE. Esta última opción parece que concuerda más con la interpretación que efectúa el juez remitente del artículo 22.1. LEC.

Partimos de un auto de planteamiento de la cuestión prejudicial dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Las Palmas con fecha de 12 de marzo de 2021 que, a nuestro juicio, debería haber incluido algunas informaciones adicionales de utilidad. Así, parece que debería haber realizado una comparativa entre el tratamiento que la LEC dispensa a la satisfacción extraprocésal y al allanamiento. Como es sabido, el artículo 395 LEC²³³ prevé que,

²³² *Ibid.*, apdos. 34 a 44.

²³³ «Artículo 395 LEC. Condena en costas en caso de allanamiento.

1. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.

2. Si el allanamiento se produjere tras la contestación a la demanda, se aplicará el apartado 1 del artículo anterior».

en los supuestos de allanamiento, procede la imposición de las costas al demandado cuando el juez, razonándolo debidamente, aprecia mala fe del demandado, entendiéndose que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente. Teniendo en cuenta que el juez remitente considera «poco razonable» la previsión establecida en el artículo 22.1 LEC (apdo. 16 del auto de remisión) y que, en base a este artículo, recaen sobre el consumidor las costas de un procedimiento en los casos de satisfacción extraprocesal (apdo. 18 del auto de remisión) parece que el juez remitente debería haber hecho expresa alusión al allanamiento enfrentando su regulación con la de la satisfacción extraprocesal e indicando que esta última permite que los profesionales demandados pueden articular como satisfacción extraprocesal lo que realmente es un allanamiento para evitar la condena en costas. Tengo la impresión de que, al faltar esa clara diferenciación en la exposición inicial, durante el proceso ante el TJUE la dicción del artículo 395 LEC sobre el allanamiento ha sido aprovechada por el Gobierno español para tratar de convencer al TJUE de que el artículo 22 LEC puede interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional tener en cuenta la posible mala fe del profesional y, en su caso, condenarlo al pago de las costas del proceso judicial (apdo. 42 de la sentencia), cuando de la redacción del artículo 22 LEC no parece deducirse que sea posible esa interpretación. Por eso, el fallo de la sentencia no considera incompatible el artículo 22 LEC con la Directiva 93/13, a condición de que el juez nacional tenga imperativamente en cuenta la eventual mala fe del profesional de que se trate y, en su caso, lo condene al pago de las costas del proceso judicial. Prueba de la influencia del artículo 395 LEC en el resultado de la cuestión es que el TJUE, dentro de los apartados dedicados al Derecho español de su sentencia²³⁴, transcribe el artículo 395 de la LEC. En definitiva, desde nuestro punto de vista, el artículo 22 LEC sí es incompatible con la Directiva al no incorporar el mismo tratamiento que el allanamiento (condena en costas al demandado) cuando ha existido requerimiento extrajudicial de pago antes de presentada la demanda. En el auto de remisión también echamos en falta dos datos relevantes como la fecha en la que la consumidora presentó la demanda y la fecha en la que el profesional reintegró extraprocesalmente las cantidades indebidas²³⁵.

²³⁴ Asunto C-215/21. STJUE de 22 de septiembre de 2022, Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U., apdo. 8.

²³⁵ El juez remitente sí afirma que «consta en los autos la existencia de requerimientos previos por medio de burofax a la demandada a efectos de declarar la nulidad del contrato suscrito con el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas; la parte demandada contestó a los requerimientos negándose a dejar de aplicar el interés remuneratorio y a reintegrar las cantidades indebidamente cobradas» (apdo. 5 del auto de planteamiento).

Se deduce del contenido del auto de planteamiento que el reintegro se produjo después de la presentación de la demanda y después del traslado de la demanda a la entidad demandada. En cualquier caso, hemos de elogiar al juez de instancia por la presentación de la cuestión prejudicial cuyo fallo debería evitar pronunciamientos como el realizado por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8.^a) mediante sentencia 233/2020 de 20 de julio (ES: APM:2020:11286)²³⁶. En definitiva, a partir de *Servicios Prescriptor y Medios de Pago, E. F. C. S. A. U.*, en los litigios de consumidores, viene a asimilarse en materia de costas el tratamiento de la satisfacción extraprocesal al del allanamiento previsto en el artículo 395 LEC, de forma que, incluso cuando el profesional presente un escrito alegando satisfacción extraprocesal y acreditando el pago –podría decirse que «disfrazando» de satisfacción extraprocesal lo que no deja de ser un allanamiento–, el juez, interpretando el Derecho de la Unión conforme a la jurisprudencia del TJUE (art. 4 bis 1 de la LOPJ), tiene la obligación de condenar en costas al profesional demandado, si ha existido mala fe de este, lo que habrá de ser considerado en el supuesto de requerimiento recibido por el profesional anteriormente a la presentación de la demanda.

Por otro lado, es de reseñar que en el asunto objeto del presente comentario no estaríamos propiamente ante un supuesto de limitación de las facultades del juez nacional para determinar la eventual naturaleza abusiva de una

²³⁶ En ese asunto, la demandada Evofinance E. F. C. S. A. U. –predecesora de la entidad demandada en el litigio principal del asunto que ahora comentamos (Servicios Prescriptores Medios de Pago EFC, S. A. U.)– había adoptado la misma estrategia seguida en el pleito principal, es decir, no pagó cuando recibió el requerimiento extrajudicial efectuado por los consumidores y, una vez recibida la demanda, sí satisfizo las pretensiones de la demanda, alegando «satisfacción extraprocesal» de la pretensión e interesando el archivo del procedimiento por aplicación de lo establecido en el artículo 22 LEC sin imposición de costas. El Juzgado de Primera Instancia consideró que la petición de satisfacción extraprocesal suponía un fraude de ley puesto que el reconocimiento del derecho de los actores se había producido una vez interpuesta la demanda, entendió que se trataba de un allanamiento y, habiendo sido requerida previamente la parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 395 LEC, se le impusieron las costas a la parte demandada. La Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia de la instancia, dictando otra por la que se declaró terminado el procedimiento por satisfacción extraprocesal, sin hacer expresa imposición de costas. La Audiencia Provincial llevó a cabo una interpretación formalista del artículo 22 LEC, obviando el principio de efectividad que debe imperar en la aplicación de la regulación procesal en el marco de un litigio de consumidores. Así, consideró la A. P. de Madrid que la satisfacción extraprocesal exige el cumplimiento íntegro de las pretensiones de fondo de la demanda, y provoca la terminación del procedimiento sin resolución sobre el fondo, al no subsistir la controversia. También argumentó la A. P. que la extinción del interés legítimo produce el mismo efecto, *ex* artículos 22 y 413 LEC, que la sentencia absolutoria firme y que, a diferencia de lo que sucede con los supuestos de allanamiento del artículo 395 LEC, el criterio sobre imposición de costas en los casos de satisfacción extraprocesal no se vincula a la concurrencia o no de buena fe en el demandado. Según la A. P. de Madrid, el artículo 22.1 LEC obliga a excluir la condena en costas una vez verificada la inexistencia de interés legítimo en la continuación del procedimiento, en atención a un criterio puramente objetivo, no subjetivo, y, por tanto, incluso en aquellos casos en que la parte demandada haya provocado el inicio del procedimiento o haya desatendido requerimientos extrajudiciales previos.

cláusula, sino ante un caso en que la norma nacional puede constituir un obstáculo significativo susceptible de disuadir a los consumidores de ejercer sus derechos, a la luz del principio de efectividad, teniendo en cuenta que el ejercicio de los derechos otorgados por la Directiva 93/13 depende del Derecho procesal de los Estados miembros y este puede tener una influencia crucial en la efectividad del Derecho de la Unión.

10.11 INTRODUCCIÓN DE NUEVO RECURSO Y DE INSTANCIA ADICIONAL

Abordamos a continuación el estudio de un auto en el que el TJUE debe dilucidar sobre la compatibilidad con la Directiva 93/13 de la legislación rumana que introduce un recurso y una instancia adicionales.

Caso 131. *SC Banca E*²³⁷ - ²³⁸: No se opone a los principios de seguridad jurídica y efectividad una norma procesal rumana que modifica el sistema de recursos internos introduciendo un recurso y una instancia adicionales y que se aplica a un procedimiento en curso porque el nuevo recurso está abierto tanto al profesional como al consumidor.

Hechos. Esta petición fue presentada en el contexto de una disputa entre GD y SC Banca E SA, sobre el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas que aparecen en el contrato de hipoteca que celebraron²³⁹.

²³⁷ Asunto C-381/19. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 15 de enero de 2020. SC Banca E SA contra G. D. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Apelación de Cluj, Rumanía. EU: C:2020:67. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General M. H. Saugmandsgaard Øe, al que le fue asignado.

²³⁸ Las únicas versiones lingüísticas en las que el TJUE ha publicado este auto son las correspondientes a los idiomas rumano y francés. Por tanto, la narración de hechos del asunto y doctrina del TJUE responden a la traducción de la lengua francesa al español efectuada por el autor del presente trabajo.

²³⁹ El 15 de octubre de 2007 la consumidora GD y Banca E celebraron un contrato de préstamo hipotecario por importe de 37.500 euros. A raíz de un recurso interpuesto por GD el 9 de diciembre de 2015, el Tribunal de Primera Instancia de Turda, mediante sentencia de 15 de noviembre de 2016, estimó parcialmente la demanda y concluyó que determinadas cláusulas de este contrato eran abusivas ordenando a Banca E a reembolsar cantidades indebidas. Tanto GD como Banca E recurrieron contra dicha sentencia, la primera impugnando el importe de los reembolsos y la segunda impugnando la apreciación de que las cláusulas eran abusivas. Mediante sentencia de 16 de octubre de 2017, el tribunal especializado de Cluj desestimó, por infundados, los recursos interpuestos por las dos partes en el procedimiento principal. El 7 de diciembre de 2017, Banca E apeló contra dicha sentencia ante el Tribunal de Apelación de Cluj, alegando que su recurso de casación es admisible. El consumidor alegó la inadmisibilidad del recurso con base en el principio de seguridad jurídica derivado del Derecho de la Unión que impediría la creación de un nuevo recurso durante la solución de una disputa.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los principios de seguridad jurídica y efectividad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma de procedimiento que modifica el sistema de recursos previsto por el ordenamiento jurídico interno, mediante la introducción de un recurso y una instancia adicional de jurisdicción, y que se aplica a un procedimiento ya en curso en el momento de esta modificación en el que litigan un consumidor y un profesional.

Doctrina. El TJUE recuerda la clásica premisa de que el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual y que, por tanto, se inscriben en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, si bien tienen que respetar los principios de equivalencia y efectividad. En cuanto al principio de equivalencia no hay ningún elemento que pueda hacer pensar que se ha infringido, por ello el TJUE aborda el principio de efectividad y el de seguridad jurídica. En primer lugar, en cuanto al principio de efectividad, señala el TJUE que la introducción de una instancia adicional en el curso del procedimiento judicial pendiente iniciado por un consumidor y destinado a impugnar el carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato celebrado con un profesional, no puede considerarse que menoscaba la efectividad de los derechos que para el consumidor resultan de la Directiva 93/13, ya que este último ha podido, de hecho, instar tal procedimiento.

A ello añade el TJUE que en la medida en que este recurso adicional esté abierto, como en el procedimiento principal, no solo a los profesionales, sino también a los consumidores, es probable que la introducción de este medio contribuya a reforzar la efectividad de los derechos de los consumidores.

En segundo lugar, el TJUE pasa a analizar el principio de seguridad jurídica afirmando que, si bien es cierto que la introducción, durante el procedimiento, de una instancia adicional puede dar lugar a una prolongación del procedimiento y a un aumento de costes que no eran previsibles en el inicio del procedimiento, el hecho es que la duración y los costos de un procedimiento judicial son difíciles de predecir al presentar una demanda. Además, cabe destacar que la decisión de interponer un recurso tras la desestimación de una apelación corresponde a cada parte, por lo que la mera existencia de este recurso adicional no implica necesariamente que el profesional haga uso de este de forma sistemática. También recuerda el TJUE que las normas procesales relativas a la estructura de los recursos internos, así como al número de instancias, persiguen un interés general de buena administración de justicia y previsibilidad y deben primar sobre los

intereses especiales, en el sentido de que no pueden ajustarse en función de la situación económica particular de una de las partes.

Dicho todo ello, el TJUE concluye declarando que los principios de seguridad jurídica y efectividad deben ser interpretados en el sentido de que no se oponen a una norma procesal que modifica el sistema de recursos previstos por el ordenamiento jurídico interno, introduciendo un recurso y una instancia adicionales y que se aplica a un procedimiento ya en curso en el momento de esta modificación en el que litigan un consumidor y un profesional, ya que este nuevo recurso está abierto tanto al consumidor como al profesional.

Comentarios. Era previsible la postura del TJUE en cuanto a que difícilmente puede considerarse que la introducción de un recurso y una instancia adicionales en el curso del procedimiento infrinja el principio de efectividad o el de seguridad jurídica en el marco de la Directiva 93/13 y del Derecho de la Unión. El TJUE ha declarado reiteradamente que el número de instancias no afecta al principio de efectividad. Es evidente que el principio de autonomía procesal únicamente puede ceder ante el principio de equivalencia, efectividad y tutela judicial efectiva cuando se dan circunstancias de peso como, de hecho, han concurrido en un gran número de asuntos enjuiciados por el TJUE en los que el Tribunal de Luxemburgo ha considerado incompatibles las leyes procesales nacionales con el Derecho de la Unión. Al comentar este auto es obligado referirnos a sus diferencias con el asunto *Sánchez Morcillo* en el que el TJUE consideró que el artículo 695 de la LEC era contrario al principio de igualdad procesal porque mientras que el deudor ejecutado no podía recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestima su oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusula abusiva, el acreedor ejecutante sí podía interponer recurso contra la resolución que acordara el sobreseimiento de la ejecución o que declarase la inaplicación de una cláusula abusiva. Las diferencias son determinantes. En el asunto *SC Banca E* el principio de igualdad procesal no se ve afectado porque ambas partes tienen derecho a interponer el recurso, que es, a la postre, la circunstancia en la que se apoya el TJUE para declarar que ese recurso no infringe el Derecho de la Unión.

10.12 PUNTOS CONTROVERTIDOS ENTRE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Las sentencias analizadas en el presente capítulo han generado muy diversas e interesantes polémicas doctrinales cuyos comentarios exigirían una

extensión de la que no disponemos por las características del presente trabajo. Vamos a limitarnos a traer a colación algunas posturas doctrinales sobre los temas abordados, sin perjuicio de que debido a su reciente publicación estemos pendientes de conocer las posiciones de la mayoría de nuestros autores con respecto a las últimas sentencias sobre la cosa juzgada y la *reformatio in peius*.

La sentencia *Banco Primus* ha dado lugar a numerosos comentarios de nuestra doctrina. Federico Adán Domenech afirma que la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 prioriza el deber del órgano judicial de comprobar la abusividad de las cláusulas, sobre «casi» cualquier otra cuestión, incluso poniendo en duda principios procesales hasta el momento «sagrados», como la cosa juzgada o la preclusión de los hechos, permitiendo esta sentencia reabrir un procedimiento ya finalizado, para analizar una cláusula que aunque hubiese podido ser objeto de enjuiciamiento en un proceso inicial no lo fue, flexibilizando, de esta forma, la eficacia de la cosa juzgada, correspondiendo además la iniciativa en cuanto al control de las cláusulas, no solo a la parte, sino también de oficio, en cualquier momento en que el órgano judicial disponga de los elementos de hecho y de derecho para evaluar si una cláusula es abusiva o no, poniendo en entredicho el principio de justicia rogada²⁴⁰. Según el Prof. Adán, la iniciativa del órgano judicial motivada por ser la protección de consumidores una cuestión de orden público desnaturaliza en cierta medida el proceso civil, casi convirtiéndolo en un proceso semipúblico, al conceder a una autoridad judicial, la facultad de enjuiciar cuestiones no propuestas por las partes en sus escritos de alegaciones.

Según este autor, la sentencia prioriza dos aspectos frente a los formalismos procesales de los Estados miembros. En primer lugar, la normativa comunitaria, al considerarla de carácter imperativo, y, en segundo lugar, la protección del consumidor, por calificarla de materia de orden público, suponiendo esta interpretación la flexibilización, cuando no la devaluación de las directrices contenidas en el artículo 134 LEC (improrrogabilidad de los plazos)²⁴¹.

No estamos de acuerdo con el citado autor cuando viene a considerar que se produce la «eliminación y vulneración de las normas generales correspondientes a la regulación de los plazos procesales y del principio de seguridad jurídica»²⁴². En cuanto al plazo de un mes de la Ley 1/2013, considero que no

²⁴⁰ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, edit. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 335-336.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 237.

²⁴² ADÁN DOMENECH, F., «Deconstrucción del ordenamiento jurídico español», en la obra colectiva *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, dirigida por F. Jiménez Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 244.

existe tal eliminación ni vulneración, sino lo que existe es una corrección por parte del TJUE de un mecanismo de notificación que, a mi modo de ver, no respeta el derecho a la tutela judicial efectiva. Si las demandas se notifican personalmente y el legislador quiso dar la oportunidad a los deudores-ejecutados de oponer la existencia de las cláusulas abusivas, lo lógico era notificárse-lo personalmente a cada ejecutado en el procedimiento correspondiente, con independencia de publicarlo en el *BOE*.

Por lo que se refiere a la decisión del TJUE en cuanto a la posibilidad de incoar un proceso judicial para examinar las cuestiones no debatidas, así como lo que el autor denomina como «conculcación de la preclusión de las alegaciones reguladas en el artículo 400 LEC, autorizándose una posibilidad indefinida en el tiempo de presentar alegaciones», hemos de admitir que choca de pleno con el principio de fuerza de cosa juzgada, pero el TJUE antepone la completa protección efectiva del consumidor a dicho principio.

Por nuestra parte, más que una cierta desnaturalización del proceso civil, nos inclinaríamos por considerar este fenómeno como una necesaria evolución del proceso civil en materia de protección de consumidores a fin de adaptarse a las exigencias sociales requeridas por dicho ámbito. Enlazaríamos así con el concepto de dimensión social de la protección de consumidores –al que aludimos en distintos capítulos de este trabajo– que exige la flexibilización de determinados principios «sacrosantos» del Derecho procesal. Incluso, podríamos traer a colación ideas tan simples, pero a la vez tan cargadas de justicia como las manejadas por el TJUE en la sentencia *Océano*²⁴³ para establecer por vez primera la necesaria facultad del juez para actuar de oficio en materia de cláusulas abusivas. *Duarte Hueros*²⁴⁴ ya supuso en 2013 un importante «vuelco» al principio dispositivo y al principio de congruencia, si bien tuvo quizá menos resonancia que *Banco Primus*, esta última en relación con el principio de fuerza de cosa juzgada.

También con respecto a *Banco Primus* debemos hacernos eco de las palabras de María José García-Valdecasas²⁴⁵ –quien además fue la abogada del Estado representante de España ante el TJUE en ese asunto– en el sentido de que la respuesta que el Tribunal de Justicia da en el asunto *Banco Primus* debe entenderse limitada, en principio, a aquellos procedimientos en los que

²⁴³ Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98. STJUE de 27 de junio de 2000. *Océano Grupo Editorial*.

²⁴⁴ Asunto C-32/12. STJUE de 3 de octubre de 2013. *Duarte Hueros*.

²⁴⁵ GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2018. p. 100.

la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013 fuera aplicable y no puede extenderse, en principio, a los procedimientos de ejecución que no entren dentro del ámbito de aplicación de esta Disposición Transitoria. Así, recuerda García-Valdecasas que, de acuerdo con la norma española, el procedimiento de ejecución hipotecaria finaliza, en principio, cuando la propiedad es adjudicada al comprador y se dicta decreto de adjudicación (art. 670, apartado 8 LEC).

García-Valdecasas también ha valorado la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional de la sentencia *Banco Primus* mediante el pronunciamiento de la importante STC 31/2019 de 28 de febrero²⁴⁶. La autora hace hincapié en el hecho de que no era equiparable la situación de la consumidora en ambos procedimientos. Así, en *Banco Primus* se trataba de un procedimiento de ejecución hipotecaria tramitado antes de que hubiera entrado en vigor la Ley 1/2013 y en el que no había ninguna posibilidad de controlar la existencia de cláusulas abusivas, ni de oficio, ni a instancia de parte. El incidente de oposición era el habilitado por la D. T. 4.^a de la Ley 1/2013 y es en el seno de ese incidente en el que el TJUE concluyó que debía llevarse a cabo el control de abusividad. Por el contrario, la situación de la recurrente en amparo era diferente porque podía haberse opuesto al despacho de la ejecución, cosa que no hizo. García-Valdecasas parece dar la razón al voto particular, reproduciendo lo manifestado en este, afirmando que «trasladar la solución dada en *Banco Primus* supone otorgar “a la recurrente un derecho, el de exigir sin sujeción a plazo alguno el control del carácter abusivo de una cláusula, que las leyes no le concedían”»²⁴⁷. García-Valdecasas viene a considerar que el procedimiento de ejecución hipotecaria finaliza en el momento de la expedición del testimonio del decreto de ejecución. No podemos estar de acuerdo con esa postura, por cuanto que, desde nuestro punto de vista, existiendo trámites pendientes en el procedimiento (liquidación de intereses, entrega de la posesión al adjudicatario, tasación de costas, etc.) el procedimiento no está finalizado. Cuestión diferente es que se sitúe o no en esa actuación «el momento de no retorno», pero hablando propiamente el procedimiento no está terminado y no se produce el archivo definitivo, sino que se siguen practicando diligencias y actuaciones judiciales. Es el archivo definitivo del procedimiento el que determina su finalización y ello no se produce cuando se expide el decreto de adjudicación, sino mucho después cuando se han practicado todas esas actuaciones.

²⁴⁶ GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., «La sentencia de 28 de febrero de 2019 del Tribunal Constitucional: preclusión procesal, cosa juzgada y derecho de propiedad en la declaración de abusividad de una cláusula contractual», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 37, julio-diciembre, 2020, pp. 343-380.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 363-364.

García-Valdecasas también valora sobre la STC 31/2019 que la intervención del Tribunal Constitucional en los supuestos en los que esté en entredicho la primacía del Derecho de la Unión fortalece el funcionamiento correcto del sistema jurídico de la Unión y también puede prevenir un posible incumplimiento del Derecho europeo. La autora señala las dificultades que entraña para el órgano judicial nacional trasladar la respuesta que da el Tribunal de Justicia en una sentencia a un supuesto que no es idéntico, exigiendo interpretar el alcance del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, si resulta verdaderamente aplicable y asumiendo el riesgo de llegar a una interpretación que puede no ser la que perseguía el fallo de la sentencia o que puede contradecir el TJUE en una sentencia posterior. Se deduce que eso es lo que, a criterio de la autora, ha sucedido en la STC de 28 de febrero de 2019 y ofrece un remedio, la posibilidad de que sea el propio Tribunal Constitucional el que plantee la cuestión prejudicial sobre el alcance de una sentencia dictada por el TJUE para determinar la interpretación auténtica y comprobar verdaderamente si ha habido vulneración del principio de primacía²⁴⁸. Podría decirse que la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia en *Ibercaja Banco* viene a dar la razón a García-Valdecasas al fijar «el momento de no retorno» en la expedición del decreto de adjudicación.

El que parece ser último –o más bien, penúltimo– capítulo en esta controversia sobre el momento final para el planteamiento de la naturaleza abusiva de la cláusula de un contrato en el marco del procedimiento de ejecución ha sido constituido por la sentencia *Ibercaja Banco* de 17 de mayo de 2022 estableciendo que una vez adquirido el derecho de propiedad por un tercero ya no puede procederse en ese mismo procedimiento al examen del carácter abusivo de las cláusulas contractuales. El TJUE adopta una postura en consonancia con lo defendido por García-Valdecasas. Llama la atención que, si bien no actuó en este asunto como agente del Reino de España, sí consta en las conclusiones del Abogado General en *Ibercaja Banco* la cita al comentario de García-Valdecasas sobre la sentencia *Banco Primus*²⁴⁹.

Quedaría por determinar si se aplica el mismo criterio de la adquisición de la propiedad cuando el adjudicatario es la propia entidad ejecutante, es decir, el profesional que celebró con el consumidor el contrato que ha servido de base para la ejecución.

²⁴⁸ *Ibid.*, pp. 378-379.

²⁴⁹ En la nota 40 de sus conclusiones en *Ibercaja Banco*, el Abogado General sr. Tanehev cita la obra de García-Valdecasas que hemos referenciado anteriormente (*Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial de consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE*).

Por otro lado, la reciente sentencia del TJUE sobre la *reformatio in peius* ya generó antes de dictarse el interés y la expectación de nuestros autores ante la posibilidad de que el TJUE dejase de lado la prohibición de la *reformatio in peius* frente a la aplicación de la Directiva 93/13. En ese sentido, el profesor Juan Damián Moreno²⁵⁰, con toda razón, ya advirtió que «el tribunal de apelación, so pena de incurrir en incongruencia, no puede pronunciarse sobre los aspectos del proceso que hayan quedado fuera del debate de la segunda instancia por falta de impugnación. Aquellos pronunciamientos que no hayan sido objeto de recurso quedan pues consentidos y pasados en autoridad de cosa juzgada, todo ello en aplicación del principio “*tantum appellatum quantum devolutum*”». Como explica el profesor Damián la prohibición de *reformatio in peius* o reforma peyorativa impide al tribunal dictar una sentencia que agrave la situación ya reconocida por el juez de primera instancia y cuyo fundamento no es otro que el de evitar que la parte que no haya recurrido pueda obtener una ventaja procesal debido a su propia inactividad. El profesor Damián considera que «seguramente hay otros medios para resarcir a los ciudadanos de las decisiones judiciales equivocadas que no sea poniendo en riesgo todo un sistema de principios procesales tan firmemente arraigados como éste» y se pregunta «por qué el derecho procesal siempre tiene que acabar pagando los platos rotos»²⁵¹. Esa pregunta resulta clave para entender la visión procesalista que no comparte el cuestionamiento de los principios del proceso llevado a cabo en la jurisprudencia del TJUE, llegando este a desvirtuar algunos de dichos principios. Es perfectamente comprensible; podríamos decir que si determinadas reglas del juego dejan de aplicarse en según qué circunstancias y ese fenómeno va afectando cada vez a más reglas, llegará un momento que el juego se embarrulle de tal manera que el desorden impida su desarrollo. A lo largo de este trabajo hemos defendido la necesidad de flexibilización de determinados principios procesales dado el interés público inherente a la protección del consumidor. No obstante, creemos que esa flexibilización no puede confundirse con desmantelar el proceso. Defendemos la obligada actuación de oficio del juez, así como la adaptación del principio dispositivo, del principio de congruencia e, incluso, del principio de cosa juzgada, cuando se den determinadas circunstancias. Por el contrario, no encontramos justificación a dejar sin efecto la

²⁵⁰ DAMIÁN MORENO, J., «El Tribunal Supremo pregunta al TJUE sobre si la Directiva de cláusulas abusivas obliga a derogar la prohibición de *reformatio in peius*», *Almacén de Derecho*, 24 de febrero de 2020.

Disponible en: <https://almacenederecho.org/el-tribunal-supremo-pregunta-al-tjue-sobre-si-la-directiva-de-clausulas-abusivas-obliga-a-derogar-la-prohibicion-de-reformatio-in-peius> (última consulta: 18 de septiembre de 2023).

²⁵¹ *Ibid.*

prohibición de la *reformatio in peius*, pues se produce una alteración de las reglas del juego en otra instancia. La desvirtuación de los efectos de la cosa juzgada no se produce en la misma instancia como sucede en *Banco Primus* (ahora con el límite de la transmisión de la propiedad a un tercero conforme a *Ibercaja Banco*), sino que se lleva a cabo en una instancia superior generando una suerte de indefensión en la parte que confía en que un determinado pronunciamiento ha adquirido firmeza al no haber sido impugnado y se puede encontrar con el hecho de que el tribunal de apelación revoque ese pronunciamiento firme. Creemos que ello supone una vulneración de la tutela judicial efectiva del profesional de una trascendencia tal que no puede justificarse sobre la base del interés público de la protección de consumidores.

CAPÍTULO 11. LA REVISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES NACIONALES, ASÍ COMO DEL MONITORIO EUROPEO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TUTELA DEL CONSUMIDOR A RESULTAS DE LA DOCTRINA DEL TJUE

SUMARIO:

- 11.1 Introducción.
- 11.2 El procedimiento de ejecución hipotecaria. La gran convulsión: Aziz y sus consecuencias.
- 11.3 El procedimiento de ejecución extrajudicial.
- 11.4 El procedimiento monitorio.
 - 11.4.1 A nivel nacional.
 - 11.4.2 A nivel europeo.
- 11.5 El expediente de jura de cuentas español.
- 11.6 El procedimiento concursal.
- 11.7 Puntos controvertidos entre doctrina y jurisprudencia.

11.1 INTRODUCCIÓN

A lo largo de este capítulo vamos a examinar la doctrina del TJUE relativa a una serie de procedimientos nacionales: procedimiento de ejecución hipotecaria, procedimiento de ejecución extrajudicial, procedimiento monitorio, jura de cuentas y procedimiento concursal, así como en relación con el procedimiento monitorio europeo, deparando compatibilidades, en unos casos, e incompatibilidades, en otros. En el marco de ese examen tendremos la oportunidad de analizar, entre otras cuestiones, los aspectos que han sido

declarados incompatibles con el Derecho de la Unión y han dado lugar a sucesivas reformas legislativas, constituyendo la legislación procesal española el ejemplo más paradigmático al respecto. Muchas son las ideas que surgen a consecuencia de ese análisis; entre otras, la impresión de que todavía existen algunos procedimientos susceptibles de ser declarados contrarios a la Directiva 93/13 y a la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, así como que los Estados miembros, como regla general, suelen reformar sus legislaciones únicamente cuando la doctrina del TJUE es sentada al hilo de asuntos provenientes de sus tribunales, examinando sus normas. Esas conclusiones –junto con las alcanzadas en capítulos anteriores– van a dar pie a que la parte final de este trabajo sea dedicada a presentar una serie de propuestas de reformas legislativas pendientes que consideramos necesarias, principalmente a nivel de nuestra legislación procesal, pero también a nivel europeo.

Desde que hace treinta años la Directiva 93/13 vio la luz, el legislador español ha transpuesto su contenido y, posteriormente, con ocasión de determinados pronunciamientos del TJUE (*Banco Español de Crédito*, *Aziz*, *Sánchez Morcillo*, *BBVA*) ha llevado a cabo reformas legislativas puntuales. La tesis de nuestro trabajo defiende la necesidad de una incorporación sistemática y ordenada de la doctrina del Tribunal de Justicia en nuestra legislación, normativizando los pronunciamientos judiciales mediante la inclusión de disposiciones que los recojan y la modificación de aquellas disposiciones que continúan vigentes y son incompatibles con la Directiva 93/13, tal y como ha sido interpretada por el TJUE en estos más de veintitrés años transcurridos desde *Océano*.

11.2 EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. LA GRAN CONVULSIÓN: AZIZ Y SUS CONSECUENCIAS

A continuación, analizamos el trascendental asunto *Aziz*, así como *Banco Popular Español* y *Addiko Bank*, planteado este último en relación con el procedimiento de ejecución esloveno. Llama la atención que la legislación eslovena, algunos años después, presentaba el mismo problema que la española, por lo que a pesar de que *Aziz* fue muy comentado por los juristas de toda la Unión Europea, los legisladores de otros Estados miembros no adaptaron sus legislaciones a lo declarado por el TJUE.

Caso 132. *Aziz*¹: El procedimiento de ejecución hipotecaria español es incompatible con la Directiva 93/13 porque no prevé la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de cláusulas contractuales, dándose la circunstancia de que no le está permitido al juez que conoce del procedimiento declarativo sobre nulidad de las cláusulas contractuales abusivas la adopción de medidas cautelares, en especial, la suspensión de la ejecución.

Hechos. La petición se plantea en el marco del procedimiento declarativo ordinario tramitado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona a resultas de la demanda formulada con fecha de 11 de enero de 2011 por el Sr. Aziz contra la entidad bancaria Catalunyaacaixa en solicitud de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula de la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre el Sr. Aziz y dicha entidad bancaria y que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria que esta había iniciado en marzo de 2009 contra el Sr. Aziz que se estaba tramitando ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Martorell, habiéndose celebrado subasta y estando señalando el lanzamiento para el día 20 de enero de 2011 –lanzamiento que fue cumplimentado en dicha fecha–².

¹ Asunto C-415/11. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013. Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. EU: C:2013:164. La Abogada General Sra. Kokott presentó sus conclusiones en audiencia pública el 8 de noviembre de 2012.

² En julio de 2007, el sr. Aziz suscribió con Catalunyaacaixa, mediante escritura notarial, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. El inmueble que constituía dicha garantía era la vivienda familiar del Sr. Aziz, de la que era propietario desde 2003. El capital prestado por Catalunyaacaixa era de 138.000 euros. Debía amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007. El contrato de préstamo establecía en su cláusula 6 unos intereses de demora anuales del 18,75 % automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación. Además, la cláusula 6 bis de dicho contrato confería a Catalunyaacaixa la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo. Así mismo, la cláusula 15 del contrato, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no sólo la posibilidad de que Catalunyaacaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida. El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008 Catalunyaacaixa acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora. Tras requerir infructuosamente al Sr. Aziz el pago de lo debido, Catalunyaacaixa inició el 11 de marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas

Según la reformulación efectuada por el TJUE³, mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un

(presupuestos), es decir, el 30 % sobre el principal reclamado. El Sr. Aziz no compareció, por lo que en diciembre de 2009 el Juzgado ordenó la ejecución, no formulando oposición el Sr. Aziz. El 20 de julio de 2010 se celebró la subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta, por lo que, previa petición del ejecutante, el inmueble fue adjudicado a CatalunyaCaixa. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara a la entidad bancaria acreedora en el 50 % de su valor de tasación (97.200 euros). Así, el Sr. Aziz perdió la propiedad de su vivienda y seguía debiendo a la caja de ahorros más de 40.000 euros de principal, más la liquidación correspondiente a intereses y costas. Con fecha de 20 de enero de 2011, la comisión judicial habilitada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Martorell se personó en el inmueble a fin de llevar a cabo el lanzamiento, otorgando la posesión del mismo a la caja de ahorros adjudicataria. En consecuencia, el Sr. Aziz fue expulsado de su vivienda. No obstante, antes de esa fecha, el 11 de enero de 2011 el Sr. Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución. En este contexto, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva. En particular, señaló que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que por este motivo resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo. Además, el Sr. Fernández Seijo, titular del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, estimó que la resolución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta», contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor», previsto en el número 1, letra q), de dicho anexo. A su juicio, no está claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda sean compatibles con las disposiciones del anexo de la Directiva.

³ A nuestro modo de ver, la redacción de la primera cuestión tal y como fue presentada al TJUE por el juez remitente no se ajustaba formalmente a lo que prevé el artículo 267 TFUE, ya que rezaba así:

«Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignoralizados establecido en el artículo 695 ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos» (apartado 31 de la Sentencia). No se especifica disposición alguna concreta del Derecho de la Unión, sino más bien parece que se le pide al TJUE que interprete el Derecho nacional. Conforme al mecanismo de la cuestión prejudicial regulado por el artículo 267 TFUE lo que corresponde al TJUE es interpretar el Derecho de la Unión. No obstante, el TJUE, al margen de formalismos, captó perfectamente la trascendencia y razonabilidad del problema planteado por el juez español.

profesional, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final.

Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide fundamentalmente que se precisen los elementos constitutivos del concepto de «cláusula abusiva», en lo que atañe al artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva y al anexo de esta, para apreciar si tienen carácter abusivo las cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal y que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez.

Doctrina. Después de reproducir las premisas «clásicas» sobre la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor y sobre la obligada apreciación de oficio del juez del carácter abusivo de una cláusula contractual, el TJUE establece la clara diferenciación del asunto *Aziz* con los anteriores *VB Pénzügyi Lízing*⁴ y *Banco Español de Crédito*⁵ por cuanto que en el ahora comentado se trata de determinar las obligaciones que incumben al juez del proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, con el fin de que se garantice, en su caso, el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo y, por tanto, de la incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Dado que la regulación procesal de la cuestión responde al principio de autonomía procesal del Estado miembro, el TJUE tiene que comprobar si la normativa nacional cumple con los principios de equivalencia y efectividad. En cuanto al primero, no hay elementos indiciarios sobre su incumplimiento. En ese sentido, observa el TJUE que el juez del declarativo no puede adoptar medidas cautelares en relación con la ejecución hipotecaria no solo cuando aprecie que una cláusula tiene naturaleza abusiva, sino tampoco cuando aprecie que es contraria a normas nacionales de orden público⁶. No existe, pues, incumplimiento del principio de equivalencia por lo que el análisis se centra en el principio de efectividad.

Con respecto al principio de efectividad, el TJUE analiza los motivos de oposición previstos en el artículo 695 LEC, observando que cualquier otra reclamación se ventilará por el juicio que corresponda, no previéndose la suspensión de la ejecución hipotecaria. Además, señala el TJUE que las

⁴ Asunto C-137/08. STJUE de 9 de noviembre de 2010. *VB Pénzügyi Lízing*.

⁵ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

⁶ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013. *Aziz*, apdos. 51 y 52.

anotaciones preventivas de la demanda de nulidad de la hipoteca u otra causa⁷ posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación del artículo 133 de la Ley Hipotecaria.

En otras palabras, dado que al iniciarse la ejecución hipotecaria uno de los primeros trámites es anotar en el registro la certificación de cargas, todo lo que suceda después –como, por ejemplo, una anotación preventiva de demanda de nulidad de cláusulas contractuales por abusividad–, queda desvirtuado por el mandamiento de cancelación de cargas.

En base a todo ello, el TJUE deduce que en el sistema procesal español la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada, lo que constituye un supuesto extremadamente inusual o residual como lo califica el TJUE⁸.

En ese contexto, el TJUE declara que ese régimen procesal puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, porque no permite que el juez del declarativo adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final⁹, remitiéndose el TJUE a la sentencia *Unibet*¹⁰ que es paradigmática en relación con la justicia cautelar.

El TJUE continúa ofreciendo argumentos que sostienen ese razonamiento. Así, se refiere a que en todos los casos en los que se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión únicamente permite garantizar al consumidor una protección *a posteriori* meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. A ello añade el TJUE que al

⁷ En este caso estaría la anotación preventiva de la demanda de nulidad de cláusula contractual por su carácter abusivo.

⁸ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, apdos. 57 y 58.

⁹ *Ibid.*, apdo. 59.

¹⁰ Asunto C-432/05. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, *Unibet*.

tratarse de la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, el [hipotético] pago de una indemnización por daños y perjuicios no es un mecanismo adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda ¹¹.

En base a esos razonamientos, el TJUE declara que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos ¹².

Concluye el TJUE manifestando que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

En cuanto a la segunda cuestión, considera el TJUE que su competencia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», dando las indicaciones al juez remitente que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate. Siguiendo lo manifestado por la Abogado General en sus conclusiones ¹³, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido.

Después de hablar de criterios generales, el TJUE se centra en las cláusulas cuestionadas por el juez remitente. Así, declara lo siguiente:

a) En relación con la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, señala el TJUE que corresponde al juez remitente comprobar especialmente si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la

¹¹ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, apdo. 61.

¹² *Ibid.*, apdo. 63.

¹³ Asunto C-415/11. Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 8 de noviembre de 2012.

totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

b) En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, recuerda el TJUE que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

c) En relación con la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, señala el TJUE que, teniendo en cuenta el número 1, letra q), del anexo de la Directiva y los criterios establecidos en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de esta, el juez remitente deberá determinar si –y, en su caso, en qué medida– la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

De esa forma, concluye el TJUE la respuesta a esta segunda cuestión del Juzgado de lo Mercantil indicando que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que:

– El concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente

a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

– Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

– El artículo 3, apartado 3, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición únicamente contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Comentarios. La sentencia *Aziz* produjo un auténtico «terremoto» jurídico en nuestro país. Jerez Delgado¹⁴ considera que la mayor aportación científica que conlleva analizar el caso *Aziz* y su impacto en el Derecho interno radica en advertir cómo una Directiva que, en principio, contiene normas de Derecho sustantivo, acaba afectando de lleno al Derecho procesal, ámbito al que no estaba dirigida. Desde otra perspectiva, la importancia de esta sentencia a todos los niveles nos ha llevado a hablar del papel social del Tribunal de Justicia en España. Hay que situarse en el año 2013 con decenas de miles de lanzamientos para entender que fue una especie de rayo de esperanza para miles de familias. Es el ejemplo perfecto para explicar la grandeza del Derecho de la Unión y del mecanismo de la cuestión prejudicial: el juez nacional como juez europeo «lanza» la pregunta al Tribunal de Justicia que llevado por su activismo y atribuyéndose un rol que más bien correspondería al legislador español o al Tribunal Constitucional, desmonta un procedimiento judicial inquisitivo en la medida en que no permitía al ejecutado ejercer defensa alguna. A ello hay que añadir la trascendencia que ha tenido a nivel doctrinal en el conjunto de la Unión Europea. *Aziz* constituye una de las sentencias más relevantes del Derecho europeo de consumo y como tal es tratada por la doctrina europea. Sin embargo, hay un aspecto que desconocemos sobre los efectos de la sentencia *Aziz* y no podemos abordar en este trabajo. Nos cuestionamos si los demás legisladores de la Unión Europea han tomado nota, y, en su caso, han ido reformando sus respectivos procedimientos de ejecución hipotecaria, acomodándolos –de ser ello necesario– a la doctrina *Aziz*. No obstante, la propia jurisprudencia del TJUE nos ha proporcionado la información de que el legislador esloveno no lo hizo, siendo el mejor exponente

¹⁴ JEREZ DELGADO, C., y VERDÚN PÉREZ, F., «A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 15, número 1, marzo 2023, p. 448.

de ello la sentencia *Addiko Bank*¹⁵ de 26 de junio de 2019 (asunto C-407/18). Deseamos que los demás legisladores europeos no estén en esa situación, pero nos tememos que algunos sí lo estarán debido a que no prestan la debida atención a aquellas sentencias que resuelven cuestiones provenientes de otros países, a pesar de tratar problemas legislativos que también sufren los consumidores de sus respectivos países.

Por lo que se refiere al legislador español, es de reseñar que, como consecuencia de la sentencia del TJUE, se vio en la necesidad de modificar el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria previsto en la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8-1-2000), –en adelante, LEC–, aprovechando la ocasión para revisar también las normas ordinarias aplicables a toda ejecución judicial e incluso las reglas del procedimiento de venta extrajudicial ante notario. Estos cambios normativos fueron llevados a cabo a través de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15-5-2013)¹⁶, cuyo capítulo tercero trató las dos primeras cuestiones, es decir, las modificaciones del procedimiento de ejecución ordinaria y las del procedimiento de ejecución hipotecaria, si bien fue titulado «mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria», denominación errónea y que fue corregida por el propio legislador posteriormente¹⁷, pasando a denominarlo «mejoras en el procedimiento de ejecución» a secas –apelativo que abarca el procedimiento de ejecución ordinario y el hipotecario– por cuanto que dentro de ese capítulo tercero, como hemos apuntado, el legislador también incluía modificaciones de artículos correspondientes a la ejecución ordinaria.

Así, entre otras cuestiones, preveía la nueva causa de oposición en la ejecución ordinaria basada en que el título contenga cláusulas abusivas (causa 7.^a del apartado 1 del artículo 557 LEC) y las consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una o varias cláusulas en una ejecución ordinaria (art. 561,1, 3.º LEC). Por otro lado, también modificaba preceptos correspondientes a la normativa que recoge las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (arts. 681 a 698 LEC); en especial y como consecuencia directa de la sentencia *Aziz*, introducía la nueva causa de

¹⁵ Asunto C-407/18. STJUE de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*.

¹⁶ La exposición de motivos de la ley 1/2013 recoge expresamente que las modificaciones del procedimiento ejecutivo y del extrajudicial son consecuencia de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013.

¹⁷ Se modificó la rúbrica por la disposición final 17.1 de la Ley 8/2013, de 26 de junio. Ref. BOE-A-2013-6938.

oposición en la ejecución hipotecaria basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (art. 695.1.4.ª LEC), desarrollando así mismo los trámites de la oposición.

Es de hacer constar que nuestro Tribunal Constitucional había abordado en distintas ocasiones la posible infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del artículo 695 LEC y del procedimiento de ejecución hipotecaria –la última mediante auto 113/2011 de 19 de julio (ES: TC:2011:113A) inadmitiendo la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1.ª Inst. núm. 2 de Sabadell– concluyendo siempre el TC el pleno respeto de dicho principio constitucional por parte del artículo 695 LEC y del procedimiento de ejecución hipotecaria¹⁸.

Debemos detenernos en el hecho de que en la cuestión de inconstitucionalidad resuelta mediante el auto 113/2011 el juez de Sabadell planteaba ante el Tribunal Constitucional, entre otros motivos, la imposibilidad de examinar en sede de oposición de la ejecución posibles nulidades relativas al contenido abusivo de las cláusulas contractuales, con la remisión del ejecutado «a un ulterior proceso declarativo con una incidencia prácticamente nula en el desarrollo y efectos del proceso de ejecución hipotecaria»¹⁹. La extensa argumentación presentada por el Juez de Sabadell relacionaba, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE con el principio de igualdad del artículo 14 CE y con el derecho fundamental a una vivienda digna del artículo 47 CE, al tratarse del domicilio familiar del justiciable, cuestionando la inconstitucionalidad de los artículos 695, 579 y 698, todos de la LEC, al serle negado al ejecutado hipotecario cualquier posibilidad procesal sobre las circunstancias del impago, los posibles vicios del consentimiento existentes al tiempo de la suscripción del título o sobre la nulidad de algunas cláusulas por su carácter abusivo o desequilibrado²⁰. Por tanto, los argumentos coinciden en

¹⁸ El auto de 19 de julio de 2011 confirmaba la posición del Tribunal Constitucional en relación con el procedimiento de ejecución expresada en anteriores resoluciones como la STC 41/1981, de 18 diciembre (ES: TC:1981:41) y las posteriores SSTC 64/1985 de 17 de mayo (ES: TC:1985:64), 6/1992 de 16 de enero (ES: TC:1992:6) y 217/1993 de 30 de junio (ES: TC:1993:217). Conforme a dichas resoluciones, el procedimiento sumario, conocido como procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (precedente de la regulación actual de ejecución asegurada mediante hipoteca), no constituía una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución Española.

¹⁹ Antecedente 2 b) del auto 113/2011 de 19 de julio del Tribunal Constitucional.

²⁰ *Ibid.*, fundamento jurídico 1:

«[...] En síntesis el Juez proponente razona que la limitación de los motivos de oposición a la ejecución que establecen los preceptos legales cuestionados impiden al juzgador abordar, en el presente caso, el examen de los motivos aducidos por la parte ejecutada sobre la validez del negocio jurídico y sobre la concurrencia de los presupuestos del incumplimiento que determinan la ejecución de la garantía

gran parte con los examinados por el TJUE desde el punto de vista del cumplimiento del principio de efectividad con arreglo a la Directiva 93/13.

En relación con los motivos sobre la posible inconstitucionalidad de los artículos 698²¹ y 579²², ambos de la LEC, el TC consideró que no superaban el juicio de relevancia para su enjuiciamiento y, en relación con el artículo 695 LEC, remitiéndose a las sentencias del propio TC sobre dicho precepto que hemos mencionado anteriormente en nota, argumentó que, al quedar abierta la vía del juicio declarativo, la limitación de dicho precepto no vulnera el derecho a la defensa del artículo 24.1 CE y consideró notoriamente infundada la cuestión suscitada por el juez proponente.

Es decir, el TC entendió que los derechos del deudor hipotecario estaban asegurados a través de la posibilidad de iniciar el procedimiento declarativo ordinario y declaró que el derecho a la tutela judicial efectiva del deudor no era vulnerado por estas normas.

Además de inadmitir la cuestión, el TC hizo constar que «la cuestión de inconstitucionalidad no es el cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la inconstitucionalidad de un régimen o esquema legal [...]ni corresponde valorar a este Tribunal Constitucional por ser materia de la exclusiva competencia del legislador [...]»²³.

hipotecaria, sin que la remisión al procedimiento plenario que corresponda represente una efectiva garantía de protección de sus legítimos intereses, provocando, de este modo, la indefensión del ejecutado en relación con la protección del derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido en la Constitución. A ello añade la indefensión producida a la parte ejecutada en caso de insuficiencia solutoria del producto de la subasta del bien ejecutado como consecuencia de la ausencia de un trámite de oposición a la ejecución cuando ésta prosiga por el cauce del procedimiento de ejecución ordinario».

²¹ Con referencia a la remisión al juicio declarativo que corresponda el artículo 698 LEC (en su redacción vigente a la fecha de la cuestión de inconstitucionalidad que coincide con la redacción actual) disponía: «Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores.

1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.

La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias».

²² Con respecto a la continuación mediante el procedimiento ejecutivo ordinario cuando no se cubre el crédito tras subastar el bien hipotecado, el artículo 579 LEC, en su versión vigente a la fecha de la cuestión de inconstitucionalidad, disponía: «Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados.

Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

²³ Auto del TC núm. 113/2011, de 19 de julio. Fundamento jurídico 4 *in fine*.

Hemos de añadir que el Magistrado Sr. Gay Montalvo formuló voto particular concurrente en el sentido de que en base a la situación económica y financiera de aquel momento era necesario examinar si los preceptos cuestionados interpretados a la luz de ese contexto económico y social eran compatibles con los valores constitucionales.

Sin perjuicio de la responsabilidad del legislador en la elaboración de las normas procesales, dada la inacción de este, la falta de sensibilidad por parte del Tribunal Constitucional hacia la realidad social que se estaba viviendo en ese momento en España es seriamente criticable. Piénsese que en 2011 ya se estaban tramitando miles de ejecuciones en los juzgados españoles y la sociedad era consciente de la gravedad de la situación y de las especiales connotaciones que se habían dado en las hipotecas suscritas por los consumidores con las entidades bancarias, como lo demuestran las palabras contenidas en el voto particular.

Frente a ese inmovilismo del TC, el TJUE hizo gala de una extraordinaria sensibilidad hacia la situación que se ventilaba en el asunto *Aziz* y, a pesar de que en su sentencia no menciona expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva, basa su decisión en el hecho que la normativa española no se ajusta al principio de efectividad, en la medida que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos. El principio de efectividad se refiere a los mecanismos procesales previstos para el ejercicio por parte de los justiciables de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario y, como tal, desde nuestro punto de vista, el principio de efectividad es una garantía más de las que forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 47 de la Carta y por el artículo 19.1 párrafo 2.º del Tratado de la Unión Europea.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia, interpretando el Derecho de la Unión, se ha mostrado más garantista que el Tribunal Constitucional interpretando nuestro artículo 24 CE. Por tanto, la sentencia *Aziz* constata los beneficios de la confluencia de distintos catálogos de derechos fundamentales con sus respectivos intérpretes y constituye un ejemplo de que el llamado constitucionalismo multinivel no es tan solo una construcción teórica, sino que es una forma de entender la praxis judicial, reforzando las garantías del justiciable.

Aziz ha tenido un innegable efecto práctico –aunque indirecto– en el disfrute de derechos fundamentales como el derecho al respeto de la vida

privada y familiar y el derecho a una vivienda. Sobre la base del hecho de que la condición de consumidor es compartida por prácticamente todos los miembros de nuestra sociedad, la gravedad de la situación económica en la que esta sentencia se enmarca la ha dotado de un inmenso impacto social, que consolida en última instancia la percepción del Derecho europeo de consumo como una expresión de la protección de derechos y principios fundamentales individuales ²⁴.

Micklitz y Reich ²⁵ nos hablan de «la constitucionalización escondida» (*a hidden constitutionalization*) en *Aziz*. Si hubiera mencionado la Carta, el TJUE tendría que haber investigado el alcance del principio relativo al respeto del domicilio y de otros derechos fundamentales y podría haber sido utilizado para dar a la vivienda una dimensión constitucional más profunda. Según estos autores, la Abogado General y el TJUE trataron de edificar la dimensión constitucional en sus argumentos, siendo conscientes de esa dimensión constitucional detrás de *Aziz*. El TJUE hace hincapié en la finalidad para la que se había concedido el préstamo: el establecimiento de la vivienda familiar. Las razones para ese «enfoque encubierto» (*covert approach*) podrían radicar en la actitud del Tribunal Constitucional español que había confirmado la constitucionalidad del procedimiento de ejecución desde 1981. Una abierta constitucionalización de las cláusulas contractuales de *Aziz* hubiera forzado al TJUE a involucrarse en un diálogo constitucional con el Tribunal Constitucional español. Por otro lado, *Asbeek* ²⁶ demuestra que el TJUE es plenamente consciente de la dimensión de ciudadanía de los derechos de los consumidores (*citizenship dimension of consumer rights*), al resaltar la «necesidad esencial» para el consumidor-arrendatario de acceder a la vivienda. El TJUE es consciente del riesgo de convertir cada conflicto de Derecho privado en un conflicto constitucional. Manteniendo un perfil bajo, el TJUE es capaz de reforzar la dimensión constitucional sin abrir la caja de Pandora y preparar el terreno para que cada conflicto de Derecho privado adquiera una dimensión constitucional. No obstante, Micklitz y Reich se preguntan si ello es realmente satisfactorio y afirman que hubiera sido más convincente si el TJUE hubiera planteado abiertamente los pros y los contras, las posibilidades y los límites de la constitucionalización del Derecho privado.

²⁴ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis: *Aziz v. CatalunyaCaixa*», *Common Market Law Review*, 2014, 51, p. 974.

²⁵ MICKLITZ, H-W., y REICH, N., «The Court and Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 800-802.

²⁶ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

Caso 133. *Banco Popular Español* (también referenciado como *Banco Popular Español y Banco de Valencia*)²⁷: Idénticas conclusiones que en *Aziz*, alcanzadas en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y no de un declarativo como sucedía en *Aziz*, con particular referencia a los criterios para que el juez nacional pueda apreciar el posible carácter abusivo de la cláusula sobre vencimiento anticipado.

Hechos. Las cuestiones prejudiciales fueron interpuestas por dos juzgados de primera instancia en el marco de sendos procedimientos de ejecución hipotecaria formulados por Banco Popular Español, en un caso, y por Banco de Valencia, en el otro, contra los consumidores respectivos como consecuencia de haber impagado las cuotas del préstamo hipotecario que tenían suscrito²⁸.

Ambos órganos jurisdiccionales elevaron una serie de cuestiones –dos el de Catarroja y tres el de Palma de Mallorca– ante el TJUE. El TJUE agrupó las dos cuestiones del juzgado de Catarroja y las dos primeras del juzgado de Palma de Mallorca, analizándolas conjuntamente, considerando que los órganos jurisdiccionales querían saber si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa que no permite al juez que conoce de la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, ni

²⁷ Asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de noviembre de 2013. Banco Popular Español, S. A., contra Maria Teodolinda Rivas Quichimbo y Wilmar Edgar Cun Pérez (asunto C-537/12), y Banco de Valencia, S. A., contra Joaquín Valdeperas Tortosa y María Ángeles Miret Jaume (asunto C-116/13). Peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Catarroja (Valencia) y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca (Islas Baleares), EU: C:2013:759. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, a la que le fue asignado.

²⁸ En mayo de 2005 el Sr. Cun Pérez y la Sra. Rivas Quichimbo celebraron con la entidad Banco Popular un contrato de préstamo por importe de 107.300 euros garantizado por hipoteca constituida sobre la vivienda familiar. Al haber dejado de pagar las cuotas a partir de octubre de 2009, el Banco Popular formuló la correspondiente demanda de ejecución hipotecaria reclamando 97.667,49 euros de principal y 17.962,02 euros presupuestados para intereses y costas que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Catarroja. Al haberse personado la sra. Rivas Quichimbo a través del mecanismo de la asistencia jurídica gratuita, su letrado formuló oposición alegando en particular el carácter abusivo de la llamada «cláusula suelo» contenida en el contrato de préstamo. Banco Popular formuló la contestación a la oposición basándose en que ese motivo no figuraba dentro de las causas de oposición del artículo 695 LEC y por tanto que la deudora debía acudir al proceso declarativo correspondiente. Por otro lado, en julio de 2007 el Sr. Valdeperas Tortosa y la Sra. Miret Jaume suscribieron con el Banco de Valencia un contrato de préstamo hipotecario por importe de 300.000 euros a fin de financiar la compra de su vivienda familiar. El contrato contenía una cláusula de vencimiento anticipado que disponía que, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales por parte de los prestatarios, el banco podía resolver unilateralmente el contrato de préstamo sin previa notificación y exigir la devolución del capital, intereses y gastos. Entre otras circunstancias, el banco podía resolver anticipadamente el contrato por impago de una sola cuota. Al no haber abonado cuatro cuotas, el Banco de Valencia dio por vencido el préstamo y formuló demanda de procedimiento de ejecución hipotecaria cuya tramitación recayó en el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca para obtener el pago de 279.540,58 euros en concepto de principal y 83.862,17 euros en concepto de intereses y costas presupuestadas.

examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula. Con referencia a la tercera pregunta del juzgado de Palma de Mallorca, este pretendía del TJUE una interpretación del artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras e) y g) y 2, letra a) de su anexo, con el fin de apreciar el carácter abusivo o no de la cláusula sobre la que versa el litigio principal y que guarda relación con el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario.

Doctrina. El TJUE consideró que debía resolver mediante auto motivado en virtud del artículo 99 del Reglamento de Procedimiento. Ello por cuanto que la respuesta a las preguntas formuladas se deduce de la sentencia *Aziz*²⁹ a la que sistemáticamente, apartado tras apartado, se remite el auto comentado, reproduciendo párrafos de la sentencia *Aziz*, hasta el punto de que –salvo una cita de la sentencia *Banco Español de Crédito*³⁰– no menciona ninguna otra sentencia del TJUE cuando lo habitual es, incluso resolviendo mediante auto, la referencia a un variado conjunto de sentencias del Tribunal de Justicia. Por ello, a fin de evitar innecesarias repeticiones nos remitimos a lo expuesto sobre la doctrina del TJUE en la sentencia *Aziz*.

El TJUE contesta las dos preguntas del Juzgado de Primera Instancia de Catarroja y a las dos primeras de las formuladas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca manifestando que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, ni examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula³¹.

²⁹ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013. *Aziz*.

³⁰ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

³¹ Asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13. Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013. *Banco Popular Español*, apdo. 60.

El TJUE responde a la tercera pregunta formulada por el juzgado de Palma de Mallorca relativa a la cláusula de vencimiento anticipado afirmando que el artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13 y los puntos 1, letra e) y g) y 2) letra a) de su anexo deben interpretarse en el sentido de que, con el fin de examinar el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario, reviste, en particular, una importancia esencial: la cuestión de si la facultad del profesional de resolver unilateralmente el contrato depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista el carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate; la cuestión de si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo; la cuestión de si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio del derecho de defensa, y la cuestión de si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos de la resolución unilateral del contrato de préstamo, correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente realizar la pertinente apreciación en función de todas las circunstancias que concurran en el litigio del que conoce³².

Comentarios. Es de observar una diferencia relevante entre este auto y la sentencia *Aziz* consistente en que mientras el litigio principal de *Aziz* era el proceso declarativo ante el Juez de lo Mercantil para dilucidar el carácter eventualmente abusivo de determinadas cláusulas, los dos procedimientos principales que dan lugar al auto aquí comentado son dos procedimientos de ejecución hipotecaria.

Esa diferencia de contexto no obsta para que el TJUE en este auto haya efectuado una remisión reiterada y literal de los razonamientos expuestos en *Aziz* y haya formulado su respuesta en términos muy similares a cómo la evacuó en *Aziz*. De hecho, el contenido del apartado 1) de la parte dispositiva del auto relativa a la incompatibilidad del procedimiento de ejecución hipotecaria con la Directiva 93/13 es casi idéntico al que figura en el apartado 1) del fallo de la sentencia *Aziz* y por lo que se refiere a su declaración sobre la cláusula de vencimiento anticipado –contenida en el apartado 2) de la parte dispositiva del auto– reproduce lo que manifestó el TJUE en el apartado 73 de *Aziz*, determinando una serie de criterios que ayuden al juez nacional para apreciar el

³² *Ibid.*, apdos. 70 y 71.

posible carácter abusivo de la cláusula sobre vencimiento anticipado. No obstante, la sentencia *Aziz* era más amplia al referirse también a los intereses de demora y al pacto de liquidez. Por tanto, lo más relevante de esta resolución, desde nuestro punto de vista, es que lleva al marco del procedimiento de ejecución las mismas conclusiones alcanzadas anteriormente en el contexto de un procedimiento declarativo, situando a los jueces de ambos procedimientos en idéntica posición. Contemplado el problema desde la perspectiva de un procedimiento o del otro, el desenlace es el mismo. No existe una interrelación efectiva entre ambos procedimientos para que lo resuelto en el declarativo pueda tener plena eficacia en la ejecución hipotecaria, ya que no cabe la adopción de medidas cautelares en el declarativo que conlleven la suspensión de la ejecución mientras se tramita el declarativo por lo que no se asegura la efectividad de la resolución que recaiga en este. Ambos procedimientos funcionan como compartimentos estancos en perjuicio del declarativo, ya que se decida lo que se decida en este, únicamente va a proporcionar al deudor ejecutado una acción de reclamación de daños y perjuicios sin posibilidad de recuperar la vivienda, de forma que la ejecución hipotecaria constituye un mecanismo prácticamente «imparable», a pesar de la eventual existencia de cláusulas abusivas en el título que ha servido de base a la ejecución.

Caso 134. *Addiko Bank*³³: La legislación eslovena sobre ejecución forzosa es incompatible con la Directiva 93/13 y con el principio de efectividad porque el juez nacional no dispone de la posibilidad de examinar, ni a instancia del consumidor ni de oficio, si las cláusulas contenidas en el contrato de crédito hipotecario presentan un carácter abusivo ni de suspender sobre esta base la ejecución forzosa solicitada.

Hechos. La petición se planteó en el marco de un litigio entre los sres. Aleš y Jožef Kuhar, por una parte, y Addiko Bank d.d., banco esloveno, por otra, relativo a la ejecución forzosa de la deuda resultante de un contrato de crédito hipotecario celebrado mediante documento notarial directamente ejecutivo, concretamente, los consumidores, sin asistencia letrada, habían formulado un recurso en el que solicitaban la anulación del auto por el que se acordaba la ejecución forzosa³⁴.

³³ Asunto C-407/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 26 de junio de 2019. Aleš Kuhar, Jožef Kuhar contra Addiko Bank d.d. Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Apelación de Maribor, Eslovenia. EU: C:2019:537. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General sr. Saugmandsgaard al que le fue asignado.

³⁴ Los consumidores sres. Kuhar celebraron con la entidad bancaria un contrato de crédito hipotecario destinado a financiar la compra de una vivienda. Ello lo formalizaron mediante un documento notarial

El TJUE reformula la cuestión elevada por el tribunal esloveno en el sentido de considerar que el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13 debe interpretarse, con arreglo al principio de efectividad, en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el tribunal nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un contrato de crédito hipotecario, celebrado entre un profesional y un consumidor mediante un documento notarial directamente ejecutivo, no dispone de la posibilidad de examinar, ni a instancia del consumidor ni de oficio, si las cláusulas contenidas en ese documento presentan un carácter abusivo, en el sentido de dicha Directiva, y de suspender sobre esta base la ejecución forzosa solicitada.

Doctrina. El TJUE somete el asunto al tradicional test de los principios de equivalencia y de efectividad, centrándose en este último dado que no le consta información relativa a la vulneración del primero. El TJUE manifiesta que el control preventivo sobre la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas contenidas en documento notarial que ejercen los notarios no basta para garantizar la protección conferida por el Directiva 93/13³⁵.

El TJUE procede a comparar las características del proceso húngaro analizadas en el asunto *ERSTE Bank Hungary*³⁶ con los datos obrantes relativos al proceso esloveno³⁷. A diferencia de lo que ocurriría con el proceso húngaro, el

directamente ejecutivo. El crédito estaba denominado en francos suizos (CHF), pero los Sres. Kuhar debían reembolsarlo mediante el abono de cuotas mensuales en euros, al tipo de cambio de referencia del Banco Central Europeo (BCE) del día del pago. El tipo de interés estaba ligado a la tasa de referencia LIBOR CHF a seis meses. Los Sres. Kuhar incumplieron su obligación de pago y la entidad bancaria formuló la correspondiente demanda con base en la escritura notarial solicitando la ejecución forzosa de lo estipulado en dicho documento. El tribunal estimó la demanda de ejecución forzosa por un importe total de 128.765,66 euros. Los Sres. Kuhar, sin asistencia letrada, formularon ante dicho tribunal oposición al auto que acordaba la ejecución forzosa, alegando que la entidad bancaria no les había advertido debidamente del riesgo de cambio, lo que les había llevado a celebrar un contrato en el que algunas cláusulas tenían carácter abusivo y en virtud del cual deberían abonar en lo sucesivo una cantidad muy superior al crédito obtenido. El Tribunal Regional de Gornja Radgona desestimó dicha oposición y los Sres. Kuhar, sin asistencia letrada, interpusieron ante el tribunal remitente –Tribunal de Apelación de Maribor– un recurso en el que solicitaban la anulación del auto por el que se acordaba la ejecución forzosa. De la petición de decisión prejudicial se desprendía que el tribunal nacional consideraba abusiva la cláusula en cuestión –aunque se refiriera al objeto principal del contrato– por no ser clara ni comprensible. El problema estribaba en que el Derecho esloveno no contempla la suspensión del procedimiento de ejecución forzosa en caso de que el consumidor interponga una acción de nulidad basada en la existencia de una cláusula abusiva en el contrato que celebró con un profesional ni tampoco en términos prácticos se puede aplicar a este caso la suspensión de la ejecución prevista de forma genérica por la legislación eslovaca. Además, en este tipo de asuntos, el justiciable no goza en la práctica del derecho a la asistencia jurídica gratuita por lo que litiga sin asistencia letrada.

³⁵ Asunto C-407/18. STJUE de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*, apdos. 55 y 56.

³⁶ Asunto C-32/14. STJUE 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*.

³⁷ Asunto C-407/18. STJUE de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*, apdos. 57 y 58.

esloveno no establece en la práctica el derecho del consumidor a solicitar la suspensión, ni siquiera con carácter provisional, de la ejecución forzosa de un contrato de crédito hipotecario alegando que este incluye una cláusula abusiva, al someter dicha suspensión a condiciones que la hacen inviable para el consumidor (constitución de una garantía). En segundo lugar, el juez no puede controlar de oficio la naturaleza eventualmente abusiva de las cláusulas de dicho contrato y, en tercer lugar, de la petición de decisión prejudicial se desprende que existe un riesgo nada desdeñable de que, en el procedimiento de ejecución forzosa, los consumidores afectados renuncien a garantizar su defensa y a hacer valer plenamente sus derechos, habida cuenta de los gastos de representación letrada que el procedimiento supondría, comparados con el importe de la deuda de que se trate, y de la imposibilidad de solicitar asistencia jurídica gratuita³⁸. Además, el control que pueda hacer el juez que conoce del procedimiento posterior sobre la acción de nulidad de las cláusulas abusivas no garantiza la protección de la Directiva 93/13, ya que la ejecución del bien hipotecado se produciría antes que el dictado de la resolución en el procedimiento declarativo por lo que el consumidor solo dispone de la posibilidad de solicitar una reparación económica y no de mantener su vivienda. Ello lo afirma el TJUE remitiéndose a lo manifestado en el asunto *Banco Popular Español y Banco de Valencia*³⁹. Por todo ello, determina el TJUE que la legislación eslovaca se opone al principio de efectividad⁴⁰.

En los últimos apartados de la sentencia el TJUE responde al tribunal remitente sobre el hecho planteado por este de que la legislación eslovaca permita al juez, interpretando dicha legislación conforme al Derecho de la Unión Europea, suspender la ejecución.

Al respecto, el TJUE afirma que corresponde al tribunal remitente examinar si la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede efectivamente ser objeto de una interpretación conforme a la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, extraer las correspondientes consecuencias jurídicas⁴¹.

Por todo ello, concluye el TJUE que la Directiva 93/13 debe interpretarse, con arreglo al principio de efectividad, en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el tribunal nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un contrato de crédito hipotecario, celebrado entre un profesional y un

³⁸ *Ibid.*, apdos. 59 y 60.

³⁹ Asunto C-537/12 y C-116/13. Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013. *Banco Popular Español y Banco de Valencia*.

⁴⁰ Asunto C-407/18. STJUE de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*, apdo. 63.

⁴¹ *Ibid.*, apdos. 64 a 67.

consumidor mediante un documento notarial directamente ejecutivo, no dispone de la posibilidad de examinar, ni a instancia del consumidor ni de oficio, si las cláusulas contenidas en ese documento presentan un carácter abusivo, en el sentido de dicha Directiva, ni de suspender sobre esta base la ejecución forzosa solicitada⁴².

Comentarios. En primer lugar, es de observar que esta sentencia ejemplifica cómo la jurisprudencia del TJUE frecuentemente no es asimilada por los legisladores nacionales de los Estados miembros diferentes a aquel Estado en relación con cuya legislación se ha dictado el correspondiente pronunciamiento, ni siquiera aquellos pronunciamientos que han tenido mayor trascendencia como fue el caso de la sentencia *Aziz*⁴³. Ello representa, a nuestro modo de ver, un grave problema para el llamado Derecho europeo de consumidores: los logros obtenidos en sistemas legislativos nacionales a consecuencia de sentencias del TJUE no son «importados» por las legislaciones de otros Estados miembros.

El proceso de ejecución hipotecaria esloveno tiene el mismo problema que padecía el de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil cuando se dictó *Aziz*, es decir, no cabe la posibilidad práctica de suspender la ejecución forzosa a pesar de que el título en el que se fundamenta esta tenga cláusulas abusivas. Ello condiciona el pronunciamiento del TJUE y lo lleva a declarar la incompatibilidad de dicho procedimiento con el principio de efectividad y con la Directiva 93/13. No es óbice para dicho pronunciamiento que el juez remitente indique que la legislación eslovena puede interpretarse de manera conforme con el Derecho de la Unión, puesto que de ello la única consecuencia que deduce el TJUE es que le corresponde al juez remitente examinar si la normativa nacional controvertida puede ser objeto de una interpretación conforme con la Directiva 93/13 y, en su caso, extraer las consecuencias jurídicas, es decir, ante una legislación que es contraria al principio de efectividad y a la Directiva 93/13 el TJUE no puede hacer otra cosa que no sea declarar esa incompatibilidad y el juez será libre de buscarle la solución que considere oportuna al caso con arreglo a su criterio y en el marco de su legislación y su jurisprudencia, pero siempre que esa solución sea acorde con el pronunciamiento del TJUE que viene a proclamar que el juez que conoce de la demanda de ejecución forzosa tiene que tener la posibilidad de examinar, ya sea a instancia del consumidor o de oficio, si las cláusulas contenidas en el documento presentan un carácter abusivo y de suspender sobre esa base la ejecución forzosa.

⁴² *Ibid.*, apdo. 68.

⁴³ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.

Es de elogiar que el TJUE declare claramente la incompatibilidad de la legislación procesal eslovena, obligando de esa forma a que el legislador esloveno modifique esa normativa, puesto que si el TJUE hubiera facilitado otra solución menos enérgica a través de la interpretación conforme de los jueces, el legislador no se vería forzado a modificar esas disposiciones procedimentales, lo que es siempre negativo para los consumidores que quedan a expensas de que el juez de turno aplique la interpretación conforme o no la aplique.

Un segundo punto que merece la pena abordar y sobre el que el TJUE «pasa de puntillas» se refiere al hecho de que el artículo 8, cuarto guion, de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita⁴⁴ eslovena dispone que «no se concederá el beneficio de asistencia jurídica gratuita con arreglo a la presente Ley: - al deudor en los procedimientos de ejecución forzosa iniciados sobre la base de un título ejecutivo en el sentido de la Ley relativa a la Ejecución y a las Medidas Cautelares, a menos que dicho deudor alegue de forma creíble que existen motivos de oposición a la ejecución que constituyan un obstáculo a esta con arreglo a lo dispuesto en la Ley relativa a la Ejecución y a las Medidas Cautelares». El propio juzgado remitente indica que esa falta de concesión de la asistencia jurídica gratuita y la precaria situación económica hacen que en la mayoría de los casos el deudor no esté asesorado jurídicamente, lo que también conlleva el riesgo de que por desconocimiento el deudor ni siquiera presente una demanda de suspensión de la ejecución o que tal demanda sea tan incompleta que esté condenada al fracaso.

La no concesión de asistencia jurídica gratuita es utilizada por el TJUE únicamente como un dato más a la hora de analizar el incumplimiento del principio de efectividad. Sin embargo, hubiera resultado interesante que el TJUE hubiera profundizado en esa cuestión desde otra perspectiva. En base a los escasos datos que se facilitan en la sentencia, da la impresión de que es precisamente en las ejecuciones hipotecarias en las que se deniega la asistencia jurídica gratuita al justiciable esloveno. Ello puede responder a una idea latente en muchas legislaciones con arreglo a la cual, al tratarse de un procedimiento sumario, el deudor va a utilizar esa asistencia jurídica a los únicos efectos de alargar el procedimiento⁴⁵. Con independencia de la posible infracción de los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de

⁴⁴ Asunto C-407/18. STJUE de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*, apdo. 18.

⁴⁵ Una idea similar es la que inspira el desigual sistema de recursos previsto en el artículo 695.4 LEC en virtud del cual el acreedor hipotecario tiene más posibilidades de recurso que el deudor hipotecario, lo que parece vislumbrar la idea del legislador de que el deudor hipotecario utiliza el mecanismo del recurso de apelación para retrasar el resultado del procedimiento, configurándose un sistema contrario al derecho constitucional de defensa y de igualdad de armas (embebidos en el artículo 24.2 C. E.) y al principio de igualdad (art. 14 C. E.).

la legislación nacional eslovaca que proteja el acceso a los tribunales, visto el problema desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, parece que existe una infracción de los apartados 3 y 1 del artículo 47 de la Carta en conexión con la Directiva 93/13. Ello lo decimos porque es precisamente en los supuestos de ejecución forzosa iniciados sobre la base de un título ejecutivo donde se deniega la asistencia jurídica gratuita. En otras palabras, va a afectar fundamentalmente a los supuestos de contratos notariales ejecutivos, pudiéndose deducir que en su mayoría han sido suscritos por consumidores, en donde figurarán cláusulas cuya naturaleza abusiva podría ser apreciada⁴⁶. Por tanto, podía constituir ese dato una circunstancia que, autónomamente, podría ser objeto de reproche desde el punto de vista del artículo 47 de la Carta en conjunción con la Directiva 93/13. Pero incluso permitiría abordar otra perspectiva que vamos a plantear. Se podría analizar la infracción del principio de equivalencia⁴⁷ en la medida en que parecería deducirse⁴⁸ que para los demás procedimientos el justiciable esloveno tiene derecho a la justicia gratuita y es en el marco de los procedimientos de ejecución, vinculados a documentos notariales ejecutivos y, por tanto, a la posibilidad de existencia de cláusulas abusivas donde se impide al justiciable el acceso a la justicia gratuita generando una discriminación hacia esa situación en la que los justiciables pretender ejercitar los derechos conferidos por el Derecho de la Unión, concretamente por la Directiva 93/13. Es evidente que para poder entender lesionado el principio de equivalencia, las exigencias de este han de ser configuradas en un sentido amplio, incluyéndose como infracción del mismo supuestos de discriminación indirecta entre los medios de defensa previstos para situaciones sometidas al Derecho interno y los previstos para situaciones sometidas al Derecho de la Unión. El objetivo de proporcionar una verdadera protección a los consumidores podría justificar esa configuración amplia del principio de equivalencia.

Es muy conveniente que el TJUE entre en las cuestiones sobre justicia gratuita y las tasas judiciales —como hizo en *Profi Credit Polska*⁴⁹ y no hizo

⁴⁶ De la misma forma que en otros ámbitos del Derecho de la Unión se habla de discriminación indirecta porque hay una normativa que contiene una regulación aparentemente neutra, pero que en realidad coloca en situación de desventaja a determinadas personas, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita eslovena al impedir en su artículo 8 el acceso a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de ejecución forzosa iniciados sobre la base de un título ejecutivo a quién afecta fundamentalmente es a los consumidores-ejecutados demandados por impago de créditos hipotecarios.

⁴⁷ Dice el TJUE en la sentencia que no dispone de ningún dato que suscite dudas en cuanto a la conformidad con dicho principio de la normativa nacional controvertida en el litigio principal.

⁴⁸ Lógicamente sería necesario tener datos de los que no disponemos sobre el contenido de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita eslovena.

⁴⁹ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska*.

en *Nóra Baczso*⁵⁰—, puesto que son aspectos que afectan al derecho fundamental de acceso a la justicia y que cuando están en juego derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (Directiva 93/13 u otro instrumento del ámbito de consumidores, por ejemplo) dejan de ser cuestiones que pertenezcan exclusivamente al derecho interno para convertirse en aspectos por los que tiene que velar el TJUE cuando examine las circunstancias concurrentes en el litigio principal y si suponen una infracción del derecho de acceso a la justicia, hacerlo constar en la sentencia. Prueba de la dificultad de detectar ese tipo de problemas lo constituye el hecho de que en un estudio sobre la aplicación y la efectividad del Derecho de consumidores dirigido por el profesor Micklitz y la profesora Geneviève Saumier en el que se ha recabado a prestigiosos especialistas de diferentes países información sobre una serie de aspectos concernientes a dicha aplicación entre los que se encuentra la asistencia jurídica gratuita en los litigios de consumidores, al exponer la situación en Eslovenia, las autoras de dicho capítulo, la antigua Abogada General Sra. Trstenjak y la profesora Petra Weingerl,⁵¹ no mencionan la imposibilidad práctica de obtener asistencia jurídica gratuita por los consumidores demandados en ejecuciones hipotecarias, tal y como se constata en la sentencia que ahora comentamos, coincidiendo aparentemente la vigencia de dicha disposición con la fecha en la que se hace el estudio (2018), sin perjuicio de que al tratarse de Derecho nacional esloveno nos limitamos a reflejar lo que se expone en la sentencia y lo que se manifiesta en el citado estudio, sin poder garantizar la correlación entre una y otro.

11.3 EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

El TJUE ha analizado la posible incompatibilidad con la Directiva 93/13 del procedimiento de ejecución extrajudicial previsto por las legislaciones eslovaca, húngara y española, llegando en los tres casos a la conclusión de su compatibilidad. A continuación, analizamos los motivos en los que se amparó el TJUE para ello.

⁵⁰ Asunto C-567/13. STJUE de 12 de febrero de 2015, *Nóra Baczó*.

⁵¹ TRSTENJAK, V., y WEINGERL, P., «Enforcement and Effectiveness of Consumer Law in Slovenia», en *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, dir. por Hans-W Micklitz y Geneviève Saumier, Springer, Cham (Suiza), 2018, p. 554. En el epígrafe 5.2 «Free Legal Aid», se hace referencia a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (*Zakon o brezplačni pravni pomoči*), comentando el funcionamiento del sistema en Eslovenia con relación a consumidores, pero sin mencionar la limitación recogida en dicha ley para el deudor en los procedimientos de ejecución forzosa que presumiblemente puede afectar a un buen número de consumidores.

Caso 135. *Kušionová*⁵²: La legislación eslovaca sobre ejecución extrajudicial es compatible con la Directiva 93/13 siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al juez nacional.

Hechos. La petición se formula en el marco de un litigio a resultas de la demanda formulada por la consumidora contra la entidad financiera sobre las modalidades de ejecución de una garantía derivada de un contrato de préstamo hipotecario y la eventual naturaleza abusiva de ciertas cláusulas en él contenidas⁵³.

Según la reformulación efectuada por el TJUE, a través de las tres primeras cuestiones, el tribunal remitente preguntaba, en sustancia, si, a la luz de los artículos 38 y 47 de la Carta, las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la discutida en el litigio principal, que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor. En caso de respuesta afirmativa ese tribunal quiere saber

⁵² Asunto C-34/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2014. Monika Kušionová contra SMART Capital, a.s.. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Krajský súd v Presove (Eslovaquia). EU: C:2014:2189. Este asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr Wahl al que le fue asignado el mismo.

⁵³ En febrero de 2009 la consumidora Sra. Kušionová concluyó con la entidad financiera SMART Capital un contrato de crédito al consumo por importe de 10.000 euros. Para asegurar ese crédito se constituyó una garantía inmobiliaria sobre la vivienda familiar en la que residía la consumidora. Esta presentó ante el Okresný súd Humenné (tribunal de distrito de Humenné) una demanda de anulación del contrato de crédito y del contrato constitutivo de la garantía contra SMART Capital, invocando el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que la vinculaban con esa empresa. El referido tribunal de primera instancia anuló en parte el contrato de crédito, declarando abusivas algunas cláusulas contractuales y declaró nulo en su integridad el contrato de constitución de garantía. Ambas partes interpusieron un recurso de apelación contra esa sentencia ante el Krajský súd v Prešove (tribunal regional de Prešov). El tribunal remitente trata de determinar si una de las cláusulas del contrato constitutivo de la garantía, a saber, la referida a la ejecución extrajudicial de la garantía constituida sobre el bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor tiene carácter abusivo y recuerda que esa cláusula permite al acreedor ejecutar la garantía constituida sin mediar control jurisdiccional. En el contexto de esa apreciación el tribunal remitente observa una dificultad adicional, ya que la cláusula controvertida deriva de una norma legal, a saber, el artículo 151j del Código Civil. Ante las dudas en la interpretación del Derecho de la Unión, el tribunal remitente suspendió el procedimiento y planteó la cuestión prejudicial. Las preguntas planteadas por el juzgado remitente tenían algunas lagunas y además se referían a la Directiva 2005/29 relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior sin explicar las razones por las que su interpretación es necesaria para la solución del litigio principal ni tampoco de qué forma el procedimiento de ejecución extrajudicial puede constituir una práctica comercial desleal. Por esa razón, el TJUE reformuló las preguntas efectuadas, interpretó el artículo 47 de la Carta —no aludido por el juzgado remitente en sus preguntas—, además del artículo 38 del mismo texto, y respondió a las preguntas sobre la Directiva 93/13, pero no a las referidas a la Directiva 2005/29.

si, conforme a la jurisprudencia nacida de la sentencia *Simmenthal*⁵⁴, debe dejar inaplicada esa normativa interna.

El Tribunal de Justicia analizó la normativa nacional al respecto, teniendo especial consideración con el hecho de que según el Código de Procedimiento Civil eslovaco el juez puede imponer a una parte medidas provisionales para que ejecute un acto, se abstenga de un acto o lo consienta⁵⁵.

En ese contexto legal, si el objeto de la venta en subasta es un inmueble, el desarrollo de la venta debe consignarse en un acta notarial⁵⁶ y, en caso de infracción de las disposiciones de aplicación, la persona que se estime perjudicada puede solicitar al juez que declare la nulidad de la venta en subasta. Esa acción se extingue en el plazo de 3 meses siguientes a la adjudicación, salvo que la causa de anulación esté relacionada con la comisión de un delito y se trate del domicilio oficial del deudor⁵⁷. En caso de venta de un bien en subasta, el propietario precedente está obligado a entregar sin demora indebida el objeto de la venta en subasta, previa presentación de la copia certificada conforme al acta notarial y justificación de la identidad del adjudicatario conforme a las condiciones enunciadas en el anuncio de venta pública⁵⁸.

Mediante la cuarta pregunta el tribunal remitente quería saber, en sustancia, si el artículo 4 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una cláusula contractual incluida en un contrato concluido por un profesional con un consumidor aun cuando el contenido de esa cláusula deriva de una disposición legal. No obstante, a tenor de las referencias efectuadas por el tribunal remitente en esa pregunta, el TJUE observa que la misma debe considerarse referida al artículo 1, apartado 2 de la Directiva 93/13.

A resultas de las preguntas anteriores y, por tanto, de la posibilidad de que el TJUE hubiera concluido que las disposiciones de la Directiva 93/13 fuesen interpretadas en el sentido de que la ejecución por vía extrajudicial de una garantía deba ser precedida obligatoriamente de un control jurisdiccional, el Gobierno eslovaco solicitó al TJUE la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia. Al respecto, contestó el TJUE al final de la sentencia que no había lugar a pronunciarse sobre dicha petición al tenor de la respuesta dada a las tres primeras preguntas⁵⁹.

⁵⁴ Asunto 106/77. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978. *Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal*. Petición de decisión prejudicial planteada por la Pretura di Susa, Italia, EU: C:1978:49.

⁵⁵ Asunto C-34/13. STJUE de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*, apdo. 14.

⁵⁶ *Ibid.*, apdo. 19.

⁵⁷ *Ibid.*, apdo. 20.

⁵⁸ *Ibid.*, apdo. 23.

⁵⁹ *Ibid.*, apdos. 81 y 82.

Doctrina. En relación con las preguntas primera a tercera, el Tribunal de Justicia advirtió que en lo que atañe a la ejecución de garantías ligadas a los contratos de préstamo concluidos por los consumidores, era necesario observar que la Directiva 93/13 no contiene ninguna precisión sobre la ejecución de las garantías⁶⁰.

El Tribunal de Justicia analizó si los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico interno superaban el principio de equivalencia y el principio de efectividad.

En relación con el principio de equivalencia el TJUE manifiesta no disponer de ninguna información que pueda suscitar dudas sobre la conformidad de la normativa controvertida en el litigio principal con el principio de equivalencia por lo que pasó a analizar el principio de efectividad. Así, tuvo en cuenta que la legislación interna preveía que una venta en subasta puede ser impugnada en un plazo de 30 días a partir de la notificación de la ejecución de la garantía y que la persona que se oponga a las modalidades de esa venta dispone de un plazo de tres meses desde la adjudicación para actuar⁶¹. El TJUE recuerda que el respeto al principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor. En especial, el Tribunal de Justicia consideró que el juez nacional competente puede adoptar toda medida provisional que prohíba continuar la ejecución de tal venta⁶² y, tras una modificación legislativa operada, también puede declarar la nulidad de la venta, en caso de impugnación de la validez de la cláusula de garantía, colocando al consumidor retroactivamente en una situación casi análoga a la inicial y no limita, por tanto, la reparación de su perjuicio en caso de ilicitud de la venta únicamente a una compensación económica⁶³.

Llegado a este punto y antes de proporcionar la conclusión definitiva, el TJUE lleva a cabo una serie de declaraciones muy interesantes relativas a la importancia de que el bien objeto del [hipotético]⁶⁴ procedimiento de ejecución extrajudicial de la garantía es la vivienda familiar del consumidor, remitiéndose a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al artículo 7 de la Carta (respeto a la vida privada y familiar).

⁶⁰ *Ibid.*, apdo. 49.

⁶¹ *Ibid.*, apdo. 55.

⁶² *Ibid.*, apdo. 60.

⁶³ *Ibid.*, apdo. 61.

⁶⁴ No hay que olvidar que, a diferencia de otros asuntos trascendentales de la jurisprudencia del TJUE, el litigio principal no se desarrolla en el marco de una ejecución, sino en el de un procedimiento relativo a la declaración de nulidad por abusivas de determinadas cláusulas de un contrato y de declaración de nulidad del contrato constitutivo de la garantía.

Recuerda el TJUE que la pérdida de la vivienda familiar no solo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores, sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada.

Además, el TJUE se remite a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, afirma que el TEDH ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida, haciendo detallada referencia a las sentencias del TEDH, *McCann c. Reino Unido*, dictada el 13 de mayo de 2008, demanda núm. 19009/04, apartado 50, y *Rousk c. Suecia*, dictada el 25 de julio de 2013, demanda núm. 27183/04, apartado 137.

Volviendo al Derecho de la Unión, el TJUE declara que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13. Para terminar con ese conjunto de observaciones relativas a la importancia que tiene la vivienda familiar, el TJUE alude a la ya célebre sentencia *Aziz*⁶⁵ y manifiesta que en relación, especialmente, con las consecuencias que genera el desahucio del consumidor y de su familia de la vivienda que es su residencia principal, el Tribunal de Justicia ya ha destacado la importancia de que el juez nacional competente disponga de medidas cautelares que puedan suspender o contrarrestar un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria cuando la concesión de dichas medidas se manifieste necesaria para garantizar la efectividad de la protección pretendida por la Directiva 93/13⁶⁶.

La posibilidad de que el juez nacional competente ordene la medida provisional antes referida en orden a prohibir la ejecución de la venta en subasta constituye para el TJUE un medio adecuado y eficaz de hacer cesar la aplicación de cláusulas abusivas⁶⁷.

Concluye el TJUE que las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la discutida en el litigio principal que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente

⁶⁵ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013. *Aziz*.

⁶⁶ Asunto C-34/13. STJUE de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*, apdos. 62 a 66.

⁶⁷ *Ibid.*, apdo. 67.

difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente⁶⁸.

Por lo que se refiere a la cuarta cuestión prejudicial, el TJUE recuerda que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 establece una exclusión del ámbito de aplicación de esta que abarca las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas y que, atendiendo al objetivo de la Directiva, que es la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas insertadas en los contratos concluidos por los profesionales con estos últimos, dicha exclusión, al igual que todas, es de interpretación estricta.

El TJUE se remite a la sentencia *RWE Vertrieb*⁶⁹ para declarar que resulta que esa exclusión requiere la concurrencia de dos condiciones: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y esta debe ser imperativa. También señala el TJUE que para determinar si una cláusula contractual está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional comprobar si esa cláusula refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa⁷⁰.

El TJUE manifiesta que el artículo 1, apartado 2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que figura en un contrato concluido por un profesional con un consumidor está excluida del ámbito de aplicación de esa Directiva únicamente si dicha cláusula contractual refleja el contenido de una disposición legal o reglamentaria imperativa, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente⁷¹.

Comentarios. En *Kušionová* el Tribunal de Justicia tiene que examinar por vez primera la compatibilidad o no con el Derecho de la Unión, en particular con la Directiva 93/13, de una normativa nacional –la legislación eslovaca– que prevé la ejecución extrajudicial del inmueble ofrecido por el consumidor en garantía del pago del préstamo sin la intervención de un órgano jurisdiccional. El TJUE considera que el procedimiento de ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble previsto en la legislación eslovaca no es incompatible con la Directiva 93/13, siempre que no vulnere el principio de efectividad, es decir, siempre que esa normativa nacional no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos

⁶⁸ *Ibid.*, apdo. 68.

⁶⁹ Asunto C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*.

⁷⁰ Asunto C-34/13. STJUE de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*, apdos. 76 a 79.

⁷¹ *Ibid.*, apdo. 80.

atribuidos por la Directiva 93/13, haciendo recaer la decisión al respecto en el juez nacional. En este asunto surgen y son resueltos por el Tribunal de Justicia algunos de los interrogantes que se plantean posteriormente tanto en relación con el procedimiento de ejecución extrajudicial húngaro en *ERSTE Bank Hungary*⁷² como en relación con el proceso de ejecución extrajudicial español en *Banco Santander*⁷³.

En definitiva, se discute la posible obligatoriedad del control jurisdiccional en el proceso de ejecución extrajudicial. Ya en *Kušionová* el TJUE manifiesta su postura al respecto –que reitera en *ERSTE Bank Hungary* y en *Banco Santander*– en el sentido de negar dicha exigencia, si bien resulta preceptivo que la legislación nacional habilite medios procesales para que el consumidor pueda acudir a la tutela judicial para denunciar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que sirve de base a la ejecución extrajudicial y, además, en orden a que el juez que conoce de esa reclamación pueda adoptar medidas provisionales a fin de suspender la continuación de la ejecución extrajudicial, lo que resulta trascendental.

Es, por tanto, clave esta sentencia en la medida en que da una respuesta concreta y categórica al problema planteado. Otra hipotética postura como la de exigir ese control jurisdiccional obligatorio de la ejecución extrajudicial hubiera complicado la viabilidad de la utilización del procedimiento de ejecución extrajudicial en la medida en que la intervención judicial conllevaría una dilación temporal, lo que afectaría a uno de los aspectos más atractivos de la ejecución extrajudicial que es su duración.

Cualquier posición al respecto tiene argumentos defendibles, pero lo que resulta evidente es que la solución adoptada por el TJUE ha de ir acompañada, como exponemos en otros capítulos de este trabajo, de disposiciones internas que garanticen de forma real y efectiva el derecho a la tutela judicial del consumidor ejecutado, lo que no siempre sucede. Otro aspecto muy interesante de esta sentencia se refiere a las declaraciones del TJUE sobre la importancia de que el objeto de una hipotética ejecución sea la vivienda familiar del consumidor. Llama la atención que esas declaraciones se hayan efectuado en el marco de un procedimiento de nulidad de cláusulas abusivas y no de ejecución de la vivienda habitual o familiar. Para explicar dicha importancia, el TJUE alude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al artículo 7 de la Carta y a la sentencia *Aziz*. Como vemos, tres referencias altamente significativas.

⁷² Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*.

⁷³ Asunto C-598/15. STJUE de 7 de diciembre de 2017, *Banco Santander*.

Ejemplo de la relevancia de estas remisiones y de la trascendencia de la propia sentencia lo constituye el hecho de que el legislador español se refiere a la sentencia *Kušionová* en el preámbulo de la ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario para proclamar que la vivienda está reconocida como un derecho fundamental en el Derecho de la Unión Europea, mencionando expresamente el apartado 65 de la sentencia conforme al cual «en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13»⁷⁴.

También la doctrina se ha encargado de analizar esas referencias efectuadas en la sentencia *Kušionová* y en este sentido hemos de mencionar los comentarios de Rutgers⁷⁵ sobre la relación que plantea el TJUE en *Kušionová* entre el artículo 7 de la Carta y las cláusulas abusivas. Al haber partido el TJUE en *Kušionová* de la necesidad de aplicar el artículo 7 de la Carta en el contexto de las ejecuciones derivadas de contratos en los que puedan existir cláusulas abusivas, correspondiéndose dicho artículo 7 de la Carta con el artículo 8 del CEDH y, en consecuencia, con la interpretación de este por parte de la jurisprudencia del TEDH, un juez nacional debería tener esta última en consideración a la hora de interpretar la Directiva de cláusulas abusivas. También afirma Rutgers que a pesar del planteamiento del TJUE, ello tiene mucho menos impacto en la resolución del asunto por parte del propio TJUE que lo que en principio podía esperarse⁷⁶. Según Rutgers, el TJUE en *Kušionová* evita la cuestión del efecto directo horizontal de los derechos humanos, dando instrucciones al juez nacional en el sentido de considerar el artículo 7 de la Carta al interpretar la Directiva 93/13. De esa forma, el TJUE está cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 51 de la Carta que establece como destinatarios de la Carta a las instituciones y Estados miembros de la U. E. cuando aplican el Derecho de la Unión⁷⁷.

Es de tener en cuenta que en las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales⁷⁸, se declara que los derechos garantizados en el artículo 7 de la Carta corresponden a los que garantiza el artículo 8 del CEDH, teniendo este derecho (respeto de la vida privada y familiar) conforme al artículo 52.3 de la Carta, el mismo sentido y alcance que en el artículo 8 del CEDH y, en

⁷⁴ Párrafo segundo del apartado III del preámbulo de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

⁷⁵ RUTGERS, J., «The right to housing (article 7 of the Charter) and the unfair terms in general conditions», en *European Contract law and the Charter of Fundamental Rights*, dir. por Hugh Collins, Intersentia, Cambridge, 2017, pp 125-137.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 136.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 126.

⁷⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 14 de diciembre de 2007, (2007/C 303/02).

consecuencia, las limitaciones de que puede ser objeto legítimamente son las mismas que las toleradas en el marco del artículo 8 CEDH. Es decir, aun sin decirlo expresamente, el artículo 7 de la Carta tendría las mismas limitaciones que se recogen en el apartado segundo del artículo 8 del CEDH⁷⁹.

En *Kušionová* se percibe la carga «social» y «constitucional» de las declaraciones del TJUE al relacionar los artículos 7 (respeto de la vida privada familiar), 38 (protección de los consumidores) y 47 (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial) de la Carta con los derechos de los consumidores dispuestos por la Directiva 93/13, así como la jurisprudencia del TEDH con la del TJUE.

No obstante, el TJUE no va más allá de extremar las garantías procedimentales al estar en juego la vivienda familiar por las implicaciones de su importancia. En otras palabras, el TJUE tiene en cuenta las limitaciones del respeto a la vida familiar, en particular, podríamos referirnos al «bienestar económico del país», de forma que el consumidor deudor no tiene derecho a mantenerse en la posesión de la vivienda familiar una vez finalizado exitosamente el procedimiento de ejecución con su corolario que es el lanzamiento del ejecutado y simultánea toma de posesión por parte del adjudicatario, aunque sí tiene derecho el ejecutado a que el ordenamiento jurídico refuerce las garantías procesales durante todas las fases del procedimiento, no pudiéndose poner en peligro el funcionamiento de la economía de un país que precisa que las garantías sean utilizadas para el fin con el que se constituyeron cuando se produce el evento previsto en las mismas.

En otro orden de cosas, puede criticarse que el TJUE haya hecho referencia a la premisa de que «el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor» –utilizada en *Asturcom Telecomunicaciones*⁸⁰–, en un supuesto en el que ha sido el consumidor el que ha tomado la iniciativa para conseguir la nulidad del contrato antes de que una ejecución fuese iniciada⁸¹.

⁷⁹ Artículo 8 CEDH: «Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

⁸⁰ Asunto C-40/08. STJUE de 6 de octubre de 2009. *Asturcom Telecomunicaciones*.

⁸¹ DELLA NEGRA, F., «The Uncertain Development of the Case Law on Consumer Protection in Mortgage Enforcement Proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová», *Common Market Law Review*, vol. 52, núm. 4, agosto, 2015, p. 1023.

Caso 136. *ERSTE Bank Hungary (contra Attila Sugár)*⁸²: La legislación húngara sobre ejecución notarial es compatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13.

Hechos. La petición del tribunal húngaro se presentó en el marco de un litigio que versaba sobre una demanda de un consumidor instando la cancelación de la apostilla ejecutiva que mediante acto notarial se había insertado en un reconocimiento de deuda emitido por el propio consumidor en relación con un contrato de préstamo y un contrato de garantía hipotecaria celebrado con la entidad ERSTE Bank⁸³.

⁸² Asunto C-32/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2015. ERSTE Bank Hungary Zrt. contra Attila Sugár. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Fővárosi Törvényszék (tribunal de Budapest), Hungría. EU: C:2015:637. El Abogado General Sr. Cruz Villalón presentó sus conclusiones en audiencia pública el 25 de junio de 2015.

⁸³ El 18 de diciembre de 2007, ERSTE Bank Hungary y el consumidor Sr. Attila Sugar celebraron mediante documento auténtico un contrato de préstamo y un contrato de constitución de hipoteca en virtud de los cuales la entidad bancaria concedía al consumidor un préstamo por importe de 30.687 CHF destinado a la adquisición de una vivienda. El día siguiente el consumidor firmó la declaración de reconocimiento de deuda recogida en documento notarial, mediante la que reconocía a ERSTE Bank el derecho, por un lado, a resolver el contrato de préstamo en caso de incumplimiento por el deudor de sus obligaciones contractuales y, por otro lado, a proceder al cobro de la deuda resultante del contrato basándose en un certificado de liquidación establecido por el propio banco y consiguiendo que el notario inserte la apostilla ejecutiva en los diferentes documentos. Al no haber cumplido el consumidor su obligación de pago, la entidad bancaria resolvió el contrato y solicitó la inserción de la apostilla ejecutiva en el reconocimiento de deuda, lo que hizo el notario el 13 de diciembre de 2011 al considerar que se cumplían los requisitos legales. De esta forma, confería validez al documento a efectos de la ejecución forzosa, atribuyéndole un carácter análogo al de una resolución judicial. El 5 de junio de 2013, el deudor solicitó ante el notario la cancelación de la apostilla ejecutiva que se había insertado en el documento auténtico que incorporaba el contrato de préstamo, alegando que este contrato contenía cláusulas abusivas y no tenía en cuenta las disposiciones legales relativas a los contratos de préstamo celebrados con los consumidores. También indicó que había presentado una demanda instando el archivo del procedimiento de ejecución forzosa y una demanda de nulidad. El 13 de junio de 2013, el notario se negó a acceder a la solicitud del deudor, basándose para ello en que el documento contenía la asunción de una obligación unilateral, el nombre del acreedor y del deudor, la cuantía de la deuda y la causa de la obligación, así como el modo y el plazo de cumplimiento; en que el cumplimiento de la condición o la llegada del término se había acreditado mediante escritura pública, y en que el 13 de diciembre de 2011 se había procedido a insertar la apostilla ejecutiva en el documento. El notario hizo hincapié en que el procedimiento notarial es un procedimiento no contencioso y en que, en su condición de notario, no estaba facultado para pronunciarse sobre posibles controversias entre las partes surgidas en relación con las cláusulas contractuales o con la conformidad a Derecho de la resolución del contrato, cuestiones que son competencia exclusiva de los tribunales. Añadió que el notario únicamente debe dar fe del hecho de que es el acreedor quien ha resuelto el contrato, y que las partes también pueden impugnar ante los tribunales las cláusulas del contrato y disponen de la posibilidad adicional de instar un procedimiento destinado a oponerse a la ejecución forzosa o a solicitar la limitación de la cuantía de ésta. El consumidor-deudor ejerció ante el tribunal remitente una acción solicitando la anulación de la resolución del notario y la cancelación de la apostilla ejecutiva. Muestra su disconformidad tanto con el hecho de que se le califique de deudor como con el hecho de que el notario incluyera en la declaración de reconocimiento de deuda cláusulas contractuales abusivas y datos incorrectos. En opinión del deudor, en el momento de formalizar el documento notarial de reconocimiento de deuda, debería haberse constatado la existencia de cláusulas nulas. El deudor cuestiona asimismo que la autenticación sea fundamento suficiente para expedir la apostilla ejecutiva, puesto que tal apostilla se

El órgano jurisdiccional remitente precisó que, según lo dispuesto en la Ley de ejecución forzosa judicial, el notario inserta la apostilla ejecutiva en el documento en el que ha de basarse la ejecución, documento que se convierte con ello en un título ejecutivo. No obstante, en el curso del procedimiento de inserción de la apostilla ejecutiva, el notario se limita a verificar si el documento en cuestión cumple los requisitos formales y materiales para proceder a la ejecución, sin que pueda examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato que se formaliza en dicho documento. El consumidor únicamente podrá invocar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales abusivas en el marco de un procedimiento judicial que tenga por objeto el archivo del procedimiento de ejecución forzosa o la limitación de su cuantía, situación que, a juicio del tribunal remitente, podría oponerse a los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13.

Ante sus dudas en la interpretación del Derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional remitente plantea cuestión prejudicial con dos preguntas que el TJUE reformula y contesta conjuntamente.

Según el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a un notario que ha autorizado, con observancia de todos los requisitos formales, un documento auténtico en el que se formaliza un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, proceder a insertar la apostilla ejecutiva en el documento auténtico o negarse a cancelar la apostilla, sin que se haya examinado, ni en uno ni en otro momento, el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

Doctrina. El Tribunal de Justicia constata que con arreglo a la legislación nacional la inserción de la apostilla se lleva a cabo basándose en datos aportados exclusivamente por el acreedor, permitiendo lograr la ejecución forzosa del contrato al margen de los tribunales, de forma que el documento notarial en el que se inserte la apostilla ejecutiva producirá los mismos efectos que una resolución judicial. El notario no puede examinar la validez de las cláusulas del contrato ni en el marco del procedimiento de inserción de la apostilla ejecutiva, ni en el procedimiento de cancelación de esta⁸⁴.

inserta a petición del banco acreedor y basándose exclusivamente en datos contables aportados por el propio banco. También alega que la cuantía de la deuda se fijó en divisas a pesar de que el préstamo se había acordado en forintos. El ejecutado considera que la apostilla ejecutiva constituye un abuso de derecho, ya que supedita a una declaración unilateral del ejecutante una circunstancia que sólo puede examinarse en un procedimiento contradictorio.

⁸⁴ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*, apdos. 36 y 38.

El Tribunal de Justicia hace expresa mención de la postura manifestada por la Comisión en el asunto que defiende que también el notario debería tener la facultad de examinar de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales cuando disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, dado que el procedimiento notarial tiene efectos análogos⁸⁵ a los de un procedimiento judicial, por lo que la legislación húngara contraviene la Directiva 93/13 tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE⁸⁶.

Frente a dicha postura, el Tribunal de Justicia recuerda que sus anteriores sentencias citadas por la Comisión (*Banco Español de Crédito*⁸⁷ y *Banif Plus Bank*⁸⁸) se inscribían en el marco específico de la función judicial y no eran aplicables a la función notarial, dadas las diferencias existentes entre ambas⁸⁹.

Además, la Directiva 93/13 no contiene ninguna disposición relativa al papel del notario en referencia al control de las cláusulas abusivas⁹⁰. Por tanto, es el Derecho interno del Estado miembro al que corresponde en virtud del principio de autonomía procesal establecer las normas al respecto siempre y cuando cumplan con los principios de equivalencia y efectividad⁹¹.

En relación con el primero de estos principios, el Tribunal no dispone de ninguna información que pueda suscitar dudas sobre la conformidad con el mismo de la normativa controvertida⁹².

Con respecto al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia evalúa las vías de impugnación y recursos existentes en relación con el procedimiento simplificado de ejecución forzosa notarial que garanticen medios adecuados y eficaces para el cese del uso de cláusulas abusivas. Señala el TJUE que en lo que atañe a la normativa controvertida en el litigio principal, procede observar que, con arreglo al artículo 1 de la Ley del Notariado, en el marco de los procedimientos que forman parte de las atribuciones de los notarios, incumbe a estos profesionales asesorar a los otorgantes, garantizando la igualdad de trato de las partes contratantes en el ejercicio de sus

⁸⁵ A pesar de que no lo menciona el TJUE, dicha postura se basa, entre otros argumentos, en la dicción del artículo 31/E, apartado 2 de la Ley de ejecución forzosa de Hungría con arreglo al cual «el procedimiento notarial [...] produce efectos análogos a los de las resoluciones de los juzgados o tribunales».

⁸⁶ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*, apdo. 46.

⁸⁷ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*.

⁸⁸ Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*.

⁸⁹ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*, apdo. 47.

⁹⁰ *Ibid.*, apdo. 48.

⁹¹ *Ibid.*, apdo. 49.

⁹² *Ibid.*, apdo. 50.

derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, a fin de evitar posibles litigios. Además, observa que a tenor del artículo 3, apartados 1 y 2, de la misma Ley, el notario está obligado a comprobar tanto la conformidad a Derecho del negocio jurídico como su eventual carácter abusivo, debiendo informar por escrito a los otorgantes cuando detecte algún elemento que suscite dudas ⁹³.

En cuanto a la formalización del documento, según el Tribunal de Justicia, en el sistema procedimental húngaro el notario está habilitado para desempeñar un papel preventivo del carácter abusivo de las cláusulas del contrato en el momento de autorizar un documento auténtico en el que se formalice un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, imponiéndosele expresamente el deber de garantizar, mediante su asesoramiento, la igualdad de trato en todos los procedimientos que formen parte de sus atribuciones, incluido el procedimiento de ejecución forzosa ⁹⁴.

Por ello, considera el Tribunal de Justicia que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al tribunal remitente, las disposiciones generales de la Ley húngara del Notariado resultan adecuadas para contribuir al cumplimiento de lo que exigen los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 ⁹⁵.

Además, afirma el Tribunal de Justicia, siguiendo las consideraciones del Abogado General sr. Cruz Villalón ⁹⁶, que los medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas deben incluir la posibilidad de que el consumidor impugne ante los tribunales la validez del contrato de que se trate, incluso durante la fase relativa a la ejecución forzosa de este, y ello en condiciones razonables en cuanto al procedimiento, de manera que no existan requisitos –especialmente de plazo o relacionados con los gastos– que hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13 ⁹⁷.

El Tribunal de Justicia ha deducido que la legislación húngara permite al consumidor presentar una demanda impugnando la validez del contrato, estando también facultado para instar el archivo del procedimiento de ejecución forzosa o la limitación de su cuantía, e incluso, pudiendo solicitar en el marco del procedimiento de ejecución forzosa la suspensión de esta ⁹⁸.

⁹³ *Ibid.*, apdos. 55 y 56.

⁹⁴ *Ibid.*, apdo. 57.

⁹⁵ *Ibid.*, apdo. 58.

⁹⁶ Asunto C-32/14. Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 25 de junio de 2015.

⁹⁷ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*, apdo. 59.

⁹⁸ *Ibid.*, apdo. 60.

El Tribunal de Justicia deja a criterio del tribunal remitente verificar si los tribunales nacionales pueden y deben examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales y determinar de oficio, basándose en las pruebas disponibles, los casos en que proceda declarar la nulidad manifiesta de las cláusulas abusivas⁹⁹.

Como ya afirmó en *Kušionová*¹⁰⁰, hace constar el Tribunal de Justicia que, aunque la Directiva 93/13 exige en los litigios entre un profesional y un consumidor una intervención positiva, ajena a las partes del contrato, del juez nacional que conoce de ellos, el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor¹⁰¹.

Con base en esos razonamientos, concluye el Tribunal de Justicia que no puede considerarse opuesto en sí mismo al principio de efectividad el hecho de que el consumidor solo pueda invocar la protección de las disposiciones legales en materia de cláusulas abusivas si ejercita una acción judicial. En este sentido, la tutela judicial efectiva garantizada por la Directiva 93/13 se basa en la premisa de que los tribunales nacionales conozcan previamente del asunto a instancia de una de las partes del contrato¹⁰².

Sin perjuicio de observar que incumbe al tribunal remitente determinar si en circunstancias como las del litigio principal las modalidades procesales garantizan al consumidor la tutela judicial efectiva¹⁰³, decide el Tribunal de Justicia que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 no se oponen a una legislación nacional que permite a un notario que ha autorizado, con observancia de todos los requisitos formales, un documento auténtico en el que se formaliza un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, proceder a insertar la apostilla ejecutiva en el documento auténtico o negarse a cancelar la apostilla, sin que se haya examinado, ni en uno ni en otro momento, el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato¹⁰⁴.

Comentarios. Cronológicamente, *ERSTE Bank Hungary* es la segunda sentencia del TJUE que trata sustancialmente el problema de la ejecución extrajudicial, siendo la primera que aborda la cuestión de si la Directiva 93/13 impone a los notarios obligaciones concernientes al control de cláusulas abusivas cuando se encargan de la ejecución forzosa de un contrato entre profesional y consumidor.

⁹⁹ *Ibid.*, apdo. 61.

¹⁰⁰ Asunto C-34/13. STJUE de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*.

¹⁰¹ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*, apdo. 62.

¹⁰² *Ibid.*, apdo. 63.

¹⁰³ *Ibid.*, apdo. 64.

¹⁰⁴ *Ibid.*, apdo. 65.

Por tanto, a diferencia de *Kušionová*¹⁰⁵ en la que se debatía la obligación o no de control jurisdiccional en una ejecución extrajudicial, en *ERSTE Bank Hungary* se dirime si el notario tiene que controlar de oficio las cláusulas abusivas en una ejecución de forma análoga a cómo lo realiza un órgano jurisdiccional cuando tramita una ejecución, en la medida en que la resolución del notario sirve para incoar el procedimiento de ejecución forzosa de manera análoga a la resolución de un órgano jurisdiccional con arreglo a la legislación procesal civil húngara.

La respuesta del TJUE es que la legislación húngara es compatible con la Directiva al permitir a un notario proceder a insertar la apostilla ejecutiva en el documento auténtico o negarse a cancelar la apostilla, sin que haya examinado, ni en uno ni en otro momento el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

La negativa al control de abusividad por parte del notario se basa en que este no ostenta funciones jurisdiccionales que son las que permiten llevar a cabo dicha apreciación y la compatibilidad de la legislación húngara con la Directiva se justifica porque con arreglo a dicha legislación el consumidor puede, por un lado, presentar una demanda impugnando la validez del contrato y, por otro lado, oponerse a la ejecución forzosa instando judicialmente el archivo del procedimiento de ejecución forzosa o la limitación de su cuantía, pudiendo también en el marco de esa oposición solicitar y el juez, eventualmente, conceder, la suspensión de la ejecución forzosa, todo ello sobre la base de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que es objeto de ejecución forzosa. Por tanto, la argumentación no dista en exceso de la esgrimida en *Kušionová*. El derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor y la protección conferida por la Directiva 93/13 están salvaguardados si el consumidor puede acudir judicialmente para oponerse a la ejecución forzosa alegando la existencia de cláusulas abusivas y, además, dentro de esa oposición se puede suspender la ejecución forzosa.

Estaba en juego la ampliación de la doctrina de la obligada actuación de oficio a los notarios y el TJUE ha considerado que no cabe dicha extensión, sino que es únicamente en el marco de la función jurisdiccional donde reside la capacidad para controlar la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales.

De nuevo se pone en evidencia el concepto de la «pasividad total» del consumidor y, en cierta forma, se llega a la misma conclusión que en *Kušionová*, es decir, lo importante es que haya garantías procedimentales para que el

¹⁰⁵ Asunto C-34/13. STJUE de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*.

consumidor pueda acudir al juzgado para plantear la correspondiente acción sobre el posible carácter abusivo de las cláusulas del título y que el mecanismo procedimental pueda facilitar la paralización de la ejecución forzosa.

En otros términos, el consumidor tiene la facultad de ejercitar una acción impugnando la validez del contrato y, por otro lado, la de instar un procedimiento destinado a oponerse a la ejecución forzosa o a solicitar la limitación de la cuantía de esta, en aplicación del artículo 369 del Código de Enjuiciamiento Civil húngaro. En el marco de este último procedimiento el consumidor podrá solicitar, además, la suspensión del procedimiento de ejecución forzosa incoado por el notario al insertar la apostilla ejecutiva.

La clave está en el hecho de que la inserción de la apostilla ejecutiva por parte del notario produce efectos análogos a los de una resolución judicial, pero, sin embargo, no es posible para el notario llevar a cabo un control de las cláusulas abusivas contenidas en el documento. Por esta razón, la Comisión considera que, conforme a la jurisprudencia del TJUE que interpreta la Directiva 93/13, la legislación húngara se opone a la Directiva 93/13 y que el notario debería estar sometido a la obligación de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas del contrato y de instar a las partes a debatir contradictoriamente sobre ese punto.

El Abogado General rebate este argumento en base a que la jurisprudencia del TJUE se refiere estrictamente a la función jurisdiccional. Es decir, que no cabe conferir a los notarios competencias que forman parte de la función judicial. No cabe, según el Abogado General, que se modifique el sistema notarial de los Estados miembros a fin de que el notario tenga que promover un incidente contradictorio entre las partes para después pronunciarse sobre la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas, y, en su caso, declarar su nulidad.

El Abogado General no contempla soluciones intermedias como que cuando el notario compruebe la eventual existencia de alguna cláusula abusiva se abstenga de insertar la apostilla ejecutiva e invite al acreedor ejecutante a acudir al juzgado para dirimir la cuestión. También puede sostenerse que en esa situación el notario estaría asumiendo una función que sobrepasaría las funciones atribuidas a estos profesionales. En cualquier caso, ambas posturas son defendibles. El TJUE siguió al respecto las líneas expuestas por el Abogado General en su exhaustiva exposición.

Por otro lado, es de resaltar que en su conclusión el Abogado General incluyó una consideración que nos parece muy relevante y útil y que, sin embargo, no fue acogida por el TJUE en el fallo de su sentencia. Manifestó el Abogado General que «incumbe no obstante al notario, en el momento de

autorizar tal documento auténtico, informar al consumidor acerca de la existencia de cláusulas contractuales abusivas que haya podido comprobar, así como de la facultad que la ley atribuye al notario para incoar el procedimiento de ejecución forzosa del contrato basándose exclusivamente en una comprobación meramente formal, así como acerca de las consecuencias que se derivan de ello, especialmente en el ámbito procesal»¹⁰⁶.

El Abogado General justifica esas advertencias o *caveats*, según él mismo las denomina, a la luz del objetivo de protección de consumidores perseguido por la Directiva 93/13 y de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta¹⁰⁷.

Por tanto, en consonancia con el deber del notario de informar y asesorar al consumidor, el Abogado General manifiesta los extremos de los que especialmente debe informar el notario al consumidor cuando este va a firmar los documentos de préstamo, hipoteca y reconocimiento de deuda.

Sin perjuicio de que el TJUE incluye en algunos de los apartados de la sentencia menciones a los deberes del notario, creemos que hubiera sido muy efectivo que el TJUE en el fallo de la sentencia hubiera hecho expresa referencia a esta obligación de información de determinados extremos por parte del notario al consumidor.

El Abogado General añade un tercer aspecto que tampoco fue tenido en cuenta por el TJUE referido a que el artículo 369 del Código de Enjuiciamiento Civil húngaro al enumerar con carácter exhaustivo los motivos en los que pueden fundamentarse la demanda de archivo o limitación de la cuantía del procedimiento de ejecución forzosa incoado por un notario mediante la inserción de la apostilla ejecutiva no recoge como motivo el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales¹⁰⁸, por lo que proponía considerar que la Directiva se opone a la legislación húngara, ya que esta impide al tribunal nacional, sea cual sea la naturaleza del procedimiento del que esté conociendo, examinar de oficio, con observancia del principio de contradicción, el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato, cuando dicho tribunal disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, así como deducir de ello las oportunas consecuencias¹⁰⁹.

El TJUE no lo considera así porque parece que según su opinión el apdo. a) de dicho artículo 369 prevé ese supuesto al disponer como uno de los motivos de oposición: «cuando el crédito cuya ejecución se pretende no haya sido

¹⁰⁶ Asunto C-32/14. Conclusiones del Abogado General, apdo. 90.

¹⁰⁷ Asunto C-32/14. Conclusiones del Abogado General, apdo. 77.

¹⁰⁸ *Ibid.*, apdo. 88.

¹⁰⁹ *Ibid.*, apdo. 91.

válidamente constituido»¹¹⁰. Lo que hace el TJUE en el apdo. 61 de la sentencia es dejar al criterio del tribunal remitente si, pese al tenor literal de los artículos 369 y 370 del Código de Enjuiciamiento Civil, los tribunales nacionales pueden y deben examinar en el marco de los procedimientos mencionados, el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales y determinar de oficio los casos en los que proceda declarar la nulidad manifiesta de las cláusulas abusivas.

Quizás hubiera sido más prudente por parte del TJUE incluir en el fallo de la sentencia la conclusión presentada por el Abogado General (apdo. 92, 4.º párrafo) seguida de una fórmula similar a la de «extremo este que ha de ser verificado por el tribunal remitente» o «sin perjuicio de la verificación del tribunal remitente al respecto», ya que parece que la redacción del artículo 369, letra a) del Código de Enjuiciamiento Civil («cuando el crédito cuya ejecución se pretende no haya sido válidamente constituido») ha de forzarse en demasía para incluir dentro de la misma la apreciación del eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales.

En otro orden de cosas, Soete¹¹¹ considera que la sentencia *ERSTE Bank Hungary* reafirma el principio de autonomía procesal de los Estados miembros. La sentencia es objeto de crítica por parte de la citada autora desde la perspectiva de la buena administración de justicia (al suponer multiplicación de recursos, desplazamiento del control de la validez del contrato al momento de su ejecución forzosa) y de la economía —de tiempo y de costes—, señalando que perjudica al consumidor que se ve constreñido a acudir a la vía jurisdiccional, lo que resulta contraproducente con la postura del legislador comunitario tendente a reforzar la resolución extrajudicial de los litigios en materia de consumidores.

Finalmente hay que observar que, tras la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia, el Fovárosi Törvényszék (Tribunal de Budapest) confirmó la decisión del notario de rechazar la solicitud de cancelación de la apostilla de ejecución instada por el consumidor.

En su fallo, el Tribunal de Budapest dictaminó que la Directiva 93/13 no se opone a una legislación nacional que permite a un notario que ha redactado, en debida forma, un instrumento auténtico sobre un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, fijar la apostilla ejecutiva o negarse a cancelarla, aunque no se haya revisado el eventual carácter abusivo de las cláusulas. Apoyando su razonamiento, el Fovárosi Törvényszék concluyó que la decisión

¹¹⁰ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015. *ERSTE Bank Hungary*.

¹¹¹ SOETE, M., «Arrêt ERSTE Bank Hungary: clauses abusives et rôle du notaire dans l'opposition de la formule exécutoire», *European Journal of Consumer Law*, larcier, núm. 2, 2015, pp. 474-475.

del notario era correcta, ya que no correspondía a un notario examinar la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas del contrato sobre el que se inserta la apostilla de ejecución ¹¹².

Caso 137. *Banco Santander (contra Cristobalina Sánchez López)*, también referenciada como *Banco Santander* ¹¹³: Es compatible con la Directiva 93/13 la utilización del procedimiento de ejecución extrajudicial para obtener e inscribir el título de propiedad en combinación con el procedimiento del artículo 250.1.7.º de la LEC para conseguir, posteriormente, la posesión de la vivienda, sin que ni en uno ni en otro exista control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

Hechos. La petición fue presentada en el marco de un procedimiento judicial instado por Banco Santander al amparo del artículo 250.1.7.º de la LEC para conseguir la posesión de la vivienda cuya propiedad le había sido adjudicada como consecuencia del procedimiento de ejecución notarial tramitado por dicha entidad contra la consumidora al haber impagado esta las cuotas del préstamo hipotecario que le había concedido ¹¹⁴.

¹¹² Fuente: Portal ACA Europe. Disponible en <http://www.aca-europe.eu/index.php/en/dec-nat-en>. Decisión de fecha 21/10/2015 del Fővárosi Törvényszék (Tribunal de Budapest). Asunto: Erste Bank Hungary Zrt / Attila Sugár Referencia del asunto nacional: 73. Pkfv.638.691/2015/4. (anteriormente, 73. Pkfv.637.687/2013/3.) (última consulta: 1 de mayo de 2020).

¹¹³ Asunto C-598/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de diciembre de 2017. Banco Santander S. A. contra Cristobalina Sánchez López. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jerez de la Frontera (Cádiz). EU: C:2017:945. El Abogado General Sr. Wahl presentó sus conclusiones en audiencia pública el 29 de junio de 2017.

¹¹⁴ En 2004, Doña Cristobalina Sánchez López celebró con el Banco Español de Crédito, S. A –integrado posteriormente en Banco Santander– un contrato de préstamo para la adquisición de una vivienda con garantía hipotecaria. El contrato de préstamo contenía en su cláusula 11 la posibilidad de que el acreedor hipotecario tramitara una eventual ejecución de la hipoteca a través del procedimiento extrajudicial. Así, con la rúbrica «procedimiento extrajudicial», dicha cláusula 11 rezaba lo siguiente: «Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 ss. del Reglamento Hipotecario, los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente: 1.º –Los valores en que se tasa/n la/s finca/s hipotecada/s para que sirvan de tipo en la subasta serán los mismos que han quedado señalados en el párrafo segundo del apartado 1 de la cláusula anterior. 2.º– El domicilio señalado por las partes prestataria e hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar será el mismo señalado a tales efectos en la cláusula anterior. 3.º - La parte hipotecante designa al Banco, por medio de sus representantes estatutarios o legales, como persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de las fincas hipotecadas en su representación». Con fecha de 24 de marzo de 2011, el Banco Santander inició ante notario el procedimiento de ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria. Con fecha de 15 de diciembre de 2011, la vivienda hipotecada fue adjudicada al acreedor por el 59,7% del valor en que esta fue tasada a efectos hipotecarios. Tras la adjudicación del bien, la Sra. Sánchez López seguía debiendo 13.482,97 euros. Con fecha de 23 de febrero de 2012, se otorgó ante notario escritura de venta de la vivienda a favor del Banco Santander, sin intervención de la Sra. Sánchez López, representada a estos efectos por el propio Banco Santander con arreglo a lo dispuesto en la cláusula 11 del contrato de

Según el Tribunal de Justicia, «el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de la compatibilidad con la Directiva 93/13 de las disposiciones de Derecho nacional que rigen el procedimiento extrajudicial de ejecución de la garantía hipotecaria y el procedimiento destinado a obtener la “entrega” del bien, habida cuenta de la circunstancia de que el juez que conoce de una demanda en el marco del procedimiento del artículo 250, apartado 1, punto 7.º, de la LEC no puede declarar de oficio ni a instancia de parte el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato de préstamo garantizado por la hipoteca que se ejecuta». A través de las cuestiones prejudiciales segunda, cuarta y quinta el juez remitente le pregunta al Tribunal de Justicia por la compatibilidad con la Directiva 93/13 de nuestra Ley 1/2013 en los aspectos referidos a la ejecución extrajudicial. Así, en la segunda cuestión le pregunta si es contrario a la Directiva 93/13 el régimen transitorio para las ejecuciones extrajudiciales previsto por la disposición transitoria quinta de la Ley 1/2013 que solo permite la suspensión por el notario de un procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial iniciado a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 si se acredita por el consumidor la interposición de una demanda sobre el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible en ejecución, y siempre que esa demanda independiente haya sido interpuesta por el consumidor en el plazo de un mes desde la publicación de la Ley 1/2013, sin que exista notificación personal del plazo al consumidor, y siempre antes de que se haya acordado por el notario la adjudicación.

En la cuestión cuarta el juez remitente pregunta si es contrario a la Directiva 93/13 la normativa sobre la ejecución extrajudicial prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013 que prevé como único remedio eficaz de protección de los derechos de los consumidores que consagra dicha Directiva, una simple facultad de advertencia por un notario de la existencia de cláusulas abusivas, o la posibilidad de que el deudor consumidor ejecutado extrajudicialmente interponga una demanda en un proceso judicial independiente antes de que el notario haya adjudicado la finca ejecutada. En similar sentido, en la cuestión quinta, pregunta

préstamo hipotecario. Con fundamento en la inscripción en el Registro de la Propiedad efectuada tras la escritura de venta, el Banco Santander presentó el 23 de septiembre de 2014 una demanda con arreglo al artículo 250, apartado 1, punto 7.º, de la LEC ante el órgano jurisdiccional remitente, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jerez de la Frontera (Cádiz), solicitando el pronunciamiento de una resolución judicial por la que se ordenara que se le entregara la vivienda en cuestión y el lanzamiento de la Sra. Sánchez López de esa vivienda. Así mismo, el Banco Santander solicitó que quedara fijado en 10.000 euros el importe de la caución que debía prestar la Sra. Sánchez López para oponerse a la demanda. En el marco de este procedimiento, la Sra. Sánchez López no compareció ante el órgano jurisdiccional remitente.

sobre la compatibilidad con la Directiva 93/13 de la normativa prevista en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la Ley 1/2013 y la recogida en los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario al no existir posibilidad de control judicial de oficio de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución extrajudicial instaurado por ambos textos legales.

El Tribunal de Justicia declara inadmisibles las tres cuestiones citadas «acerca de la compatibilidad con la Directiva 93/13 del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, tal como esta Ley ha sido modificada por la Ley 1/2013, y de sus disposiciones de desarrollo», ya que «el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria que precedió al litigio principal se inició el 24 de marzo 2011 y concluyó el 23 de febrero de 2012», mientras que las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013 «se aplican a los procedimientos de venta extrajudicial de bienes hipotecados que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor, producida el 15 de mayo de 2013»¹¹⁵. Partiendo de ese razonamiento, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que al no ser aplicables *ratione temporis* al litigio principal las disposiciones nacionales referidas en esas cuestiones prejudiciales, por un lado, y al no haber indicado el juzgado remitente en el auto de remisión los motivos por los que esas disposiciones pudieran ser relevantes para la resolución del litigio, por otro lado, procede declarar la inadmisibilidad de dichas cuestiones¹¹⁶.

Es de observar que el Tribunal de Justicia ofrece una doble argumentación, ampliando lo que dice el Abogado General sr. Wahl, que tan solo se refiere en sus conclusiones a la inaplicabilidad por razón del tiempo de la Ley 1/2013, lo que le lleva a afirmar que las cuestiones no tienen por objeto una interpretación del Derecho de la Unión que responda a una necesidad objetiva de la resolución que ha de adoptar el juez nacional¹¹⁷.

Doctrina. Por lo que se refiere a las cuestiones primera y tercera, el Tribunal de Justicia examina conjuntamente las mismas analizando si el artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional como la aplicable en el litigio principal en virtud de la cual al término del procedimiento establecido a tal efecto, el juez nacional está obligado a conceder la plena posesión de un bien inmueble a su adquirente, sin que ni el procedimiento extrajudicial de ejecución de la garantía hipotecaria constituida por el propietario inicial de ese

¹¹⁵ *Ibid.*, apdos. 28 a 30.

¹¹⁶ *Ibid.*, apdo. 31.

¹¹⁷ Asunto C-598/15. Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl con fecha de 29 de junio de 2017, apdo. 33.

bien, ni el procedimiento por el que se tramita la demanda presentada por el adquirente ante ese juez, contemplen la posibilidad de que dicho propietario inicial, en cuanto consumidor, alegue la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo.

El Tribunal de Justicia recuerda lo ya declarado en la sentencia *ERSTE Bank Hungary*¹¹⁸ en relación con el procedimiento de ejecución notarial en el sentido de que la tutela judicial efectiva de los consumidores está garantizada cuando se les ofrece la posibilidad de impugnar ante los tribunales la validez del contrato de que se trate, incluso en la fase relativa a la ejecución forzosa de este, y ello, en condiciones razonables en cuanto al procedimiento de manera que no existan requisitos –especialmente de plazo o relacionados con los gastos– que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los Derechos que les confiere la Directiva 93/13¹¹⁹.

El Tribunal de Justicia viene a decir que frente a la postura del juez remitente que parece considerar que el procedimiento del artículo 41 LH y el artículo 250,1,7.º LEC es una continuación de la ejecución extrajudicial, hay que tener en cuenta que la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre el mismo transmitidos. Entiende el Tribunal de Justicia que el procedimiento en el que se plantea la cuestión prejudicial se refiere a la protección de los derechos reales asociados a la propiedad legalmente adquirida por el banco tras la ejecución extrajudicial y, dado que el adquirente también podría ser un tercero ajeno a las relaciones anteriores, formular excepciones en base al contrato de préstamo anterior pondría en peligro la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas¹²⁰. También sostiene el Tribunal de Justicia que el título en el que se basa la acción ejercitada en el litigio principal es el título de propiedad inscrito en el Registro de la Propiedad y no el contrato de préstamo hipotecario que establecía la garantía cuya ejecución extrajudicial ha sido llevada a término¹²¹.

En esa situación considera el Tribunal de Justicia que las disposiciones de la Directiva 93/13 no pueden invocarse frente a la protección de los derechos reales del propietario del inmueble¹²² y tampoco cuando no exista ningún indicio de la posible presencia de una cláusula potencialmente abusiva en

¹¹⁸ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*.

¹¹⁹ Asunto C-598/15. STJUE de 7 de diciembre de 2017. *Banco Santander*, apdo. 38.

¹²⁰ *Ibid.*, apdo. 45.

¹²¹ *Ibid.*, apdo. 46.

¹²² *Ibid.*, apdo. 47.

el contrato de préstamo que fue objeto de ejecución¹²³. También alude el Tribunal de Justicia, citando las conclusiones del Abogado General, a la posibilidad que tenía la consumidora-ejecutada en el procedimiento extrajudicial de haber formulado oposición o haber solicitado como medida cautelar la suspensión de la venta del inmueble del que era propietaria, tratándose en definitiva con el juez que hubiera conocido esa oposición el examen de las posibles cláusulas abusivas¹²⁴.

Por todo ello, declara el Tribunal de Justicia que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 no resultan de aplicación en el procedimiento principal que es el procedimiento que persigue la protección de los derechos legalmente adquiridos por el adjudicatario, en la medida en que, por una parte, ese procedimiento es independiente de la relación jurídica que une al acreedor profesional y al consumidor y, por otra, la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el inmueble vendido y los derechos reales sobre el mismo transmitidos sin que el consumidor haya hecho uso de los recursos legales previstos en este contexto¹²⁵.

Comentarios. Vamos a dedicar la primera parte de los comentarios de esta sentencia al análisis de la declaración de inadmisibilidad del TJUE en relación con las cuestiones prejudiciales segunda, cuarta y quinta.

El Tribunal de Justicia adopta la posición asumida por el Abogado General sr. Wahl en sus conclusiones con la matización expresada anteriormente. No parece que el Tribunal de Justicia haya prestado una particular atención a estas tres cuestiones cuya inadmisibilidad es «despachada» mediante trece escasas líneas¹²⁶.

En mi opinión, el Abogado General, primero, y el Tribunal de Justicia, después, se equivocan a la hora de evaluar el contenido del régimen transitorio dispuesto por la Ley 1/2013 para el procedimiento de ejecución extrajudicial. Como hemos dicho, el Tribunal de Justicia dice literalmente que «en virtud de la Ley 1/2013 las modificaciones que esta Ley introduce se aplican a los procedimientos de venta extrajudicial de bienes hipotecados que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor, producida el 15 de mayo de 2013». De esta

¹²³ *Ibid.*, apdo. 48.

¹²⁴ *Ibid.*, apdo. 49.

¹²⁵ *Ibid.*, apdo. 50.

¹²⁶ Se da incluso la circunstancia de que en la transcripción literal efectuada en el apartado 27 de la sentencia de la segunda pregunta formulada por el juez remitente, el Tribunal de Justicia ha cometido el error de no aludir a la «Disposición Transitoria Quinta», mención que sí consta en la transcripción de las cuestiones prejudiciales publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 1 de febrero de 2016 (C 38/32) y que también figura en la transcripción de las mismas efectuada por el Abogado General sr. Wahl en el apartado 25 de sus conclusiones presentadas el 29 de junio de 2017.

forma, creemos que el Tribunal de Justicia ignora que la disposición transitoria primera de la Ley 1/2013 reza literalmente:

«Disposición transitoria primera. Procedimientos en curso.

Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento».

Además, si a alguien le ofrece dudas la expresión «que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma», el Tribunal Constitucional aclara esa frase en la Sentencia 213/2016 de 15 de diciembre (ES: TC:2016:213), publicada en BOE núm. 17, de 20 de enero de 2017. En el penúltimo párrafo del fundamento jurídico sexto, al tratar de dicha disposición transitoria primera de la Ley 1/2013, dice: «[...] el tenor de las disposiciones transitorias primera y segunda, que, como resulta de su mera lectura, regulan respectivamente la aplicación de la Ley a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que *estuvieran iniciados a la entrada en vigor de la misma*¹²⁷ en tanto que no se hubiera ejecutado el lanzamiento [...]».

A mayor abundamiento, el artículo 1 de la Ley 1/2013 en la fecha del dictado de la sentencia *Banco Santander* establecía¹²⁸ que «hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo [...]» y el artículo 2 de la misma ley dispone que «la concurrencia de las circunstancias a que se refiere esta Ley se acreditará por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el Juez o el Notario encargado del procedimiento [...]».

Por tanto, parece claro que el Tribunal de Justicia confunde la aplicación temporal del nuevo régimen previsto en artículo 3, apartado 3, de la Ley 1/2013, es decir, el nuevo régimen del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, con la aplicación temporal de la Ley 1/2013.

En consecuencia, desde nuestro punto de vista, en la medida en que en el asunto principal no se había producido el lanzamiento y teniendo en cuenta el

¹²⁷ Cursiva es nuestra.

¹²⁸ En la versión actualmente vigente de esta disposición el plazo de dos años ha sido sustituido por once años como consecuencia de la modificación introducida por el artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo.

tenor literal de la disposición transitoria primera de la Ley 1/2013, esta ley sí resultaba de aplicación temporalmente a dicho asunto y el Tribunal de Justicia debería haber admitido las tres preguntas que versaban sobre la misma y haber entrado a resolver sobre el fondo de dichas preguntas, no pareciendo tampoco acertado el argumento de la falta de indicación de los motivos por los que las citadas disposiciones puedan ser relevantes para la resolución del litigio, dado que la relevancia cae por su propio peso (basta pensar en la trascendencia de la sentencia *BBVA*¹²⁹ y sus relaciones con el presente asunto).

En cuanto a qué tipo de respuesta debería haber procedido, la cuestión se vuelve mucho más complicada.

En primer lugar, cabría afirmar que existe una contradicción entre lo que dispone la disposición transitoria primera que prevé la aplicación de la Ley 1/2013 a los procesos extrajudiciales de ejecución hipotecaria que estuviesen iniciados a la entrada en vigor de la ley y en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento y lo establecido por la disposición transitoria quinta de la misma ley, al regular la posibilidad de suspensión del procedimiento extrajudicial ante notario cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado el incidente extraordinario de oposición de la causa cuarta del artículo 695.1 LEC, es decir, el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. La contradicción radica en el hecho de que la disposición transitoria primera establece como condición «que no se hubiese ejecutado el lanzamiento» mientras que la quinta se refiere a «que no se haya producido la adjudicación del bien hipotecado».

Además de ser contradictorio con la disposición transitoria primera, este régimen para plantear el incidente extraordinario de oposición es más restrictivo temporalmente y, por ende, el deudor ejecutado extrajudicialmente resulta seriamente perjudicado frente al ejecutado judicialmente.

No hay que olvidar que la finalidad del incidente extraordinario de oposición de la Ley 1/2013 era corregir en aquellos procedimientos no finalizados la situación injusta y contraria al Derecho de la Unión existente en nuestra legislación —puesta de manifiesto por la sentencia *Aziz*¹³⁰— al no prever la posibilidad de oposición a la ejecución en base a la existencia de cláusulas abusivas en el título que fundamenta la misma. Por eso, no parece apropiado un régimen transitorio que «discrimina» a los deudores ejecutados extrajudicialmente frente a los ejecutados judicialmente, tanto más cuanto que en otra

¹²⁹ Asunto C-8/14. STJUE de 29 de octubre de 2015, *BBVA*.

¹³⁰ Asunto C-415/11. STJUE de 14 marzo de 2013. *Aziz*.

disposición transitoria, la primera, sí se ha establecido el mismo tratamiento temporal para los ejecutados judicialmente y para los ejecutados extrajudicialmente con relación a la aplicación de la Ley 1/2013.

A nuestro parecer, partiendo de que la Ley 1/2013 era aplicable temporalmente al asunto principal, dado que en el mismo no se había producido el lanzamiento de la ejecutada, el Tribunal de Justicia podría y debería haber evaluado la diferencia de trato temporal y eventual «discriminación» sufrida por los ejecutados extrajudicialmente en el régimen transitorio de la Ley 1/2013 en la medida en que ello iba a impedir a muchos ejecutados extrajudicialmente formular el incidente extraordinario de oposición y conseguir la suspensión de la ejecución extrajudicial ante notario con fundamento en la existencia de cláusulas abusivas y la vulneración de la Directiva 93/13.

En ese mismo contexto, también podría haber evaluado el Tribunal de Justicia que la condición de ser ejecutado judicialmente o extrajudicialmente recae en la sola voluntad del acreedor hipotecario. La posibilidad de elegir entre uno u otro procedimiento la activa el acreedor que elige la forma de ejecución de la garantía que más le convenga a su particular interés, por lo que sirve al interés de las entidades bancarias¹³¹. El acreedor incluye en el contrato de préstamo hipotecario (al que se adhiere el consumidor) una condición general no negociada (cláusula 11) que permite al acreedor, según le convenga, cuando se disponga a ejecutar, optar por el procedimiento de ejecución extrajudicial o por la ejecución judicial. Cabe observar que la cláusula 11.^a transcrita en la sentencia *Banco Santander* tiene idéntico contenido que la cláusula 11.^a a la que se refiere el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de Julio de 2016¹³² y en su sentencia de 25 de abril de 2017¹³³ en las que Banco Español de Crédito también es la entidad acreedora-ejecutante.

Estas cuestiones, junto con la referencia a concretas cláusulas abusivas que con toda probabilidad figurarían en el título que fundamentó la ejecución (cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota, cláusula suelo, interés moratorio abusivo, etc.), de haber sido puestas de manifiesto por el juez remitente y de haber sido evaluadas por el Tribunal de Justicia podían haber dado lugar a una sentencia más ilustradora que la dictada por el Tribunal de Justicia.

¹³¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Ejecución extrajudicial y tutela de consumidores(I)». *Abogacía Española*. Núm. 2, febrero, 2014.

Disponible en: <http://www.abogacia.es/2014/02/13/ejecucion-extrajudicial-y-tutela-de-consumidores-i/> (última consulta: 25 de septiembre de 2023).

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 483/2016 de 14 de julio. ES: TS:2016:3412.

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 251/2017 de 25 de abril. ES: TS:2017:1631.

De hecho, si se hubiera admitido la aplicación de la Ley 1/2013, habiendo preguntado el juez remitente por la falta de notificación personal de la posibilidad de formular el régimen extraordinario de oposición en relación a las ejecuciones extrajudiciales, el Tribunal de Justicia debería de haberse pronunciado en el mismo sentido que lo hizo en las sentencias *BBVA*¹³⁴ y *Banco Primus*¹³⁵ en orden a considerar que ello no cumplía con el principio de efectividad y en consecuencia ese régimen transitorio para las ejecuciones extrajudiciales podía –y, en mi opinión, debería– haber sido declarado incompatible con el Derecho de la Unión.

Es evidente que en este ejercicio de ficción –sobre lo que podía haber dicho el Tribunal– habría que sopesar el principio de seguridad jurídica y el hecho de que lo declarado podía tener o no trascendencia en el procedimiento principal, pero se echa en falta una mayor implicación garantista del Tribunal de Justicia.

En otras palabras, el Tribunal de Justicia debería haber entrado a valorar todos los aspectos que hemos citado, con independencia de que finalmente se hubiera decantado por preponderar el principio de seguridad jurídica o no.

Lo dicho anteriormente se refiere a la pregunta segunda del juez remitente por cuanto que la postura del Tribunal de Justicia en relación a las preguntas cuarta y quinta estaba ya claramente manifestada en las sentencias *Kušionová*¹³⁶ y *ERSTE Bank Hungary*¹³⁷.

En esta segunda parte de los comentarios vamos a centrarnos en la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a las preguntas primera y tercera.

Para proporcionar una visión diferente del problema, vamos a tratar de analizar los mecanismos procesales nacionales concernidos en este asunto desde la perspectiva de las exigencias del Tribunal de Justicia según su más reciente jurisprudencia y que, desde nuestro punto de vista, no han sido puestas de manifiesto en el mismo.

Dichas exigencias, como sabemos, ya no se refieren únicamente a la aplicación del test *Rewe* de los principios de equivalencia y efectividad, sino que deberían conllevar el denominado test *Rewe47* que requiere, además de la superación de los principios anteriores, que los medios de protección proporcionen una tutela real, adecuada y efectiva.

Frente a aquellos que consideran que la respuesta dada por el Tribunal de Justicia al problema planteado en el asunto *Banco Santander* ha sido la correcta al tener en cuenta que los dos procedimientos en juego (el procedimiento de

¹³⁴ Asunto C-8/14. STJUE de 29 de octubre de 2015, *BBVA*.

¹³⁵ Asunto C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.

¹³⁶ Asunto C-34/13. STJUE de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*.

¹³⁷ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*.

ejecución extrajudicial del artículo 129 LH y el de protección de los derechos reales inscritos del artículo 250,1,7.º LEC y artículo 41 L. H.) son totalmente independientes entre sí, obedeciendo a distintas causas de pedir, se sitúan quienes sostienen que «ambos procesos son una unidad, pues sin el último de ellos el acreedor adjudicatario no podría tomar posesión de la vivienda adquirida mediante una ejecución notarial», debiendo haber aplicado el Tribunal de Justicia la doctrina de su sentencia *Banco Primus* de 26 de enero de 2017, con la consecuencia de que tenía que haber habido «un examen de oficio de las cláusulas del préstamo hipotecario en el proceso para ejercitar derechos reales inscritos, pues anteriormente no lo hubo»¹³⁸. Martín Faba¹³⁹ considera que en el asunto *Banco Santander* concurre una circunstancia clave constituida por la inexistencia de terceros perjudicados al ser el adjudicatario del inmueble el propio banco ejecutante y que el juez del procedimiento para ejercitar derechos reales inscritos podría apreciar de oficio la abusividad de cláusulas sobre las que no se había pronunciado, puesto que el ejecutante no habría tomado aún posesión del inmueble.

Desde el respeto hacia ambas posturas respaldadas por sus respectivos razonamientos, me inclino por defender que el Tribunal de Justicia, en el marco de su jurisprudencia sobre el procedimiento extrajudicial (*Kušionová y ERSTE Bank Hungary*), el principio de seguridad jurídica y las exigencias del principio de la tutela judicial efectiva, debería haber adoptado en el asunto *Banco Santander* una posición intermedia entre las dos definidas anteriormente, que debería haber consistido en preponderar en principio la independencia de ambos procedimientos (el extrajudicial del 129 L. H. y el del 250.1,7 LEC) siempre y cuando en el primero de ellos se hubieran respetado las exigencias de los principios de efectividad y equivalencia, así como las del principio de tutela judicial efectiva de los artículos 19.1,2.º TUE y 47 de la Carta, entendidas como la existencia de medios de protección que proporcionen una tutela real, adecuada y efectiva al justiciable.

En otras palabras, considero que ambos procesos no son una unidad y en el segundo, en principio, no se puede llevar a cabo —aunque coincida el adjudicatario con el acreedor ejecutante— un examen de oficio de las cláusulas del préstamo hipotecario por el hecho de que dicho examen no existiera en el primer procedimiento (no siendo de aplicación la sentencia *Banco Primus*). No obstante, no puede hablarse de una independencia total y absoluta, lo que se demuestra por el hecho de que el propio legislador español en la Ley 1/2013

¹³⁸ MARTÍN FABA, J. M., «De cómo una hipotética protección de la seguridad jurídica relega la obligación del juez de apreciar de oficio cláusulas abusivas». *Centro de Estudios de Consumo*, febrero, 2018, p. 2.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 5.

dispone determinados preceptos en los que habilita una serie de medidas para las ejecuciones extrajudiciales que pueden ser adoptadas una vez adjudicada la vivienda al acreedor y antes de la ejecución efectiva del lanzamiento (suspensión del lanzamiento en supuestos de especial vulnerabilidad que han de ser acreditados ante el juez o el notario encargado del procedimiento ¹⁴⁰).

Por todo ello, la regla general de la independencia se exceptuaría cuando en el primer procedimiento se hubieran vulnerado las garantías del justiciable imposibilitando que el consumidor pudiera acudir ante el juez a impugnar las cláusulas abusivas del contrato.

En el asunto *Banco Santander* parece que concurre esa excepcionalidad por una serie de circunstancias entre las que podríamos citar las siguientes ¹⁴¹:

- La legislación aplicable al procedimiento de ejecución extrajudicial cuando fue tramitado por el notario no permitía su suspensión por la causa de impugnar el consumidor las cláusulas abusivas ante un juez (artículo 129 L. H. en su versión vigente desde 8 de enero de 2001 a 15 de mayo de 2013).

- El régimen transitorio dispuesto por el legislador nacional recoge la aplicación del mismo a las ejecuciones extrajudiciales en las que no se ha producido el lanzamiento (disp. transitoria 1.ª de la Ley 1/2013), pero no permite al ejecutado extrajudicialmente conseguir la suspensión del procedimiento de ejecución extrajudicial mediante la interposición del incidente extraordinario de oposición ante el juez si se ha producido la adjudicación del bien (disp. transitoria 5.ª), frente a la situación del ejecutado judicialmente que puede conseguir la suspensión del procedimiento de ejecución judicial mientras no haya existido la entrega de posesión del inmueble al adjudicatario. Ello supone una discriminación del ejecutado extrajudicialmente con relación al ejecutado judicialmente, teniendo además en cuenta que es el banco ejecutante el que elige el procedimiento que va a seguir al imponer al consumidor en la escritura de constitución de préstamo hipotecario el derecho de la entidad prestamista a decidir de entre una serie de diversos procedimientos previstos en dicha escritura.

- El plazo de un mes de la disp. transitoria 5.ª se cuenta desde la entrada en vigor de la ley sin que exista notificación personal infringiendo el principio de efectividad (sentencias *BBVA* y *Banco Primus*).

¹⁴⁰ Artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

¹⁴¹ VERDÚN PÉREZ, F., «Análisis crítico de la STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-598/15, *Banco Santander*, concerniente a la obtención de la posesión del inmueble tras el procedimiento de ejecución extrajudicial» en *Estudios sobre Jurisprudencia europea, Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, dir. por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, vol. I, Sepín, 2020, pp. 177-181.

– Otra circunstancia que puede ser considerada relevante desde nuestro punto de vista es la posible vulneración del artículo 47.3 de la Carta que prevé la obligación de asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes (cuando ello sea necesario para garantizar la efectividad del acceso a la justicia), invocado junto a normas *in concreto* como es la Directiva 93/13.

Como es sabido, nuestra legislación nacional prevé la obligación del juzgado que notifica una demanda de cualquier índole al demandante de hacer constar en la cédula de emplazamiento su derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita y el plazo para solicitarla, tal y como dispone el artículo 155 LEC. Esta información, de vital importancia para el deudor ejecutado, no se incluye en el requerimiento que le efectúa el notario para notificarle la ejecución extrajudicial instada por la entidad bancaria.

Ha podido ser la falta de medios para litigar y la falta de información en el requerimiento notarial iniciador del procedimiento de ejecución extrajudicial de que podía solicitar la asistencia jurídica gratuita para impugnar las cláusulas abusivas del préstamo hipotecario las que han llevado a que la consumidora no «haya hecho uso de los recursos legales previstos en este contexto», como le reprocha el Tribunal de Justicia en el apartado 50 *in fine* de la sentencia. Esa falta de información vulnera gravemente el derecho de defensa del consumidor-deudor-ejecutado habida cuenta de que está en peligro la vivienda familiar que es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio en opinión del Tribunal de Justicia (*Kušionová*), citando al TEDH.

– La caución solicitada de 10.000 euros a la justiciable como requisito para que pudiera oponerse parece que vulnera el principio de proporcionalidad –dadas las circunstancias personales de la consumidora–demandada que ha perdido su casa por no poder hacer frente a las cuotas del préstamo hipotecario–, infringiéndose en consecuencia su derecho a la tutela judicial efectiva.

Todo ello, sin perjuicio de reiterar lo ya mencionado en el sentido de que la redacción del artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su versión vigente cuando fue tramitado el procedimiento de ejecución extrajudicial no preveía su suspensión por haberse impugnado judicialmente las cláusulas del título que fundamentaba la ejecución.

La posible quiebra del respeto a la tutela judicial efectiva del justiciable en el primer procedimiento determina su situación en el procedimiento de protección de derechos reales inscritos. Las vulneraciones a la tutela judicial producidas en el primer procedimiento se proyectan sobre el segundo procedimiento. Al coincidir adjudicatario del inmueble en la subasta con el banco ejecutante no hay

tercero de buena fe. El banco adjudicatario no está investido de la buena fe registral prevista en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ¹⁴² al ser esta misma entidad la que ha impuesto al consumidor-deudor-ejecutado en la escritura de préstamo hipotecario las cláusulas que eventualmente pueden tener naturaleza abusiva ¹⁴³.

Por ello, el TJUE, desde nuestro punto de vista, debería haber dictado una sentencia más garantista para el justiciable en el asunto *Banco Santander*, estableciendo, en función de las circunstancias concurrentes, la posibilidad de que el juez del segundo procedimiento evaluase las cláusulas abusivas del título ejecutado en el primer procedimiento –aunque dicha causa de oposición no se recoja en el artículo 444.2 LEC– o bien adoptase otras medidas en orden a salvaguardar los derechos del consumidor ejecutado que no habían sido cumplidamente protegidos en el procedimiento de ejecución extrajudicial.

Sin perjuicio de todo lo dicho, es evidente que con esta sentencia *Banco Santander* el Tribunal de Justicia da su beneplácito a que los acreedores hipotecarios combinen el procedimiento de venta extrajudicial para la ejecución del bien del artículo 129 L. H. con el procedimiento del artículo 250.1.7 de la LEC y artículo 41 L. H. para conseguir la posesión del mismo, sin que en ninguno de los dos procedimientos exista control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

En cuanto al procedimiento de venta extrajudicial, es de señalar que las sucesivas modificaciones operadas por el legislador español –en especial, Ley 1/2013, de 14 de mayo y la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, pero también el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 15/2015 de la Jurisdicción voluntaria que incluye la modificación de la Ley del Notariado– configuran un régimen legal que cumple en líneas generales con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y, en particular, con lo declarado por el Tribunal de Justicia en las dos sentencias fundamentales en la materia que son *ERSTE Bank Hungary* y *Kušionová*.

¹⁴² Artículo 34 de la Ley Hipotecaria:

«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».

¹⁴³ Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado –entre otras, sentencia núm. 342/2011 de 13 de mayo (ES: TS:2011:2900)– que los presupuestos para la aplicación del principio de fe pública registral plasmado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, a título oneroso, inscripción del derecho y todo ello con la concurrencia de la buena fe.

Es precisamente en estas dos sentencias del Tribunal de Justicia en las que se basa nuestro Tribunal Supremo en las sentencias de 14 de julio de 2016¹⁴⁴ y de 25 de abril de 2017¹⁴⁵ para considerar que la cláusula que permitía acudir al procedimiento de venta extrajudicial del 129 LH no es en sí misma abusiva y que es suficiente que la normativa de aplicación prevea que la venta extrajudicial pueda ser impugnada judicialmente, lo que sucede con la normativa actual, tal y como afirma el Tribunal Supremo en dichas sentencias. En ambas sentencias el Tribunal Supremo distingue entre ejecuciones anteriores al régimen legislativo actual y las posteriores.

Respecto de las anteriores, el juicio valorativo sería negativo porque el 129 LH no permitía suspender el procedimiento por haberse impugnado judicialmente la posible abusividad de las cláusulas. Sin embargo, en los asuntos enjuiciados en esas dos sentencias, al no haberse mencionado las cláusulas supuestamente abusivas, el Tribunal Supremo no puede apreciar que haya existido una abusividad real.

Por tanto, cabría pensar en la posibilidad de que en relación con un asunto al que resulte de aplicación el régimen legislativo anterior y que sea resuelto por el Tribunal Supremo en un futuro próximo, este podría encontrar abusiva la cláusula habilitando al acreedor hipotecario a acudir al procedimiento de ejecución extrajudicial en la medida en que el consumidor también pidiera la nulidad de otras cláusulas efectivamente abusivas.

Ello en ningún caso afectaría al régimen legal actual, puesto que, respecto de las ejecuciones abiertas con el régimen actual, la valoración del Tribunal Supremo es positiva y no va a apreciar como cláusula abusiva la cláusula que permite acudir al procedimiento de venta extrajudicial.

Por tanto, sin perjuicio de las dudas sobre su constitucionalidad con algunos intentos de lograr su inconstitucionalidad pero que no han tenido éxito por distintos motivos –en este sentido, STC 213/2016 de 15 de diciembre (ES: TC: 2016:213) y STC 224/2006 de 6 de julio (ES: TC:2006:224)–, el panorama actual se encuentra despejado para la utilización por las entidades bancarias del procedimiento de venta extrajudicial.

No obstante, considero que en orden a reforzar la protección del consumidor sería conveniente que el procedimiento de venta extrajudicial regulado en nuestro país fuese objeto de algunas modificaciones legislativas puntuales a las que nos referiremos en el capítulo concerniente a las reformas legislativas propuestas.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 483/2016 de 14 de julio. ES: TS:2016:3412.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 251/2017 de 25 de abril. ES: TS:2017:1631.

11.4 EL PROCEDIMIENTO MONITORIO

En los últimos decenios se ha impuesto en la generalidad de los ordenamientos jurídicos la utilización del procedimiento monitorio como un mecanismo procesal a fin de tramitar de forma rápida y eficaz reclamaciones de deudas dinerarias líquidas, determinadas, vencidas y exigibles. Ello también ha tenido reflejo a nivel comunitario en el ámbito de la cooperación judicial civil para los asuntos transfronterizos mediante la adopción del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece el proceso monitorio europeo, publicado en el DOUE el 30 de diciembre de 2006. Es fácil deducir el enfrentamiento de intereses que se produce entre los mecanismos procesales instaurados para dinamizar el mercado tratando de proteger el crédito dinerario y un instrumento como la Directiva 93/13 que persigue la protección eficaz del consumidor en materia de cláusulas abusivas. Por ello, no es de extrañar que sean muy numerosas las cuestiones prejudiciales en las que el TJUE debe dilucidar la eventual incompatibilidad de normas nacionales reguladoras del proceso monitorio con la Directiva 93/13. A continuación, analizamos un conjunto de resoluciones cuyos litigios principales estaban constituidos por procesos monitorios en las que el TJUE ha comprobado esa circunstancia u otros extremos con respecto a las legislaciones española, polaca, eslovaca y búlgara. Así mismo, separadamente, procedemos a estudiar la única sentencia recaída hasta el momento en la que el TJUE se ha visto en la tesitura de analizar la relación entre Reglamento 1896/2006 regulador del proceso monitorio europeo y la Directiva 93/13.

11.4.1 A nivel nacional

Caso 138. *Banco Español de Crédito*¹⁴⁶: El procedimiento monitorio español (arts. 815.1 y 818.1 LEC) se opone a la Directiva 93/13 porque no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, pueda examinar de oficio *–in limine litis* ni en ninguna fase del

¹⁴⁶ Asunto C-618/10. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) dictada el 14 de junio de 2012. Banco Español de Crédito, S. A. contra Joaquín Calderón Camino. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de Barcelona. EU: C:2012:349. La Abogada General Sra. Trstenjak presentó sus conclusiones en audiencia pública el 14 de febrero de 2012.

procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no ha formulado oposición.

Hechos. La cuestión prejudicial fue elevada en el marco de un proceso monitorio al haber formulado la entidad Banco Español de Crédito la correspondiente petición contra un consumidor en reclamación de las cantidades adeudadas a resultas de una póliza de préstamo formalizada entre ambas partes¹⁴⁷.

Dado que albergaba dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, la Audiencia Provincial de Barcelona formuló una serie de preguntas al Tribunal de Justicia. El TJUE reformula la primera pregunta considerando que el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio

¹⁴⁷ El consumidor Don Joaquín Calderón había suscrito con Banco Español de Crédito (Banesto) en 2007 una póliza de préstamo a fin de obtener la suma de 30.000 euros para la adquisición de un vehículo destinado a atender necesidades particulares, siendo el interés retributivo fijado del 7,950 %, el TAE de 8,890 % y el interés de demora del 29 %. Tras el impago por parte del consumidor, Banesto dio por vencido anticipadamente el contrato y reclamó todas las cuotas adeudadas por un importe de 29.381,95 euros, correspondiente a las cuotas mensuales impagadas, más intereses convencionales y costas. La reclamación judicial fue formulada por la entidad bancaria mediante una demanda de juicio monitorio ante el Juzgado de Primera Instancia de Sabadell que de oficio declaró nula de pleno derecho por considerarla abusiva la cláusula de intereses moratorios, entre otras circunstancias, por sobrepasar en más de veinte puntos el interés retributivo. Fijó el interés de demora en un 19 %, basándose en el interés legal y en el interés de demora establecidos en las Leyes de Presupuestos de 1990 a 2008, y requirió a Banesto para que procediera a un nuevo cálculo del importe de los intereses para el período que se discutía en el litigio del que estaba conociendo. Banesto recurrió en apelación dicha resolución del juez de instancia ante la Audiencia Provincial de Barcelona. En el Auto de remisión la Audiencia Provincial de Barcelona hizo una serie de consideraciones entre las que se encontraban las siguientes: a) que la normativa española sobre protección de los intereses de los consumidores y usuarios no faculta a los jueces del proceso monitorio para declarar de oficio, e *in limine litis*, la nulidad de las cláusulas abusivas, pues la legalidad de tales cláusulas ha de ventilarse en el correspondiente proceso declarativo, que únicamente se inicia en caso de oposición del deudor; b) que el Reglamento núm. 1896/2006, que regula el proceso monitorio a nivel de la Unión Europea, no establece un procedimiento de control de oficio e *in limine litis* de las cláusulas abusivas, sino que se limita a enumerar una serie de requisitos y de informaciones que deben facilitarse a los consumidores; c) que ni la Directiva 2008/48, relativa a los contratos de crédito al consumo, ni la Directiva 2009/22, relativa a las acciones de cesación de las infracciones perjudiciales para los intereses de los consumidores, establecen mecanismos procesales que obliguen a los tribunales nacionales a declarar de oficio la nulidad de una cláusula como la contenida en el contrato controvertido; d) que aunque se considerase «desleal», en el sentido de la Directiva 2005/29, la práctica consistente en incluir una cláusula de intereses de demora en el texto de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009, p. 112039), no ha transpuesto en Derecho español el artículo 11, apartado 2, de dicha Directiva, los tribunales nacionales carecen de todos modos de la facultad de examinar de oficio el carácter desleal de dicha práctica.

examine de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

En cuanto a la segunda pregunta, el TJUE la entendió en el sentido de que se pedía sustancialmente que se dilucide si el artículo 2 de la Directiva 2009/22 y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

En relación a las cuestiones tercera a sexta, se pide sustancialmente al Tribunal de Justicia que se pronuncie, por una parte, sobre las responsabilidades que incumben a los tribunales nacionales, en virtud del Reglamento núm. 1896/2006 y de la Directiva 2005/29, cuando examinan una cláusula contractual sobre intereses de demora como la controvertida en el litigio principal, y, por otra parte, sobre las obligaciones que incumben a las entidades financieras al aplicar el tipo de interés de demora en los contratos de crédito, en el sentido de los artículos 5, apartado 1, letras l) y m), 6, 7 y 10, apartado 2, letra l), de la Directiva 2008/48. No obstante, el TJUE declaró la inadmisibilidad de estas cuestiones tercera a sexta, la tercera por carecer de pertinencia, la cuarta porque las disposiciones sobre las que se pide la interpretación no son aplicables *ratione temporis* y las cuestiones quinta y sexta por tener naturaleza hipotética ¹⁴⁸.

Doctrina. Para responder a la primera pregunta, el Tribunal de Justicia recuerda las premisas sobre la situación de los consumidores declaradas en las anteriores sentencias, pero indica que el asunto se distingue de los que dieron lugar a las sentencias *Pannon GSM* ¹⁴⁹ y *VB Pénzügyi Lízing* ¹⁵⁰, por el hecho de que versa sobre la definición de las responsabilidades que, en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, incumben al juez nacional, en el marco de un proceso monitorio, antes de que el consumidor haya formulado oposición.

El TJUE declara que al no existir armonización de los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales corresponden al ordenamiento jurídico interno

¹⁴⁸ *Ibid.*, apdos. 74 a 88

¹⁴⁹ Asunto C-243/08. STJUE de 4 de junio de 2009. *Pannon GSM*.

¹⁵⁰ Asunto C-137/08. STJUE de 9 de noviembre de 2010. *VB Pénzügyi Lízing*.

de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, pero siempre que tales normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad).

A continuación, lleva a cabo el test de equivalencia y el de efectividad. Respecto del primero señala que no cuenta con ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la conformidad con dicho principio de la normativa controvertida en el litigio principal ¹⁵¹.

El Tribunal de Justicia declara que en virtud de los artículos 815, apartado 1, y 818, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia del juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio se circunscribe a comprobar que concurren los requisitos formales para iniciar dicho procedimiento, en cuyo caso deberá dar curso favorable a la demanda y dictar un requerimiento de pago con carácter ejecutivo, sin poder examinar –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– la procedencia de la demanda a la luz de los datos de que disponga, salvo en caso de que el deudor se niegue a pagar la deuda o formule oposición dentro de un plazo de veinte días contados a partir de la fecha de la notificación del mencionado requerimiento de pago, añadiendo el TJUE que el escrito de oposición deberá necesariamente ir firmado por abogado en los litigios que excedan de una determinada cuantía fijada por la ley, cuantía que, en la fecha de los hechos que dieron lugar al litigio principal, se elevaba a 900 euros ¹⁵².

En ese contexto, el TJUE declara que un régimen procesal de ese tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 ¹⁵³. Añade el TJUE que existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía

¹⁵¹ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*, apdo. 47.

¹⁵² *Ibid.*, apdos. 51 y 52.

¹⁵³ *Ibid.*, apdo. 53.

de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen. También aduce el TJUE que bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 ¹⁵⁴. En base a esos razonamientos, el TJUE declara que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos ¹⁵⁵. Por ello, respondió a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio *—in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE señala que el legislador de la Unión previó expresamente, tanto en el segundo fragmento de frase del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como en el vigesimoprimero considerando de esta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si este puede subsistir «sin las cláusulas abusivas». Por ese motivo, declara el TJUE que del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes

¹⁵⁴ *Ibid.*, apdos. 54 y 55.

¹⁵⁵ *Ibid.*, apdo. 56.

para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible, viniendo confirmada esta interpretación, además, por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13 ¹⁵⁶.

Para resolver esta cuestión el TJUE se apoya en las conclusiones de la Abogada General sra. Trstenjak ¹⁵⁷ en el sentido de que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada 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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales ¹⁵⁸. Añade el TJUE que aunque se reconociera al juez nacional la facultad de integrar las cláusulas abusivas, esta facultad no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas y esa facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección. La conclusión obtenida por el TJUE es evidente: el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor ¹⁵⁹.

Aclara el TJUE que incumbe al tribunal remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y

¹⁵⁶ *Ibid.*, apdos. 64 a 66.

¹⁵⁷ Asunto C-618/10 Conclusiones de la Abogada General Sra. Trstenjak presentadas el 14 de febrero de 2012.

¹⁵⁸ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito* apdo. 69.

¹⁵⁹ *Ibid.*, apdo. 71.

aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta. Pero tras esa observación y para evitar cualquier duda, el TJUE manifiesta que procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva ¹⁶⁰.

Comentarios. Mediante la sentencia *Banco Español de Crédito* el TJUE extendió la doctrina sobre actuación de oficio del juez para apreciar la naturaleza abusiva de las cláusulas en contratos de consumidores a los procedimientos monitorios o acelerados antes de que el consumidor formule una eventual oposición. Se antepone, por tanto, la garantía de protección de los derechos de los consumidores a la agilidad procesal que caracteriza el procedimiento monitorio o acelerado. Debemos observar que el legislador español tardó más de tres años en adaptar el monitorio de la LEC a lo declarado por el TJUE, lo que hizo mediante la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Es conveniente señalar que el TJUE no siguió la opinión de la Abogada General en cuanto a la primera cuestión, ya que esta sostuvo que la imposición de una obligación de examinar exhaustivamente en el proceso monitorio y de pronunciarse *ab limine litis* sobre la nulidad de una cláusula de intereses de demora incluida en un contrato de crédito al consumo conduciría a una transformación fundamental en el modo de funcionamiento de este procedimiento que eliminaría una ventaja esencial del proceso monitorio en términos de eficiencia, en concreto, la rápida satisfacción de créditos pecuniarios no impugnados ¹⁶¹.

En ese sentido, considera la Abogada General que el efecto útil del sistema establecido por la Directiva 93/13 no se ve mermado si no se obliga al órgano jurisdiccional nacional a pronunciarse de oficio y *ab limine litis* sobre el carácter no vinculante de una cláusula abusiva incluida en un contrato de crédito al consumo, coincidiendo con la opinión unánime de quienes formularon observaciones en el procedimiento, siendo suficiente para garantizar la protección del

¹⁶⁰ *Ibid.*, apdos. 72 y 73.

¹⁶¹ Asunto C-618/10. Conclusiones de la Abogada General Sra. Trstenjak, apdo. 56.

consumidor frente a pretensiones basadas en cláusulas contractuales abusivas, con dar al consumidor contra el que se solicita la expedición de un requerimiento de pago (como ocurre en general en los procesos monitorios nacionales) la oportunidad de defenderse jurídicamente formulando su oposición. No apreciaba la Abogada General vulneración alguna del principio de efectividad. Por ello, su propuesta –no seguida por el TJUE– fue declarar que los principios de equivalencia y de efectividad no exigen que se imponga al juez nacional la obligación de pronunciarse de oficio y *ab limine litis* sobre el carácter no vinculante de una cláusula abusiva incluida en un contrato de crédito al consumo, no viendo la necesidad de limitar la autonomía procesal de los Estados miembros para dotar de efectividad a la protección al consumidor.

Sí fue seguida por el TJUE su propuesta en el sentido de que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a una norma nacional que autoriza al órgano jurisdiccional a integrar un contrato de consumo, sustituyendo una cláusula contractual abusiva por otra que no lo sea. Considera, por tanto, el TJUE que no cabe la moderación de la cláusula abusiva, sino que el juez ha de ordenar su eliminación, ya que lo contrario debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores.

Con relación a la primera cuestión, Peter Rott¹⁶² considera laudable que el Tribunal de Justicia no haya seguido el argumento de la Sra. Trstenjak y que en su lugar haya sostenido su visión práctica y realista de protección de los consumidores como parte débil. El citado autor hace constar la penosa realidad de muchos Estados miembros en los que, más de veinte años después de la adopción de la Directiva sobre cláusulas abusivas y alrededor de treinta y cinco años después de la adopción de las primeras leyes nacionales –por ejemplo, la legislación alemana sobre cláusulas tipo¹⁶³ de 1976 y la legislación británica sobre cláusulas contractuales abusivas¹⁶⁴ de 1977– para combatir las cláusulas abusivas, estas cláusulas continúan siendo ampliamente usadas por los profesionales y ejercitadas en contra de los consumidores¹⁶⁵.

Rott indica que los procedimientos acelerados no han sido objeto de armonización a nivel de la Unión, pero, a pesar de las diferencias existentes en los Estados miembros, generalmente suelen tener dos fases. La primera consiste en una fase escrita, durante la cual el juzgado –con frecuencia, no el juez,

¹⁶² ROTT, P., «Case note on Banco Español de Credito v. Joaquín Calderón Camino», *European Review of Contract Law*, volumen 8, número 4, edit. De Gruyter, 2012, p. 473

¹⁶³ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1976).

¹⁶⁴ UK Unfair Contract Terms Act (1977).

¹⁶⁵ ROTT, P., «Case note on Banco Español de Credito...», *op. cit.*, p. 471.

sino un oficial o secretario— examina algunos requisitos formales y solo rechaza demandas sin fundamento. La decisión puede ser impugnada por el consumidor, normalmente en un corto periodo de tiempo. Si el consumidor se opone, se inicia un procedimiento contradictorio. El caso litigioso se refiere a la primera fase en la que normalmente el consumidor no es oído. Según el autor, la cuestión es muy importante porque una gran parte de las reclamaciones son tramitadas a través del procedimiento acelerado, entre ellas, las reclamaciones de entidades bancarias y la mayoría de las resoluciones en esta primera fase no son impugnadas por los consumidores ¹⁶⁶.

El autor afirma que el planteamiento del TJUE —así, cuando este indica que el procedimiento acelerado puede ser utilizado intencionadamente por los profesionales para privar a los consumidores de la protección de la Directiva 93/13— refleja la realidad de la relación entre acreedor-deudor, particularmente, cuando se trata de consumidores que no pueden afrontar los pagos. La experiencia demuestra, según el autor, que cuando los consumidores están sobre-endeudados y no pueden pagar sus deudas, tienden a mostrarse pasivos en relación a las reclamaciones que reciben. Por un lado, son conscientes de que no han cumplido con los pagos; pero, a la vez, tampoco entienden los detalles reclamados como intereses, costas, etc. Por otro lado, al estar endeudados en exceso los consumidores no tienen medios para buscar defensa legal y, al menos, oponerse a la primera resolución judicial. El autor afirma —con toda razón, desde nuestro punto de vista— que este tipo de consumidor no tiene nada que ver con ese consumidor activo e informado que la Abogada General Trstenjak parece haber tenido en mente ¹⁶⁷.

También por mi parte considero que ha sido positivo que el TJUE no haya seguido el planteamiento de la Abogada General de priorizar el principio de autonomía procesal y la naturaleza de procedimiento rápido y eficaz del monitorio frente a la protección del consumidor. De hecho, esa pérdida de peso del principio de autonomía procesal frente a los principios de efectividad y equivalencia fue agudizándose en los planteamientos del TJUE a tenor de las sentencias que sucedieron a esta y visto ya desde la perspectiva del período transcurrido que no ha sido mucho, pero sí intenso en cuanto a pronunciamientos de enorme trascendencia que han supuesto la declaración de incompatibilidad con el Derecho de la Unión de numerosos preceptos de Derecho procesal nacional, podría afirmarse que la «devaluación» del principio de autonomía

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 472.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 474-475.

procesal de los Estados miembros ha traído consecuencias muy favorables para la protección de los consumidores.

Una cuestión completamente distinta que escapa a la voluntad del Tribunal de Justicia al dictar la sentencia e incluso a la intención del legislador al reformar nuestro procedimiento monitorio –con enorme retraso de tres años– se refiere a si en la práctica los jueces examinan de oficio cumplidamente los contratos que se le presentan con el monitorio y se detienen, por ejemplo, a comprobar si el interés moratorio es abusivo o no, o bien se limitan a rellenar –u ordenar a los funcionarios judiciales que las rellenen– las resoluciones estandarizadas en las que se dice que han examinado los documentos y no han apreciado cláusulas abusivas. Sería muy interesante tener datos estadísticos sobre monitorios en los que el juez aprecia cláusulas abusivas de oficio. Nos tememos que la carga de trabajo que soportan nuestros jueces hace que en muchos casos no se lleve a cabo un examen de oficio sobre la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de consumidores dejando en letra muerta los logros conseguidos por el Derecho de la Unión.

Con respecto a esta primera cuestión prejudicial, Micklitz y Kas¹⁶⁸ observan que el TJUE enfatiza que el control judicial debe estar presente a fin de impedir que los profesionales inicien un monitorio en lugar de un procedimiento ordinario con la intención de privar a los consumidores del beneficio de la protección facilitada por la Directiva.

Micklitz y Kas señalan que el TJUE ha dejado claro que el juez nacional tiene que dejar sin efecto la cláusula abusiva en su integridad y no le está permitido atenuar su contenido hasta lo que considere justo. Estos autores añaden que el resultado de esta declaración tiene amplias consecuencias¹⁶⁹.

Según Rott la postura del Tribunal de Justicia no es revolucionaria, sino que ha sido práctica habitual en juzgados de muchos Estados miembros, indicando que los juzgados alemanes excluyeron desde hace bastante tiempo la posibilidad de reducir el significado de una cláusula hasta un grado aceptable de libertad contractual (*Verbot geltungserhaltender Reduktion*¹⁷⁰) y que esta línea de razonamiento también puede encontrarse en las decisiones de los tribunales ingleses¹⁷¹.

El mismo autor, comentando la sentencia de forma genérica, incide en el problema existente en muchos Estados miembros cuyo sistema procesal (en el

¹⁶⁸ MICKLITZ, H. W., y KAS, B., Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008-2013) -Part I, *European Review of Contract Law*, edit. De Gruyter, 2014, p. 20.

¹⁶⁹ MICKLITZ, H. W., y KAS, B., p. 20.

¹⁷⁰ Una traducción literal podría girar en torno a: «prohibición de conservar la validez de la reducción».

¹⁷¹ ROTT, P., «Case note on Banco Español de Crédito...», *op. cit.*, p. 477.

ámbito de consumidores) todavía está basado en la igualdad de las partes y existe el riesgo de que los profesionales usen o abusen de sus ventajas procedimentales, poniendo como ejemplo que en el asunto en cuestión Banesto reclama 29.381,95 euros mediante el monitorio, siendo el importe máximo que se podía reclamar en la fecha de los hechos a través de este procedimiento 30.000 euros. Finaliza sus comentarios con unas observaciones nada desdeñables sobre el hecho de que la sentencia representa también una contribución al desarrollo de la protección de consumidores en el Derecho de la Unión en la medida en que presenta una imagen diferente del consumidor. Parece que se reconoce que no todos los consumidores representan un término medio en cuanto a información y razonabilidad. Se comienza a reconocer la existencia del consumidor vulnerable en especial con relación a servicios financieros. Este artículo fue publicado en 2012¹⁷² y después vendrían otras sentencias muy trascendentales donde el TJUE tiene en cuenta esa vulnerabilidad del consumidor en determinadas circunstancias, en especial, cuando está en riesgo la pérdida de la vivienda familiar.

En cuanto al litigio nacional debemos mencionar el significativo papel del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell que dictó el auto en el que de oficio declaró la nulidad de la cláusula contractual que fijaba el interés moratorio en el 29 % y lo redujo al 19 %, requiriendo a la entidad bancaria actora para que aportase nuevo cálculo de intereses. Ese auto fue recurrido por Banesto ante la Audiencia Provincial que en el marco del recurso de apelación planteó la cuestión prejudicial que, finalmente, dio lugar a que el TJUE estableciera la incompatibilidad de la regulación del monitorio prevista en la LEC con la Directiva 93/13 y la imposibilidad de moderar la cláusula abusiva. Por tanto, es indudable la valentía y el mérito del juez de Sabadell que, utilizando como argumentación la jurisprudencia del TJUE, «se saltó» lo previsto en los artículos 815 y 818 LEC y declaró de oficio la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses de demora en el trámite de admisión de la petición de monitorio. También es de reconocer la prudente e inteligente actitud de la Audiencia Provincial que en el marco del recurso de apelación planteó la petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. Anecdóticamente, es de señalar que la Audiencia Provincial «critica» al juez de la instancia por determinar el interés de demora en el 19 %, siguiendo «un proceso ignoto y arcano», en palabras de la Audiencia, sin haber utilizado alguno de los criterios que en ese momento se utilizaban para integrar la cláusula nula. A la postre, la actuación de los jueces españoles como jueces europeos dio lugar a una

¹⁷² *Ibid.*, pp 478-480.

sentencia que marcó dos hitos en la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de consumidores, el primero relativo a la obligación de actuación del juez de oficio también en procedimientos monitorios o acelerados y el segundo concerniente a la declaración categórica y concluyente de que no cabe la moderación de la cláusula abusiva, sino que procede simple y llanamente su eliminación.

Es de observar que una vez resuelta por el TJUE la cuestión prejudicial, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó auto con fecha de 29 de octubre de 2012 ¹⁷³ en el que declaró que estaba vinculada por la interpretación auténtica que del Derecho de la Unión había realizado el TJUE. Consecuencia de ello, desestimó el recurso de apelación de la entidad Banco Español de Crédito, confirmó la nulidad absoluta de la cláusula de intereses moratorios contenida en el contrato de préstamo al consumo litigioso y ordenó la admisión a trámite de la demanda en reclamación tan solo de 25.872 euros, más los intereses legales, que la parte actora debería liquidar para la admisión (parte dispositiva de la sentencia). Es decir, la Audiencia Provincial establece que el actor tiene derecho a los intereses de demora que han de ser los legales desde el momento de la mora (Fundamento de Derecho 6).

Finalmente, es de añadir que el legislador español mediante la ley 3/2014 modificó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a fin de adaptar el artículo 83 a lo declarado por el TJUE, eliminando la posibilidad de moderar una cláusula abusiva.

En el apartado III de la exposición de motivos el legislador explica que la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 *Banco Español de Crédito*, dado que el TJUE ha entendido que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y que, en función de ello, se modifica la redacción del artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 ¹⁷⁴. En

¹⁷³ Auto de 29 de octubre de 2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14. Núm. Resolución 222/2012. ES: APB:2012:7113A.

¹⁷⁴ El artículo 83 pasó a tener la redacción que figura a continuación y que ha sido modificada posteriormente: «Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.»

En la actualidad dicho precepto consta de un segundo párrafo que reza así:

«Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

dicho apartado III de la exposición de motivos el legislador explicó el pronunciamiento de la sentencia *Banco Español de Crédito* ¹⁷⁵.

Caso 139. *Finanmadrid EFC* ¹⁷⁶: La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa procesal española porque esta, por un lado, preveía que era el secretario judicial el que dictaba el requerimiento de pago, no figurando entre sus competencias la apreciación del carácter eventualmente abusivo de una cláusula contenida en un contrato que sirve de fundamento al crédito, y, por otro lado, no permitía al juez que conoce la ejecución de ese requerimiento de pago –convertido en decreto de terminación del monitorio– llevar a cabo la apreciación sobre la posible existencia de cláusulas abusivas, ya que dicha resolución ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

Hechos. La cuestión prejudicial se formuló en el contexto de la ejecución del decreto dictado por el secretario judicial que dio por terminado el proceso monitorio que había presentado una entidad financiera contra el deudor y sus fiadores solidarios por impago de un préstamo ¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Reza así la exposición de motivos: «El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios».

¹⁷⁶ Asunto C-49/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de Febrero de 2016. *Finanmadrid E. F. C., S. A.* contra Jesús Vicente Albán Zambrano, María Josefa García Zapata, Jorge Luis Albán Zambrano y Miriam Elisabeth Caicedo Merino. Petición dirigida al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena. EU: C:2016:98. El Abogado General Sr. Szpunar presentó sus conclusiones en audiencia pública el 11 de noviembre de 2015.

¹⁷⁷ En junio de 2006 el sr. Jesús Vicente Albán Zambrano suscribió un contrato de préstamo por importe de 30.000 euros con la entidad *Finanmadrid* para financiar la compra de un vehículo, figurando como fiadores solidarios del primero otras tres personas. El préstamo se devolvía en 84 mensualidades, siendo el tipo de interés del 7 % anual, el interés de demora mensual del 1,5 % y la comisión de penalización por incumplimiento de 30 euros por recibo impagado. Al haber impagado las cuotas el consumidor desde principios de 2011, *Finanmadrid* declaró el vencimiento anticipado del préstamo el 8 de julio de 2011 e interpuso procedimiento monitorio en reclamación de las cantidades adeudadas en noviembre de 2011. El secretario judicial declaró admisible la petición y requirió a los demandados para que pagaran en un plazo de 20 días la suma de 13.447,01 euros más intereses o para que formularan oposición exponiendo las razones por las que entendían que no debían parcial o totalmente esa suma. En junio de 2012, al no haber interpuesto oposición los demandados, el secretario judicial dictó decreto dando por terminado el procedimiento monitorio y en julio de 2013 *Finanmadrid* solicitó al juzgado la ejecución del decreto. En septiembre de 2013, el juez de primera instancia instó a las partes a fin de que presentaran observaciones

El TJUE consideró que las preguntas primera y segunda debían contestarse conjuntamente y reformuló las mismas entendiendo que el juez remitente preguntó si la Directiva 93/13 se opone a una normativa nacional 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 entre profesional y consumidor, cuando la autoridad que conoció la petición de juicio monitorio carece de competencia para llevar a cabo dicha apreciación.

El Juzgado de Primera Instancia de Cartagena también formuló dos preguntas relativas a la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con la Carta en relación a las cuales el TJUE señaló que no procedía su contestación porque el juzgado remitente no había indicado las razones por las que se le había suscitado la duda de si es compatible la normativa nacional con el artículo 47 de la Carta y dado que el auto de remisión no contenía indicaciones suficientemente precisas y completas que permitan al TJUE dar una respuesta útil a esas cuestiones. De hecho, las preguntas efectuadas por el juzgado remitente, tal y como fueron publicadas en el DOUE con fecha de 5 de mayo de 2014, ni siquiera contenían una referencia al artículo 47 de la Carta u otra disposición de esta, sino que se referían genéricamente a este instrumento normativo.

Doctrina. Para contestar a las preguntas primera y segunda, parte el TJUE de lo ya declarado en relación con el procedimiento monitorio de nuestra LEC en la sentencia *Banco Español de Crédito*¹⁷⁸, matizando que la normativa procesal aplicable a aquel asunto atribuía al juez y no al secretario judicial la competencia para dictar el requerimiento de pago. El TJUE analiza si la normativa procesal nacional es conforme a los principios de equivalencia y efectividad, no teniendo nada que objetar con relación al primero.

En su análisis de la norma controvertida, el TJUE observa el hecho de que salvo que la cantidad reclamada no sea correcta o que el deudor formule oposición al requerimiento de pago, concluye el procedimiento sin intervención del juez. De esta forma, el juez que conoce de la ejecución del requerimiento de pago carece de competencia para apreciar la existencia de cláusulas abusivas y se podría hacer valer ese título ejecutivo ante el consumidor sin haberse llevado a cabo esa apreciación¹⁷⁹.

acerca del posible carácter abusivo de algunas de las cláusulas del contrato y acerca de si la normativa sobre el procedimiento monitorio vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, indicando el juez que no había sido informado por el secretario judicial ni de la petición de juicio monitorio ni del examen por este ni del resultado del examen.

¹⁷⁸ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

¹⁷⁹ Asunto C-49/14. STJUE de 18 de febrero de 2016. *Finanmadrid*, apdo. 45.

Afirma el TJUE que ese régimen procesal puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13. Esa efectividad solo se puede garantizar si la normativa procesal nacional prevé un control de oficio del posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato ya sea durante el procedimiento monitorio o en el procedimiento de ejecución del requerimiento de pago¹⁸⁰. Con arreglo al Derecho procesal español, no figura entre las competencias del secretario judicial la apreciación del carácter eventualmente abusivo de una cláusula contenida en un contrato que sirve de fundamento al crédito.

El problema apuntado por el TJUE es que la resolución del secretario judicial pone fin al procedimiento monitorio y adquiere fuerza de cosa juzgada, haciendo ello imposible el control de las cláusulas abusivas en la fase de ejecución del requerimiento de pago¹⁸¹. En ese punto, el TJUE recuerda lo ya dicho en la sentencia *Banco Español de Crédito* en el sentido de que existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la petición de juicio monitorio presentada por los profesionales, y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen¹⁸².

El TJUE considera que la normativa controvertida relativa al sistema de aplicación del principio de cosa juzgada en el marco del proceso monitorio, no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos.

De esta forma, concluye el TJUE que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional 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 apreciación¹⁸³.

¹⁸⁰ *Ibid.*, apdo. 46.

¹⁸¹ *Ibid.*, apdo. 51.

¹⁸² *Ibid.*, apdo. 52.

¹⁸³ *Ibid.*, apdo. 55.

Comentarios. En el momento de los hechos enjuiciados en *Finanma-drid EFC*, el monitorio español, por un lado, preveía que era el secretario judicial el que dictaba el requerimiento de pago, por lo que no tenía –según el TJUE– la competencia necesaria para realizar la apreciación sobre el posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato base de dicho requerimiento y, por otro, no permitía al juez que conoce la ejecución de ese requerimiento de pago –convertido en decreto de terminación del monitorio– llevar a cabo la apreciación sobre la posible existencia de cláusulas abusivas, ya que dicha resolución ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

Llama la atención el hecho de que en sus conclusiones¹⁸⁴ el Abogado General, tras señalar que el Derecho español ha concedido al secretario judicial la competencia de examinar la petición de proceso monitorio y de dictar decretos, asimilados a resoluciones judiciales, presenta como solución que la legislación nacional deba imponer al secretario judicial la obligación de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, en caso de duda, de dar cuenta al juez, permitiendo el examen de la cláusula contractual en un procedimiento en que rija el principio de contradicción.

Para llegar a esta conclusión el Abogado General parte de la idea de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la función del juez en el control de las cláusulas abusivas debe extenderse al resto de los miembros de los órganos jurisdiccionales, como los secretarios, cuando se les transfieran competencias que incidan directamente en la aplicación de la Directiva 93/13.

Como puede observarse, este planteamiento es radicalmente opuesto al que después adopta el TJUE. Así, mientras que el Abogado General considera que en el marco de esa legislación procesal la labor de control de las cláusulas abusivas puede ejercerla el secretario judicial, el TJUE va a resolver en el sentido de que la normativa procesal española no es compatible con la Directiva ya que no permite al juez de la ejecución apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación. Es decir, el TJUE estima que el secretario judicial no tiene la competencia necesaria para llevar a cabo el control frente a la opinión del Abogado General sr. Szpunar de que se puede extender esa función al secretario judicial.

Resulta interesante observar que en el seno del Tribunal de Justicia coetáneamente a que se produjera este debate en el marco del procedimiento monitorio, se estaba llevando a cabo otro de similares características en el contexto

¹⁸⁴ Asunto C-49/14. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 11 de noviembre de 2015.

del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, concretamente en el asunto *Imtech Marine Belgium NV*¹⁸⁵.

En el referido asunto, cuya sentencia fue dictada el 17 de diciembre de 2015, es decir, algunos meses antes que la sentencia en *Finanmadrid EFC*, pero posteriormente a las conclusiones del Sr. Szpunar en el asunto *Finanmadrid EFC*, el TJUE consideró que el artículo 6 del Reglamento núm. 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo debe quedar reservada al juez¹⁸⁶, porque son indispensables las cualificaciones jurídicas de un juez para ello, sin perjuicio de que el secretario pueda realizar el acto formal de expedir el certificado una vez adoptada por el juez la resolución relativa a la certificación como título ejecutivo europeo. El Abogado General designado en ese asunto, Sr. Cruz Villalón propuso esa respuesta que fue seguida por el TJUE.

Volviendo al presente asunto, el Abogado General Sr. Szpunar llega a la conclusión de que el principio de efectividad se opone a la norma procesal española porque esta no impone la obligación de controlar de oficio la ineficacia de una eventual cláusula abusiva en la fase de examen de una petición de proceso monitorio que se tramita ante el secretario judicial y tampoco permite al juez encargado de la ejecución del requerimiento apreciar de oficio dicha ineficacia. También debemos aludir a la postura del Abogado General en relación con la compatibilidad de las normas procesales controvertidas con la Carta (cuestiones tercera y cuarta).

En ese sentido, estima el Abogado General que el grado de tutela judicial de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores es mayor que el derivado del artículo 47 de la Carta para cualquier parte de un litigio civil que atañe al Derecho de la Unión¹⁸⁷, razón por la cual entiende el Abogado General que, aunque la Directiva 93/13 y el principio de efectividad se oponen a las normas nacionales de que se trata, no ocurre lo mismo con el artículo 47 de la Carta¹⁸⁸.

Desde mi consideración de configurar el principio de efectividad como una faceta o aspecto dentro del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 47 de la Carta resulta difícil compartir la postura del Sr. Szpunar. Parece evidente que el TJUE no comparte el punto de vista del Sr.

¹⁸⁵ Asunto C-300/14. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2015 *Imtech Marine Belgium Nv y Radio Hellenic SA*. Cuestión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Apelación de Amberes, Bélgica. EU: C:2015:825.

¹⁸⁶ *Ibid.*, apdo. 50.

¹⁸⁷ Asunto C-49/14 Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, apdo. 90.

¹⁸⁸ *Ibid.*, apdo. 89.

Szpunar e incluso podríamos decir que, desde la perspectiva del TJUE, el análisis del derecho a la tutela judicial aplicado al asunto que corresponda va adquiriendo una cierta preponderancia con respecto al análisis del principio de efectividad. En ese sentido, podemos aludir al hecho de que en el asunto *Profi Credit Polska*, al tratar idénticos problemas, la Abogada General Sra. Kokott se refiere a la vulneración del principio de efectividad, mientras que en su sentencia el TJUE analiza y considera infringido el derecho a la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, es indudable la difícil configuración de la relación entre ambos.

Es satisfactorio comprobar las repercusiones que tienen las enseñanzas de esta jurisprudencia sobre los Estados miembros, particularmente, mediante la reforma de 5 de octubre de 2015 del régimen procesal español¹⁸⁹, lo que legitima la obra creadora del Tribunal de Justicia a través de la cual este pretende corregir la situación de desequilibrio existente en los contratos de consumo entre el consumidor y el profesional¹⁹⁰.

Caso 140. *Aktiv Kapital Portfolio*¹⁹¹: La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución de un auto de conclusión de un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que haya dado lugar a ese auto, cuando, por falta de oposición del consumidor en el proceso monitorio, el juez que haya dictado el auto no estuviera facultado para proceder a ese examen.

Hechos. La cuestión prejudicial es elevada durante la ejecución del auto judicial de conclusión de un proceso monitorio formulado contra el consumidor sr. Egea Torregrosa por parte de la entidad financiera Aktiv Kapital

¹⁸⁹ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Entre otros procedimientos, se modifica el monitorio en los números 76 a 78 del artículo único de la Ley 42/2015 adaptándolo a lo declarado por el TJUE en la sentencia Banco Español de Crédito de 14 de junio de 2012.

¹⁹⁰ LIPPENS, T., «Arrêt Finanzmadrid EFC: l'obligation impérative de soulever d'office les clauses abusives s'étend au juge de l'exécution d'une injonction de payer», *European Journal of Consumer Law*, vol.1, 2016, p. 138.

¹⁹¹ Asunto C-122/14. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 21 de junio de 2016, Aktiv Kapital Portfolio AS contra Angel Luis Egea Torregrosa (C-122/14). Petición dirigida al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena, (Murcia). EU: C:2016:486. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar, al que le fue asignado.

Portfolio –a la que otra entidad financiera había cedido su crédito contra el primero– por el impago de las cuotas del préstamo¹⁹².

El juez remitente vino a preguntar al TJUE si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución del auto de conclusión de un proceso monitorio examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que haya dado lugar a ese auto, cuando, por falta de oposición del consumidor en el proceso monitorio, el juez que haya dictado el auto no estuviera facultado para proceder a ese examen.

Doctrina. Es de señalar que el TJUE resuelve este asunto mediante auto motivado en lugar de sentencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia al considerar que la respuesta se puede deducir claramente de la jurisprudencia o no suscita ninguna duda razonable¹⁹³.

Para introducir la cuestión el TJUE se remite a las dos sentencias dictadas con relación al procedimiento monitorio de la LEC, *Banco Español de Crédito*¹⁹⁴ y *Finanmadrid*¹⁹⁵ - 196.

¹⁹² El consumidor había celebrado un contrato de préstamo mercantil con la entidad Citifin EFC, S. A. Tras haberse cedido el crédito a Aktiv Kapital Portfolio, esta entidad formuló contra el sr. Egea procedimiento monitorio en mayo de 2008 en reclamación de la suma de 6.435,93 euros. En julio de 2008, el juez llevó a cabo el examen formal de la petición de juicio monitorio y del título de crédito acompañado y requirió al deudor por plazo de 20 días para que pagase o formulase oposición. Al no haber realizado este ni lo uno ni lo otro, en octubre de 2008, el juzgado dictó el auto que daba terminación al proceso monitorio y permitía abrir la vía ejecutiva. La parte demandante formuló la demanda de ejecución solicitando el embargo de bienes del deudor por importe de 6.435.93 euros de principal más 1.930,78 euros en concepto de intereses y costas presupuestados de forma que con dicha demanda se iniciaba la fase ejecutiva tramitada ante el mismo órgano jurisdiccional. El juez se plantea el posible carácter abusivo de la cláusula que fija los intereses de demora en el contrato que sirvió de base para la petición del procedimiento monitorio y, por tanto, para el auto judicial que dio por terminado dicho procedimiento y constituye el título judicial que es objeto de ejecución ante dicho órgano judicial. El planteamiento del juez responde al hecho de que ni cuando dictó el auto que daba por terminado el monitorio ni al dictar el auto que despacha la ejecución se ha encontrado facultado para examinar si existen cláusulas abusivas en el contrato base. Es de observar que a la fecha en la que el juez remitente formuló la cuestión prejudicial –7 de marzo de 2014–, ya había sido dictada por el TJUE la sentencia *Banco Español de Crédito* – 14 de junio de 2012–, pero el legislador español no había adaptado aún el procedimiento monitorio de la LEC a lo declarado por el TJUE en dicha sentencia – ello lo realizaría mediante la Ley 42/2015 de 5 octubre–. Por esa razón, el juzgado remitente, al formular la cuestión, informó al TJUE que el auto dando terminación al procedimiento monitorio fue dictado antes que la sentencia *Banco Español de Crédito* fuese dictada y que dicho auto –cuya ejecución se estaba solicitando– estaba dotado del efecto de cosa juzgada conforme a los artículos 551 y 552 en relación con el artículo 816.2, todos de la LEC.

¹⁹³ Asunto C-122/14. Auto del TJUE de 21 de junio de 2016, *Aktiv Kapital Portfolio*, apdo. 22.

¹⁹⁴ C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*.

¹⁹⁵ C-49/14. STJUE de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid*.

¹⁹⁶ Asunto C-122/14. Auto del TJUE de 21 de junio de 2016, *Aktiv Kapital Portfolio*, apdos. 26 y 27.

El TJUE asume el planteamiento del juez remitente al declarar que cuando no existe oposición del deudor en el monitorio el juez no está facultado para declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas y en la fase de ejecución el Derecho procesal español no contempla el control del carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el contrato que sirvió de base para el monitorio, dado que el juez de la ejecución solo examina el título ejecutivo que es el auto por el que se termina el monitorio que ha adquirido fuerza de cosa juzgada¹⁹⁷. Al no existir control de oficio ni en una ni en otra fase ese régimen procesal puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende la Directiva 93/13.

El Tribunal de Justicia reitera lo ya declarado en *Finanmadrid* en el sentido de que existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la petición de juicio monitorio presentada por los profesionales y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen.

El TJUE analiza el hecho de que el auto de conclusión del monitorio tenga fuerza de cosa juzgada, concluyendo que la normativa controvertida en el litigio relativa al sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada en el marco del proceso monitorio no respeta el principio de efectividad haciendo imposible o excesivamente difícil aplicar la protección que confiere la Directiva 93/13 a los consumidores¹⁹⁸.

Por todo ello, el TJUE concluye que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución de un auto de conclusión de un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que haya dado lugar a ese auto, cuando, por falta de oposición del consumidor en el proceso monitorio, el juez que haya dictado el auto no estuviera facultado para proceder a ese examen¹⁹⁹.

Comentarios. El mismo juzgado que formuló la cuestión prejudicial en el asunto *Finanmadrid* elevó un mes después esta segunda remisión prejudicial

¹⁹⁷ *Ibid.*, apdos. 28 y 29.

¹⁹⁸ *Ibid.*, apdo. 38.

¹⁹⁹ *Ibid.*, apdo. 39.

al TJUE relativa al procedimiento monitorio, siguiendo la brecha abierta por la sentencia *Banco Español de Crédito*, habiendo considerando el TJUE en los tres asuntos la normativa procesal española reguladora del procedimiento monitorio contraria al Derecho de la Unión. Con posterioridad, el TJUE ha tenido la oportunidad de examinar otros procedimientos nacionales monitorios como el eslovaco (*EOS KSI Slovensko*²⁰⁰), el polaco (*Profi Credit Polska*²⁰¹, *PKO Bank Polski*²⁰², *Profi Credit Polska y Bogumila Wlostowska y otros*²⁰³) y el búlgaro (*Profi Credit Bulgaria*²⁰⁴).

Analizando conjuntamente los tres asuntos españoles (*Banco Español de Crédito*, *Finanmadrid* y *Aktiv Kapital Portfolio*) hay que señalar que el primero se caracteriza por situarse temporalmente en la primera fase del procedimiento monitorio, antes de que se formule la oposición, centrándose el TJUE en la imposibilidad de control de oficio por parte del juez, cuestión que también ocupa un papel esencial en el segundo, pero motivada por el hecho de que el control del juez es sustituido por el de otra persona —el secretario judicial— que no tiene su competencia, en relación con el sistema de aplicación del principio de cosa juzgada al adquirir ese efecto la resolución del secretario judicial. En este tercer asunto, adquiere aún mayor protagonismo el sistema de aplicación del principio de cosa juzgada porque se contempla el monitorio cuando ya ha terminado.

Una vez que se ha dictado el auto de terminación del monitorio y se inicia el proceso ejecutivo, no hay «marcha atrás». Ese auto fue dictado sin que el juez estuviera facultado para examinar de oficio el posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato sobre el que se basó el requerimiento de pago del monitorio y, ahora, una vez que el auto ha devenido firme, tampoco es susceptible de revisión por el juez. Sería algo así como la «tormenta perfecta» en beneficio del profesional, por lo que también serían de aplicación en este asunto las palabras del TJUE en *Banco Español de Crédito* cuando manifestaba que bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13.

²⁰⁰ Asunto C-488/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko*.

²⁰¹ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska*.

²⁰² Asunto C-632/17. Auto del TJUE de 28 de noviembre de 2018, *PKO Bank Polski*.

²⁰³ Asuntos C-419/18 y C-483/18. STJUE de 7 de noviembre de 2019, *Profi Credit Polska y Bogumila Wlostowska y otros*.

²⁰⁴ Asunto C-170/21. STJUE de 30 de junio de 2022, *Profi Credit Bulgaria*.

Caso 141. *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*²⁰⁵: El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a un procedimiento que permite expedir un requerimiento de pago, cuando el juez que conoce de una demanda de requerimiento de pago no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato controvertido, ya que los requisitos para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la citada Directiva.

Hechos. La remisión prejudicial se eleva en el marco de un procedimiento monitorio instado por una entidad financiera contra un consumidor con base en un pagaré suscrito por este para el pago de las cantidades supuestamente adeudadas como consecuencia de un contrato de préstamo al consumo concedido por la entidad financiera al consumidor²⁰⁶.

Con arreglo a la reformulación efectuada por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que permite expedir un requerimiento de pago basado en un pagaré formalmente correcto, que garantiza un crédito nacido de un contrato de crédito al consumo, cuando el juez que

²⁰⁵ Asunto C-176/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska S. A. w Bielsku Bialej contra Mariusz Wawrzosek*. Petición dirigida al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Tribunal de Distrito de Siemianowice Slaskie, Sala Primera de lo Civil, Polonia. EU: C:2018:711. La Abogada General Sra. Kokott presentó sus conclusiones en audiencia pública el 26 de abril de 2018.

²⁰⁶ Mediante un contrato-tipo de 3 de diciembre de 2015 una entidad financiera polaca concedió un préstamo al consumo al sr. Wawrzosek. El contrato-tipo contenía una cláusula que imponía al prestatario la obligación de emitir un pagaré para garantizar el crédito del prestamista derivado del contrato de forma que el reembolso del préstamo se garantizaba mediante el pagaré firmado por el prestatario. En cumplimiento de dicha obligación, el consumidor remitió a la entidad financiera un pagaré firmado en blanco. Posteriormente, al no haber reintegrado el préstamo, la entidad financiera resolvió el contrato de préstamo, cumplimentó el pagaré en blanco con el importe de 3.268,38 eslotis equivalente a 753 euros aproximadamente e interpuso demanda de procedimiento monitorio contra el prestatario reclamando esa suma de dinero. El pagaré cumplimentado y firmado junto con la declaración de resolución del contrato de préstamo fueron adjuntados a la demanda. En los autos no consta el contrato-tipo pero el órgano jurisdiccional conoce los términos de la cláusula contractual que impone al prestatario la obligación de emitir un pagaré como garantía de pago ya que la misma entidad ha presentado numerosas demandas de procedimiento monitorio, habiendo constatado el órgano jurisdiccional remitente que la cláusula está redactada de manera idéntica en todos los contratos de préstamo celebrados por *Profi Credit Polska*. Para expedir un requerimiento de pago únicamente es necesario que el órgano jurisdiccional compruebe que el pagaré ha sido correctamente emitido, lo que constituiría la primera fase del procedimiento monitorio. En la segunda fase, el deudor obligado puede formular oposición al requerimiento de pago, impugnando no solo la obligación cambiaria sino también la relación subyacente existente, incluido el contrato de crédito al consumo. Lo que plantea el órgano jurisdiccional remitente es que, aunque tuviera conocimiento de la relación subyacente, la normativa nacional le impide ejercer un control sobre los documentos en los que consta esa relación, limitándose su examen al ámbito definido por la relación cambiaria.

conoce de una demanda de procedimiento monitorio no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato.

A pesar de que el órgano jurisdiccional remitente también pidió al TJUE que interpretara los artículos 17.1 y 22.1 de la Directiva 2008/48 relativa a los contratos de crédito al consumo, el TJUE consideró que dichos preceptos no eran de aplicación al asunto, entre otras razones, porque dicha Directiva no procedió a la armonización del ámbito del pagaré como garantía de un crédito al consumo, no siendo su artículo 22.1 aplicable al litigio principal, limitándose, por tanto, el TJUE a responder a la cuestión prejudicial planteada en base a las disposiciones de la Directiva 93/13 ²⁰⁷.

Doctrina. Remitiéndose a *Finanmadrid EFC* y a *Aktiv Kapital Portfolio*, el TJUE recuerda que una protección efectiva de los derechos que la Directiva confiere a los consumidores solo puede garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permita, en el marco del proceso monitorio o en el del procedimiento de ejecución del requerimiento de pago, un control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate ²⁰⁸.

En el caso analizado, considera el TJUE que un órgano jurisdiccional nacional no está en condiciones de examinar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual, ya que no dispone de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios, toda vez que el órgano remitente ha precisado que en la primera fase del procedimiento monitorio su control se limita a la relación cambiaria propiamente dicha, esto es, el pagaré y no puede versar sobre la relación subyacente, no disponiendo, por tanto, de todos los elementos de hecho y de Derecho derivados del contrato de préstamo en cuestión ²⁰⁹.

Siguiendo a la Abogado General, el TJUE afirma que el procedimiento debe examinarse en su conjunto incluyendo tanto la primera fase previa a la formulación de la oposición como la segunda fase posterior ²¹⁰. Con el inicio de la segunda fase del procedimiento, es decir, cuando el consumidor formula oposición al requerimiento de pago, el juez nacional puede disponer de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para el examen de oficio del eventual carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 ²¹¹.

²⁰⁷ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska* apdo. 36.

²⁰⁸ *Ibid.*, apdo. 44.

²⁰⁹ *Ibid.*, apdos. 45,46 y 47.

²¹⁰ *Ibid.*, apdo. 54.

²¹¹ *Ibid.*, apdo. 56.

Manifiesta el Tribunal de Justicia que el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, correspondiendo al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que garanticen una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta.

No existiendo indicios de que no se cumpla con el principio de equivalencia²¹², el TJUE se centra en comprobar si se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva. En tal sentido, afirma el TJUE que entre los medios adecuados y eficaces que deben garantizar a los consumidores un derecho a la tutela judicial ha de figurar la posibilidad de presentar un recurso o de formular oposición, y ello con unos requisitos procesales razonables, de manera que no existan requisitos –especialmente de plazo o relacionados con los gastos– que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por la Directiva 93/13²¹³.

La conclusión del TJUE es que la impugnación del requerimiento de pago por parte del demandado-consumidor está sujeta a requisitos especialmente restrictivos. El TJUE considera como tales, en primer lugar, el hecho de que el demandado tiene un plazo de dos semanas para formular su escrito de oposición y en el mismo debe precisar si impugna el requerimiento de pago total o parcialmente y, bajo pena de inadmisibilidad de dicho escrito, indicar los motivos y excepciones que formula, así como los hechos y proponer prueba²¹⁴.

Es decir, ese primer problema –que la Abogado General desdobra en dos– consiste en que el consumidor solo dispone de dos semanas para expresar los motivos de oposición y excepciones y para manifestar los hechos y la proposición de prueba.

El TJUE –siguiendo a la Abogado General– considera que esos requisitos procesales en un plazo de tiempo tan breve implican el riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule oposición o de que esta sea inadmisibile²¹⁵.

Un segundo problema está constituido por las tasas judiciales en materia civil que debe pagar el demandado. La parte que corresponde abonar al consumidor-demandado asciende a las tres cuartas partes de las tasas judiciales al formular oposición al requerimiento mientras que el profesional solo debe

²¹² *Ibid.*, apdo. 58.

²¹³ *Ibid.*, apdo. 63.

²¹⁴ *Ibid.*, apdo. 65.

²¹⁵ *Ibid.*, apdo. 66.

pagar una cuarta parte de dichas tasas²¹⁶. Ello representa un claro perjuicio para el consumidor²¹⁷.

En base a estas circunstancias el TJUE llega a sus conclusiones de que existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben la amplitud de los mismos o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la petición de juicio monitorio presentada por los profesionales, y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen²¹⁸.

De esta forma, responde el TJUE a la pregunta remitida declarando que el artículo 7.1 de 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 permite expedir un requerimiento de pago basado en un pagaré formalmente correcto que garantiza un crédito nacido de un contrato de crédito al consumo, cuando el juez que conoce de una demanda de procedimiento monitorio no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, ya que los requisitos para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la citada Directiva.

Comentarios. Esta sentencia suscita nuestro interés en relación a diversos aspectos. En primer lugar, queremos referirnos a la opinión de la Abogado General²¹⁹. La sra. Juliane Kokott considera que las disposiciones de la Directiva 2008/48 no se oponen a la normativa controvertida. En relación con la Directiva 93/13, en primer lugar, la Abogado General compara la situación analizada con las que fueron objeto de sentencias en las que el TJUE observó la incompatibilidad de las normativas nacionales con la Directiva 93/13. La Abogado General llega a la conclusión de que es compatible con la Directiva 93/13 la circunstancia de que el consumidor pueda evitar que el requerimiento de pago adquiera fuerza de cosa juzgada formulando oposición, y, a falta de esta, pueda alegar el carácter abusivo del contrato de préstamo en el contexto de una acción de enriquecimiento injusto o de indemnización de daños y perjuicios. Según la Abogado General, el procedimiento de requerimiento

²¹⁶ *Ibid.*, apdo. 67.

²¹⁷ *Ibid.*, apdo. 68.

²¹⁸ *Ibid.*, apdo. 69.

²¹⁹ Asunto C-176/17. Conclusiones presentadas por la Abogado General Sra. Juliane Kokott el 26 de abril de 2018.

de pago basado en un pagaré, como tal, no es incompatible con la Directiva 93/13²²⁰ porque sostener lo contrario estaría en contra de la voluntad del legislador de la Unión Europea que ha concedido a los Estados miembros un margen de maniobra en cuanto a la utilización del pagaré como garantía en los contratos de crédito al consumo y, además, implicaría una intromisión excesiva en la autonomía procesal de los Estados miembros. Sin embargo, al analizar la oposición al requerimiento de pago, considera que es incompatible con la Directiva 93/13 y contrario al principio de efectividad en la medida en que resulta excesivamente difícil para los consumidores formular oposición a un requerimiento de pago expedido en virtud de un pagaré, dado que el referido procedimiento permite al juez analizar el carácter abusivo de una cláusula solamente si el consumidor ha formulado la correspondiente excepción, exige al consumidor que exponga los hechos y las pruebas necesarios que permitan dicho examen en un plazo de dos semanas a partir de la notificación del requerimiento de pago y perjudica al consumidor en la atribución de las costas judiciales –refiriéndose a las tasas judiciales–. La opinión de la Abogado General es seguida en líneas generales por el TJUE.

Pasando a analizar la sentencia, comenzando por su fallo –que coincide con el apartado 71 de la sentencia–, puede observarse que el TJUE está uniendo dos aspectos con una relación efecto-causa. Por un lado, el hecho de que el juez no pueda realizar el control (de oficio²²¹) de la existencia de cláusulas abusivas y, por otro, el hecho de que los requisitos que debe cumplir el consumidor-demandado para ejercer el derecho a formular oposición no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la Directiva 93/13. A nuestro entender, el segundo aspecto (referido a la vulneración de la tutela judicial efectiva del consumidor-demandado) tiene sustantividad propia como para erigirse en motivador de la incompatibilidad de la norma procesal polaca con el Derecho de la Unión Europea.

Los razonamientos expresados por el TJUE en los apartados anteriores al 71 vienen a manifestar, a mi modo de ver, que una vez que el juez nacional expide el requerimiento de pago es cuando entramos en una fase en la que la norma procedimental polaca es incompatible con la Directiva 93/13 y con el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor. Hay que pensar que a partir de ese momento

²²⁰ Por su paralelismo con el procedimiento polaco analizado, la Abogado General alude al proceso monitorio europeo ya que en este el demandado deberá presentar un escrito de oposición al requerimiento europeo de pago a fin de lograr que la procedencia de la acción ejercitada sea examinada en un procedimiento judicial (art. 17 del Reglamento núm. 1896/2006 regulador del proceso monitorio europeo).

²²¹ No menciona la expresión «de oficio» pero parece deducirse que se refiere al control de oficio al que alude el propio TJUE en el apartado 56.

lo que se produce es la notificación al consumidor-demandado de que dispone de dos semanas para oponerse al requerimiento de pago. El TJUE considera –acertadamente, desde nuestro punto de vista– que la norma procesal en cuestión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por una doble circunstancia: a) porque en ese corto espacio de tiempo el consumidor-demandado debe presentar el escrito de oposición en el que no solo tiene que indicar los motivos y excepciones que formula, sino también precisar los hechos y proponer prueba y b) porque debe pagar unas tasas judiciales por un importe tres veces superior a las que tiene que abonar el profesional-demandante. Esta última circunstancia afecta al principio de igualdad procesal²²² que es una vertiente del derecho de defensa y, por ende, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, de la misma manera que puede entenderse que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva el hecho de que en solo dos semanas el consumidor-demandado tiene que presentar los motivos de su oposición, exponiendo los hechos y proponiendo la prueba en la que basa su oposición. Por tanto, entendemos que la situación antes descrita justifica por sí sola la incompatibilidad de la norma procesal polaca con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta y conforme al cual han de ejercitarse los derechos conferidos por la Directiva 93/13. Sin embargo, parece que el TJUE configura esa situación como un instrumento que provoca un resultado que es el que determina la incompatibilidad. Me explico: según el TJUE son esos requisitos excesivamente restrictivos los que conducen al resultado consistente en que el juez no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato. Por tanto, una primera observación a modo de crítica es que el TJUE parece radicar la incompatibilidad en el hecho de que como el consumidor-demandado se ve restringido en sus posibilidades de oponerse, el juez no va a poder examinar esa oposición y, por tanto, no va a poder controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en el contrato de crédito que ha servido de base para la emisión del pagaré. Esa configuración sería discutible, desde nuestro punto de vista, porque las limitaciones impuestas al consumidor-demandado para poder formular oposición justifican por sí solas la incompatibilidad de la norma procesal polaca

²²² Salvando las distancias, esa diferencia de trato en perjuicio del consumidor frente al profesional tiene cierta similitud con la situación analizada en la sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García* en la que el profesional podía recurrir en apelación cuando el juez de la instancia estimase la oposición del consumidor-demandado basada en la existencia de cláusula abusiva pero el consumidor-demandado no podía recurrir en apelación cuando el juez desestimaba su oposición. En el presente asunto acerca de la norma procesal polaca no estamos ante el frecuente problema que se plantea en el ámbito de las tasas judiciales que es el de la desproporcionalidad. Ignoramos la cuantía económica de la tasa, pero es irrelevante desde el mismo momento que resulta atacado el principio del necesario equilibrio entre las partes, no existe igualdad procesal cuando al consumidor se le exige una tasa tres veces superior para oponerse al requerimiento de pago que la que se le exige al profesional para formular dicho requerimiento de pago.

en cuestión con el Derecho de la Unión. Puede considerarse que esa irregularidad no tiene carácter instrumental, sino que tiene la suficiente sustantividad en sí misma para dar lugar a la declaración de incompatibilidad. Por otro lado, la configuración realizada por el TJUE deja sin resolver el otro problema o si lo resuelve no lo hace con la claridad necesaria. Me refiero a lo que sucedería si el proceso polo no contuviera esas excesivas restricciones para el ejercicio de la oposición por parte del demandado y este no contesta el requerimiento de pago o habiéndolo contestado no invoca la existencia de cláusulas abusivas. ¿Puede el juez llevar a cabo el examen de oficio en uno y otro caso? De la contestación del TJUE parece deducirse que en el primer caso no existirá control de oficio por el juez, asimilándose a la primera fase del proceso en el que tanto la Abogado General como el propio TJUE consideran que la naturaleza del título cambiario permite esa autonomía. Desde nuestro punto de vista, el problema es que, si no existe control en esa primera fase y, una vez notificado el requerimiento de pago, el consumidor-demandado no lo contesta, este se convertirá en ejecutivo sin que el juez haya podido efectuar el control de oficio por la sencilla razón de que el contrato de crédito no ha sido aportado al procedimiento. Eso es lo que parece deducirse de la sentencia en cuestión, situación que estimamos alejada de la ya reiterada postura del TJUE en torno al obligado control de oficio de las cláusulas abusivas. No creo que la naturaleza del instrumento cambiario pueda justificar la situación de desamparo en la que queda el consumidor. Los argumentos alegados por la Abogado General y por el TJUE²²³ para la falta de control durante la primera fase tienen mucho peso, pero no pueden sostener el resultado final de ausencia de examen de oficio si no existe oposición por el consumidor-demandado.

Ha sido una oportunidad perdida por el TJUE para haber aclarado esas cuestiones toda vez que, sin perjuicio de que haya algunos Estados miembros que no permitan el uso de pagarés como garantía de contratos de créditos al consumo²²⁴, en otros, como ocurre en nuestro país, ello sí es posible²²⁵.

²²³ El TJUE se remite a las alegaciones de la sra. Kokott sobre la falta de referencia de la Directiva 2008/48 a los instrumentos cambiarios. La sra. Kokott también se refiere al procedimiento monitorio europeo y a la voluntad del legislador de la Unión que ha concedido a los Estados miembros un margen de maniobra en cuanto a la utilización del pagaré como garantía en los contratos de crédito al consumo, por lo que según la Abogado General una supuesta incompatibilidad con la Directiva 93/13 implicaría una intromisión excesiva en la autonomía procesal de los Estados miembros.

²²⁴ En la nota 7 de las conclusiones la Abogado General proporciona una lista de quince Estados miembros en los que no está permitido el uso de pagarés como garantía de contratos de crédito al consumo.

²²⁵ Nuestra Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo dispone en su artículo 24 lo siguiente:

«Artículo 24. Obligaciones cambiarias.

Cuando en la adquisición de bienes o servicios concurren las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 29, si el consumidor y su garante se hubieran obligado cambiariamente mediante la firma

Por otro lado, parece deducirse de la sentencia que, si el consumidor-demandado se opone, el juez va a poder apreciar la eventual existencia de cláusulas abusivas, aunque ello no sea alegado por el consumidor. Todo ello, sin perjuicio de las dudas existentes sobre el proceso polaco que parece no han terminado de aclararse a pesar de las intervenciones de las partes al respecto ante el TJUE²²⁶.

En segundo lugar, es de reseñar que, al examinar el trámite de oposición del consumidor-demandado, el TJUE analiza los mismos tres aspectos que la Abogado General, pero mientras que el TJUE lo hace desde el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, la Sra. Kokott alude al cumplimiento del principio de efectividad. Ello nos muestra una vez más la dificultad de diferenciar los contornos entre uno y otro, y da pie para afirmar que el principio de efectividad no es sino un aspecto más de los que forman parte del genérico derecho a la tutela judicial efectiva.

En tercer lugar, merece la pena observar que esta sentencia hace referencia a la problemática de las tasas judiciales previstas en ese procedimiento polaco al tener que pagar el consumidor que quiere oponerse una tasa tres veces superior a la del profesional, siendo, salvo error por nuestra parte, la primera vez que el TJUE aborda la problemática de las tasas judiciales en el ámbito de consumidores (en *Baczó y Vizsnyiczai*²²⁷ tuvo la oportunidad, pero no lo hizo). Otras sentencias del TJUE han examinado la cuestión de las tasas judiciales²²⁸, pero dicho examen lo ha sido sobre todo desde la perspectiva de la proporcionalidad y teniendo en cuenta la jurisprudencia al respecto del TEDH, mientras que en este asunto se hace desde la óptica del principio de igualdad de partes. Es muy loable el análisis de las tasas judiciales desde cualquier ángulo ya que consideramos que, con frecuencia, en la normativa procesal de algunos Estados miembros, las tasas judiciales constituyen serios obstáculos para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia por parte de los consumidores.

en letras de cambio o pagarés, podrán oponer al tenedor al que afecten las mencionadas circunstancias las excepciones que se basen en sus relaciones con el proveedor de los bienes o servicios correspondientes».

²²⁶ Según la Abogado General: «En la vista, las partes discreparon acerca de si el derecho procesal polaco permite al juez examinar el contrato de préstamo subyacente en la segunda fase del procedimiento de requerimiento de pago solamente si el consumidor lo invoca al presentar la oposición y alega hechos y medios de prueba. Sin embargo, conforme a constante jurisprudencia, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato, de modo que limitar el alcance de dicho examen a los motivos formulados por el consumidor es incompatible con la Directiva 93/13 [...]» (apdo. 78 de las conclusiones de la Abogado General).

²²⁷ Asunto C-567/13. STJUE de 12 de febrero de 2015, *Baczó y Vizsnyiczai*, también denominada *Nora Baczó*.

²²⁸ Entre otras, asunto C-279/09. STJUE de 22 de diciembre de 2010, *DEB*, EU: C:2010:811, asunto C-205/15, STJUE de 30 de junio de 2016, *Toma*, EU: C:2016:499, asunto C-258/13. Auto del TJUE de 28 de noviembre de 2013, *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, EU: C:2013:810 y asunto C-61/14, STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, EU: C:2015:655.

En cuarto lugar, al hilo de lo declarado por el TJUE en esta sentencia, puede resultar interesante el análisis de determinados plazos de nuestra regulación procesal. Así, a la vista de que el TJUE viene a considerar que el plazo de dos semanas para que el consumidor-demandado interponga la oposición, debiendo de indicar los motivos y excepciones que formula, así como los hechos y proponer prueba, implica el riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule oposición o de que esta sea inadmitida por la brevedad del plazo para cumplir con esos requisitos procesales, podría deducirse que lo mismo sucede con determinados plazos procesales establecidos en el ordenamiento jurídico español para que el consumidor-demandado formule oposición. En particular, el plazo de diez días para la oposición previsto en el artículo 556 de la LEC que resulta de aplicación al juicio ejecutivo ordinario y a la ejecución hipotecaria –para ser más precisos a la ejecución de bienes hipotecados o pignorados–. En igual situación se encontraría, al menos, el plazo de diez días de oposición del juicio cambiario. Estas cuestiones son analizadas en otro lugar del presente trabajo, planteando la conveniencia de la ampliación de esos plazos procesales por parte del legislador español en orden a asegurar el respeto de la tutela judicial efectiva de los consumidores y para evitar la posibilidad de que en una hipotética cuestión prejudicial el TJUE pudiese declarar en función de las circunstancias del caso concreto la incompatibilidad de dichos plazos con el Derecho de la Unión.

Caso 142. *EOS KSI Slovensko*²²⁹: El procedimiento monitorio eslovaco es incompatible con la Directiva 93/13, ya que, a pesar de prever en la fase en que se dicta un requerimiento de pago contra un consumidor el control del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, por una parte, confía a un funcionario de un órgano jurisdiccional que no tiene la condición de magistrado la competencia de emitir ese requerimiento de pago y, por otra, prevé un plazo de quince días para formular oposición y exige que esta última deba motivarse en cuanto al fondo, siempre que tal control de oficio no esté previsto en la fase de la ejecución del referido requerimiento, lo que corresponde comprobar al juez remitente.

Hechos. La cuestión prejudicial es formulada durante la fase de apelación tras la desestimación de la oposición a un requerimiento de pago emitido

²²⁹ Asunto C-448/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 20 de septiembre de 2018. *EOS KSI Slovensko s.r.o.* contra Ján Danko y Margita Danková, con la intervención de Zdruzenie na ochranu obcana spotrebite l'a HOOS. Petición dirigida al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Tribunal Regional de Presov, Eslovaquia. EU: C:2018:745. Este asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr Tanchev, al que le fue asignado el mismo.

en el marco de un proceso monitorio instado contra un consumidor por una entidad de gestión de cobro a la que le había cedido el crédito una entidad prestamista tras el impago del préstamo por parte del consumidor²³⁰.

El Tribunal Regional formula varias preguntas al TJUE. En primer lugar, viene a pedir al TJUE que aclare si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite a una organización para la defensa de los consumidores intervenir, en interés del consumidor, en un proceso monitorio que afecta a un consumidor individual y formular oposición contra un requerimiento de pago sin la impugnación de este por dicho consumidor. En segundo lugar, interroga al TJUE sobre si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la cláusula de un contrato de crédito al consumo relativa al coste del crédito debe considerarse redactada de manera clara y comprensible cuando, por una parte, no indica la TAE sino que incluye solamente una ecuación matemática de cálculo de esa TAE y no va acompañada de los elementos necesarios para proceder a ese cálculo y, por otra parte, no menciona el tipo de interés. Por lo que se refiere a las preguntas tercera a quinta son reformuladas por el TJUE y en base a las mismas el órgano jurisdiccional remitente pretende que se determine si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que prevé, en la fase en la que se dicta un requerimiento de pago contra un consumidor, el control del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, de forma que, por una parte, confía a un funcionario de un órgano jurisdiccional, que no tiene la condición de magistrado, la competencia para dictar ese requerimiento

²³⁰ En octubre de 2005, el sr. Danko celebró con una entidad bancaria un contrato de crédito al consumo renovable por un importe de 30.000 coronas eslovacas equivalentes a 995 euros, aproximadamente. Con posterioridad, la entidad prestamista cedió el crédito derivado de dicho contrato a una agencia de gestión de cobro (en lo sucesivo, EOS). El contrato en cuestión no indicaba la TAE y solo figuraba una ecuación matemática de cálculo de la TAE, sin los datos necesarios para realizar dicho cálculo. La gestora de cobro EOS interpuso un procedimiento judicial ante el Tribunal Comarcal de Humenné reclamando el pago de la cantidad de 1.123,12 euros más los intereses de demora al tipo de 9,5 % y solicitando el dictado del requerimiento de pago en el marco de un procedimiento monitorio en el que la decisión es adoptada sin vista oral, sin práctica de pruebas y únicamente sobre la base de las afirmaciones del demandante. En agosto de 2012, el Tribunal Comarcal dictó el requerimiento de pago a través de un funcionario y no a través de un magistrado, no teniendo en cuenta la falta de indicación de la TAE ni la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato. La asociación de consumidores eslovaca HOOS (en adelante, HOOS) formuló oposición contra el requerimiento de pago, siendo desestimada dicha oposición por entender el Tribunal Comarcal falta de legitimación de HOOS al no formular la oposición el propio consumidor. Dicha decisión del Tribunal Comarcal fue anulada por el Tribunal Regional tras el recurso de HOOS, al considerar que debía haberse celebrado vista con práctica de pruebas y control judicial de las cláusulas abusivas. El fiscal general recurrió esta última decisión ante el Tribunal Supremo que la anuló devolviendo el asunto al Tribunal Regional al entender el Tribunal Supremo que la intervención de la asociación de consumidores solo puede producirse si ha existido litigio, es decir, si el consumidor ha formulado oposición al requerimiento de pago.

de pago y, por otra parte, limita a quince días el plazo para formular oposición y dispone que esta última debe motivarse en cuanto al fondo.

Doctrina. Por lo que se refiere a la primera pregunta, declara el TJUE que ni la Directiva 93/13 ni las Directivas que la sucedieron, que completan el régimen normativo de protección de los consumidores, contienen disposición alguna que regule el papel que pueden o deben desempeñar las asociaciones para la defensa de los consumidores en el marco de litigios individuales que afectan a un consumidor, por lo que remitiéndose a lo ya manifestado en *Pohotovost*²³¹, afirma el TJUE que la Directiva 93/13 no regula la cuestión de si tales asociaciones deben tener legitimación para intervenir en apoyo de los consumidores en el marco de tales litigios individuales²³². Prosigue su análisis el TJUE –como es habitual– comprobando si la legislación procesal nacional reguladora de la cuestión cumple con los principios de equivalencia y efectividad.

En cuanto al principio de equivalencia, el órgano jurisdiccional remitente señaló que en un asunto que no esté incluido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el litigio comienza el día de la presentación de un escrito de demanda ante un órgano jurisdiccional, de modo que la parte coadyuvante está legitimada para intervenir en el procedimiento desde su inicio; por el contrario, en el asunto principal, que está incluido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el litigio surge a partir del momento en que el consumidor formula oposición contra un requerimiento de pago, de modo que una asociación para la defensa de los consumidores solo podrá intervenir a partir de que se haya formulado la oposición.

Por consiguiente, el principio de equivalencia debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que somete la intervención de las asociaciones de consumidores en los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión a condiciones menos favorables que las aplicables en caso de litigios incluidos exclusivamente en el ámbito de aplicación del Derecho interno.

Con respecto al principio de efectividad, el TJUE afirma que tiene declarado que el hecho de no admitir la intervención de una asociación para la defensa de los consumidores en un procedimiento en el que sea parte un consumidor no afecta al derecho de dicha asociación a una tutela judicial efectiva para la defensa de sus derechos como asociación de este tipo, en particular, su

²³¹ Asunto C-470/12. STJUE de 27 de febrero de 2014, *Pohotovost* II.

²³² Asunto C-448/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko*, apdo. 35.

derecho a ejercer acciones colectivas reconocido por el artículo 7.2 de la Directiva 93/13, dándose además la circunstancia de que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el litigio principal, una asociación puede representar directamente a un consumidor en cualquier procedimiento, incluso de ejecución, en virtud de un mandato conferido por este ²³³.

En base a todo ello, el TJUE no considera infringido el principio de efectividad, pero en relación al principio de equivalencia, declara que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite a una organización para la defensa de los consumidores intervenir, en interés del consumidor, en un procedimiento monitorio que afecta a un consumidor individual y formular oposición contra el requerimiento de pago sin la impugnación de este por el referido consumidor, siempre que la citada normativa someta efectivamente la intervención de las asociaciones de consumidores en los litigios incluidos en el ámbito del Derecho de la Unión a condiciones menos favorables que las aplicables a los litigios incluidos exclusivamente en el ámbito de aplicación del Derecho interno, lo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente ²³⁴.

Por lo que concierne a la respuesta dada a las preguntas tercera a quinta, el TJUE, habida cuenta de que la normativa nacional eslovaca confiere competencia en materia de emisión de requerimientos de pago a funcionarios del órgano jurisdiccional que no tienen la condición de magistrado, declara –reiterando lo dicho en *Finanmadrid EFC* ²³⁵– que la preservación del efecto útil de la Directiva 93/13 se opone a que una normativa nacional permita que se dicte un requerimiento de pago sin que el consumidor pueda disfrutar, en ningún momento del procedimiento, de la garantía de que un juez realizará un control de la inexistencia de cláusulas abusivas en el contrato de que se trate. Ello lleva a afirmar al TJUE que el hecho de que la normativa nacional confiera competencia, en materia de expedición de requerimientos de pago, a funcionarios que no tengan la condición de magistrado no menoscaba la preservación de la eficacia de la Directiva 93/13, siempre que el control por un juez de la inexistencia de cláusulas abusivas en el contrato de que se trate se prevea en la fase de la ejecución del requerimiento de pago o en caso de oposición a este ²³⁶.

A partir de esa premisa, el TJUE manifiesta que la existencia de tal control únicamente en la fase de oposición solo puede preservar el efecto útil de la Directiva 93/13 si no se disuade a los consumidores de formular tal

²³³ *Ibid.*, apdo. 41.

²³⁴ *Ibid.*, apdo. 43.

²³⁵ Asunto C-49/14. STJUE de 18 de febrero de 2016. *Finanmadrid EFC*.

²³⁶ Asunto C-448/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko* apdo. 50.

oposición²³⁷. Es decir, como ya sucediera en *Profi Credit Polska*²³⁸, vincula la trascendencia de la falta de control de oficio por parte del juez en caso de inexistencia de oposición del consumidor-deudor a que exista o no exista riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule la oposición.

En la normativa analizada, el TJUE puntualiza que prevé un plazo de solo quince días para que el consumidor formule la oposición, motivándola en cuanto al fondo²³⁹, por lo que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no formule la oposición requerida y que, por ello, no pueda realizarse el control de oficio por un juez de la inexistencia de cláusulas abusivas en el contrato que sirve de base a la reclamación²⁴⁰. El TJUE interpreta la Directiva 93/13 considerando la normativa controvertida incompatible con la misma cuando, previendo en la fase en que se dicta un requerimiento de pago contra un consumidor el control del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, por una parte, confía a un funcionario de un órgano jurisdiccional que no tiene la condición de magistrado la competencia de emitir ese requerimiento de pago y, por otra, prevé un plazo de quince días para formular oposición y exige que esta última deba motivarse en cuanto al fondo, siempre que tal control de oficio no esté previsto en la fase de la ejecución del referido requerimiento, lo que corresponde comprobar al juez remitente²⁴¹.

El TJUE contesta en último lugar la segunda pregunta planteada por el tribunal remitente. Reiterando lo manifestado en *Andriciuc*²⁴², la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por ende, de transparencia, debe entenderse de manera extensiva no reduciéndose al plano formal y gramatical. Así, la Directiva 87/102 en sus artículos 4 (apartados 1 y 2) y 1 bis prevén que el prestatario conozca todos los datos que puedan tener influencia sobre el alcance de su compromiso, debiendo incluir la indicación de la TAE, así como las condiciones en las que esta podrá modificarse, revisitiendo excepcional importancia la información del consumidor sobre el coste global del crédito, en forma de un tipo calculado de acuerdo con una fórmula matemática única²⁴³.

En consecuencia, sostiene el TJUE que no indicar la TAE constituye un elemento decisivo para que el juez nacional determine si la cláusula sobre el

²³⁷ *Ibid.*, apdo. 51.

²³⁸ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska*.

²³⁹ Asunto C-448/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko* apdo. 52.

²⁴⁰ *Ibid.*, apdo. 53.

²⁴¹ *Ibid.*, apdo. 54.

²⁴² C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*.

²⁴³ Asunto C-448/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko* apdos. 63 y 64.

coste del crédito está redactada de manera clara y comprensible, de forma que si no está indicada el juez nacional estaría facultado para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula²⁴⁴. Además, el TJUE considera que cuando el contrato contiene únicamente una ecuación matemática de cálculo de esa TAE sin acompañar los elementos necesarios para proceder a ese cálculo es una situación que se asimila a no indicar la TAE porque el consumidor no tiene conocimiento completo de las condiciones de la futura ejecución del contrato celebrado en el momento de su firma ni tampoco de todos los elementos que pueden influir sobre el alcance de su compromiso²⁴⁵.

Concluye el TJUE afirmando que el artículo 4.2 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, cuando un contrato de crédito al consumo, por una parte, no indica la TAE, sino que contiene solamente una ecuación matemática del cálculo de la TAE que no está acompañada de los elementos necesarios para proceder a ese cálculo y, por otra parte, no menciona el tipo de interés, tal circunstancia es un elemento decisivo en el análisis del órgano jurisdiccional nacional de que se trate relativo a si la cláusula de ese contrato relativa al coste del crédito está redactada de manera clara y comprensible en el sentido de la referida disposición²⁴⁶.

Comentarios. El TJUE reitera su postura en relación a las asociaciones de consumidores y su legitimación en procedimientos de consumidores individuales en el sentido de que ni la Directiva 93/13 ni las posteriores regulan esa cuestión por lo que ha de estar gobernada por la previsión de la normativa procesal interna que ha de cumplir con los principios de equivalencia y efectividad, circunstancia que en relación al primero parece no cumplirse en base a las informaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente que es a quién corresponde su valoración, según el propio TJUE.

Vuelve a tratar el TJUE el procedimiento monitorio. La diferencia con *Finanmadrid* es que el TJUE deduce del artículo 172 del Código de Enjuiciamiento Civil eslovaco que el funcionario judicial (no secretario judicial) sí lleva a cabo una comprobación de que el contrato no incluye cláusulas abusivas porque si las incluyera no dictaría el requerimiento de pago.

Por tanto, el problema radica en que no es un juez el que lleva a cabo el control en la fase de dictado del requerimiento de pago. Ese problema dejaría de existir si el control se produce en la fase de ejecución o bien en caso de

²⁴⁴ *Ibid.*, apdo. 65.

²⁴⁵ *Ibid.*, apdo.s 66 y 67.

²⁴⁶ *Ibid.*, apdo. 68.

oposición en la fase de dictado del requerimiento –siempre que no exista el riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule oposición–.

Como ya hiciera en *Profi Credit Polska*, al TJUE le corresponde analizar cómo se desenvuelve la oposición para comprobar si existen obstáculos para que el consumidor formule la oposición.

El TJUE considera que sí existen esos obstáculos que disuaden al consumidor de formular oposición en la medida en que el plazo para ello es únicamente de 15 días y le exige además que motive la oposición en cuanto al fondo. Ello lleva al TJUE a decidir que el procedimiento monitorio eslovaco es incompatible con la Directiva 93/13, sometiendo dicha valoración a que en la fase de ejecución no esté previsto el control de oficio de las cláusulas abusivas, circunstancia que ha de comprobar el juez nacional.

En definitiva, los datos que ha tenido en cuenta el TJUE son: a) un control efectuado por quién no ostenta la condición de juez en la primera fase o fase de expedición del requerimiento de pago, cuyos efectos son equiparados por el TJUE a la inexistencia de control; b) aun existiendo control en caso de oposición, concurren serios obstáculos para instar la oposición, ya que el plazo para ello es de tan solo quince días y ha de ser motivada en cuanto al fondo.

Parece que si el legislador eslovaco desea convertir su procedimiento monitorio en compatible con la Directiva tiene tres opciones: otorgar el control de abusividad al juez, sustrayéndolo del funcionario judicial, o bien, alargar el plazo de oposición, fijándolo, por ejemplo, en un mes, o bien, asegurarse de que, en la fase de ejecución, el juez pueda ejercer un control de oficio sobre las cláusulas abusivas, lo cual a ciencia cierta entrañaría más complicaciones. En ese sentido, es de tener en cuenta que la ejecución implica medidas contra el patrimonio del deudor-consumidor que lo llevan a una situación inidónea para que se desplieguen los instrumentos en defensa de sus derechos. Incluso en términos de costes involucrados en la administración de justicia –tiempo, dinero, etc.–, resulta más simple y barato efectuar el control en una fase temprana, con anterioridad a la toma de medidas ejecutivas. En otras palabras, existiendo una primera fase, no tiene demasiado sentido dejar para una fase ulterior el control de las cláusulas abusivas.

En cualquier caso, podemos concluir una vez más que la falta de control de oficio en la fase de expedición del requerimiento de pago no conlleva por sí sola incumplimiento del principio de efectividad si ese control existe en la fase de la ejecución y también cabe afirmar que el TJUE no otorga sustantividad propia a los medios de defensa con que cuente el consumidor para formular la oposición, sino que se constituyen en un mero instrumento que proporcionan

o no la posibilidad de que el juez nacional efectúe el examen sobre la existencia de cláusulas abusivas.

En ese sentido, la perspectiva adoptada por el TJUE en estos procedimientos es diferente a la seguida en otros asuntos anteriores como, por ejemplo, *Sánchez Morcillo*²⁴⁷, donde analizó la eventual infracción del derecho de defensa y, por ende, del derecho a la tutela judicial efectiva, con sustantividad propia, si bien es cierto que el marco de desarrollo del litigio principal era completamente diferente.

Caso 143. *PKO Bank Polski*²⁴⁸: El artículo 7.1 de la Directiva 93/13 y el artículo 10 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite expedir un requerimiento de pago, basado en un extracto de los libros de contabilidad de un banco, cuando el juez que conoce de una demanda de requerimiento de pago no tiene la facultad de proceder a un examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas de dicho contrato, ya que las modalidades para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de las citadas Directivas.

Hechos. La cuestión prejudicial es formulada en el contexto de un procedimiento monitorio instado por una entidad bancaria contra un consumidor para que se emita un requerimiento de pago con base en un extracto de los libros de contabilidad de dicha entidad como consecuencia del impago por parte del consumidor de cantidades dispuestas mediante tarjeta de crédito²⁴⁹.

²⁴⁷ Asunto C-169/14. STJUE de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo*.

²⁴⁸ Asunto C-632/17. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 28 de noviembre de 2018. *Powszechna Kasa Oszczędności (PKO) Bank Polski S. A. contra Jacek Michalski*. Petición dirigida al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Tribunal de Distrito de Siemianowice Slaskie, Polonia. EU: C:2018:963. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, a la que le fue asignado.

²⁴⁹ En diciembre de 2015, la entidad bancaria polaca PKO celebró con un consumidor –el sr. Michalski– un contrato relativo a la emisión y uso de una tarjeta de crédito. En marzo de 2017, el consumidor mantenía una deuda a resultas del uso de dicha tarjeta por la que, tras la correspondiente reclamación extrajudicial infructuosa, la entidad bancaria presentó la demanda judicial para obtener el requerimiento de pago según el procedimiento monitorio polaco en reclamación del importe equivalente a 1.580 euros más los intereses de demora. La demanda llevaba como documento acreditativo de la deuda un extracto de los libros de contabilidad de PKO, firmado por una persona autorizada para representar al banco, sellado por el banco y con el acuse de recibo de un requerimiento de pago por escrito al Sr. Michalski. Proporciona dicho órgano jurisdiccional determinada información sobre el procedimiento monitorio polaco, a saber: la existencia de dos fases procesales, caracterizándose la primera por el hecho de que el juez se limita a examinar la regularidad formal del documento en que se basa la demanda, no siendo obligatorio aportar el contrato de crédito al consumo por lo que habitualmente al utilizar este mecanismo los bancos no lo presentan junto a la demanda, y consistiendo la segunda fase

Tal y como reformula la cuestión el TJUE –es decir, excluido lo preguntado sobre el artículo 22.1 de la Directiva 2008/48– el órgano remitente quiere saber si los artículos 6 y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 y el artículo 10 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que permite expedir un requerimiento de pago basado en un extracto de los libros de contabilidad de un banco, como elemento que acredita la existencia de un derecho de crédito nacido de un crédito al consumo, cuando el juez ante el que se plantea una demanda con el fin de obtener un requerimiento de pago no dispone de la facultad de proceder a un examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas de dicho contrato y de cerciorarse de la presencia en él de la información prevista en el citado artículo 10.

Doctrina. Es de señalar que el TJUE resuelve mediante auto motivado con arreglo al artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento, ya que la interpretación del Derecho de la Unión adoptada en la sentencia *Profi Credit Polska*²⁵⁰ es pertinente también para el presente asunto²⁵¹.

Preliminarmente, el TJUE aclaró que la Directiva 2008/48 no procedió a la armonización del ámbito de los extractos de los libros de contabilidad como elemento que permite garantizar el cobro de un derecho de crédito resultante de un contrato de crédito a los consumidores. Es por esa razón que el artículo 22.1 de la Directiva 2008/48 no es aplicable en circunstancias como las del litigio principal, respondiendo el TJUE únicamente en relación con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y con el artículo 10 de la Directiva 2008/48²⁵².

Con respecto a la primera fase del procedimiento monitorio y como ya estableció en el asunto precedente, el TJUE declara que un órgano jurisdiccional nacional no está en condiciones de examinar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual, ya que no dispone de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios.

en una oposición facultativa por parte del deudor en la que puede plantear el deudor las eventuales alegaciones relativas al contrato suscrito con el banco. Tratándose del mismo órgano remitente que en el asunto *Profi Credit Polska*, proporciona similar información a la facilitada sobre el procedimiento monitorio polaco en dicho asunto en torno a la necesidad de formular la oposición en el plazo de dos semanas, su forma y la obligatoriedad del consumidor-deudor de pagar tres cuartas partes de las tasas judiciales, precisando que cuando el requerimiento de pago adquiere firmeza tiene efecto de cosa juzgada, constituyendo un título ejecutivo.

²⁵⁰ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018. *Profi Credit Polska*.

²⁵¹ Asunto C-632/17. Auto del TJUE de 28 de noviembre de 2018. *PKO Bank Polski*, adpos. 27 a 30.

²⁵² *Ibid.*, adpos. 31 y 32.

De la misma forma, es a la hora de analizar la segunda fase del procedimiento desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta cuando surgen los problemas.

Así, declara el TJUE que unas normas procesales como las controvertidas en el litigio principal, en la medida en que, por una parte, exigen al consumidor que presente, en un plazo de dos semanas a partir de la notificación del requerimiento de pago, los elementos de hecho y los medios de prueba que permitan al juez proceder a su apreciación y, por otra parte, lo penalizan en la forma en que se calculan las tasas judiciales, generan un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida²⁵³, desprendiéndose de ello que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a un procedimiento que permite expedir un requerimiento de pago, cuando el juez que conoce de una demanda de requerimiento de pago no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato controvertido, ya que los requisitos para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la citada Directiva²⁵⁴.

El otro precepto que debe ser interpretado es el artículo 10 de la Directiva 2008/48 que enumera la información que debe mencionarse en los contratos de crédito para que el consumidor pueda tomar su decisión con conocimiento de causa. Sobre la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con dicha disposición de la Directiva 2008/48, afirma el TJUE que dado que en la primera etapa del procedimiento el órgano jurisdiccional nacional no dispone de datos que le permitan garantizar el respeto de las obligaciones de información del consumidor, a efectos del artículo 10 de la Directiva 2008/48, ya que el requerimiento de pago se expide únicamente sobre la base del examen de la regularidad formal del extracto de los libros de contabilidad del banco, y dado que las modalidades de ejercicio del derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten, por las mismas razones que las expuestas en los apartados 46 a 48 del auto, garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de dicha Directiva, el artículo 10 de la Directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal²⁵⁵.

²⁵³ *Ibid.*, apdo. 48.

²⁵⁴ *Ibid.*, apdo. 49.

²⁵⁵ *Ibid.*, apdo. 52.

De esta forma, el TJUE llega a la conclusión de que el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 y el artículo 10 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite expedir un requerimiento de pago, basado en un extracto de los libros de contabilidad de un banco, como elemento que acredita la existencia de un derecho de crédito nacido de un contrato de crédito al consumo, cuando el juez que conoce de una demanda de requerimiento de pago no tiene la facultad de proceder a un examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas de dicho contrato y de cerciorarse de la presencia en tal contrato de la información prevista en el mencionado artículo 10, ya que las modalidades para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de las citadas Directivas²⁵⁶.

Comentarios. Dada la similitud con la sentencia *Profi Credit Polska* los comentarios vertidos en relación con aquel asunto también serían aplicables al presente asunto. No obstante, hay que señalar varias novedades con respecto a dicho asunto.

En primer lugar, el requerimiento de pago se basa en un extracto de los libros de contabilidad de la entidad bancaria, es decir, el documento acompañado a la demanda no es un pagaré como en *Profi Credit Polska*, sino un extracto de los libros de contabilidad de la entidad PKO Bank Polski. Este documento no recogía las condiciones con arreglo a las cuales se había suscrito el contrato de crédito. Se trataba de un contrato de emisión y utilización de tarjeta de crédito, resultando la deuda como consecuencia del saldo deudor de dicha tarjeta de crédito, lo que también constituye una diferencia respecto del anterior asunto. Así mismo, es de observar que en el asunto *PKO Bank Polski* el TJUE declara la incompatibilidad del procedimiento monitorio polaco con el artículo 10 de la Directiva 2008/48 que es el que establece la información que debe mencionarse en los contratos de crédito, ya que al juez le resulta imposible verificar si el contrato de crédito recogía dicha información cuya mención es preceptiva.

Sin perjuicio de las particularidades existentes, ya mencionadas anteriormente, nuestra crítica discurre por los mismos derroteros que en *Profi Credit Polska*. Al hacer depender la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de las deficiencias²⁵⁷ que presenta la segunda fase del procedimiento

²⁵⁶ *Ibid.*, apdo. 53.

²⁵⁷ Siguiendo al TJUE consideraríamos como tales: a) que en el plazo de solo dos semanas el consumidor-deudor tiene que indicar los motivos y excepciones que formula, así como precisar los hechos y proponer prueba y b) que para poder oponerse el consumidor-deudor tiene que pagar una tasa judicial que asciende al triple de la que debe pagar el profesional.

monitorio, el TJUE da por bueno que se pueda emitir un requerimiento de pago sin que el juez tenga la posibilidad de examinar de oficio el contrato de crédito, lo que le impide, por un lado, apreciar las posibles cláusulas abusivas contenidas en el mismo y, por otro, evaluar si dicho contrato de crédito contiene la información que debe mencionarse según el artículo 10 de la Directiva 2008/48. El TJUE se basa en el hecho de que en esa primera fase el juez no tiene los elementos de hecho y de derecho necesarios para poder evaluar la existencia de cláusulas abusivas. No obstante, podría haber enfocado el asunto desde otra perspectiva. Podemos preguntarnos hasta qué punto es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta una normativa procesal que permite presentar una demanda de requerimiento de pago contra un consumidor sin la aportación del contrato de crédito sobre el que se establece la relación entre el profesional y el consumidor. En el marco de la tensión entre principio de autonomía procesal del Estado miembro frente al principio de efectividad o al derecho a la tutela judicial efectiva, parece que el TJUE en relación con esa primera parte del procedimiento monitorio polaco se ha decantado por el respeto del principio de autonomía procesal. Ya no estamos ante un instrumento cambiario como sucedía en el asunto *Profi Credit Polska*, sino ante un mero extracto de los libros de contabilidad de la entidad bancaria.

Nos preguntamos cuál sería la postura del TJUE si el procedimiento monitorio polaco no presentara esas deficiencias. Si el consumidor-deudor dispusiera de un plazo razonable para la oposición y la tasa judicial no existiera, ¿sería compatible el procedimiento monitorio polaco con el Derecho de la Unión? Parece que sí. Ello llevaría a pensar que en aquellos casos en que no existe oposición por el deudor (situación que suele calificar el TJUE como de absoluta pasividad por parte del consumidor-deudor), el requerimiento de pago, una vez firme, se convertiría en título ejecutivo, habiéndose basado en un mero extracto de los libros de contabilidad del banco, sin contradicción alguna. A nuestro modo de ver, esa postura no seguiría la línea reiteradamente marcada por el TJUE desde la sentencia *Océano*.

Por último, también parece novedoso que el TJUE se haya referido al incumplimiento del artículo 10 de la Directiva sobre los contratos de crédito al consumo, situándolo en el mismo plano que el incumplimiento del artículo 7.1 de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

Caso 144. *Profi Credit Polska (contra Bogumiła Włostowska otros)*²⁵⁸: El pagaré en blanco previsto por la legislación polaca es compatible con la Directiva 93/13 con la única particularidad de que el previo acuerdo cambiario que determine las condiciones en las que el pagaré podrá ser completado –preceptivo con arreglo a la legislación polaca–, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y al artículo 10 de la Directiva 2008/48, pudiendo el juez nacional exigir al profesional que presente el documento donde consta el clausulado.

Hechos. Los asuntos acumulados analizados por el TJUE se refieren a dos pleitos relativos a demandas formuladas por la entidad financiera Profi Credit Polska contra diferentes consumidores para el pago de deudas cambiarias, resultantes de contratos de préstamos, sobre la base de pagarés emitidos en blanco por los demandados²⁵⁹.

Mediante la primera cuestión planteada en el asunto C-419/18, según considera el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 3, apartado 1, el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el artículo 10 de la Directiva 2008/48, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que permite garantizar el pago de una deuda derivada de un contrato de crédito al consumo celebrado entre un profesional y un consumidor mediante la emisión de un pagaré en blanco.

²⁵⁸ Asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de noviembre de 2019. Profi Credit Polska S. A. contra Bogumiła Włostowska y otros. Peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Południa w Warszawie (Tribunal de Distrito de Varsovia Praga-Sur de Varsovia, Polonia) y por el Sąd Okręgowy w Opolu, II Wydział Cywilny Odwoławczy (Tribunal Regional de Opole, Sala Segunda de Recursos de lo Civil, Polonia). EU: C:2019:930. Este asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, al que le fue asignado.

²⁵⁹ Profi Credit Polska tiene suscritos contratos de préstamos con los consumidores-deudores en los que el pago la deuda se garantiza mediante la emisión de un pagaré incompleto denominado «pagaré en blanco» en el que no se recoge inicialmente ningún importe. Al incumplirse las obligaciones por parte de los deudores, el profesional prestamista que es beneficiario de esos pagarés los completó incluyendo el importe que consideró oportuno. La demandante Profi Credit Polska exige el pago de las deudas basándose exclusivamente en los pagarés. El juez solo dispone del contrato de crédito que constituye la relación causal, es decir, la relación jurídica subyacente a la cambiaria, en el primero de los pleitos, al haber sido aportado por la demandada, ya que en los demás casos los demandados no se han pronunciado. El juez indica que únicamente puede comprobar si el pagaré se ha completado de conformidad con el acuerdo existente cuando el deudor formula una excepción. En el otro asunto acumulado el tribunal de primera instancia desestimó la demanda de Profi Credit Polska debido a sus dudas sobre el contenido real de la relación contractual entre las partes, ya que no había podido analizar las cláusulas del contrato de préstamo. El profesional demandante apeló la sentencia alegando que para cobrar el pagaré únicamente estaba obligado a presentar el pagaré debidamente completado y firmado.

Mediante la segunda cuestión planteada en el asunto C-419/18 y la planteada en el asunto C-483/18, según reformulación del TJUE, los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y el artículo 10 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que cuando, en circunstancias como las de los litigios principales, un órgano jurisdiccional nacional alberga serias dudas sobre la procedencia de una demanda basada en un pagaré destinado a garantizar la deuda derivada de un contrato de crédito al consumo, pagaré que fue inicialmente emitido en blanco por el firmante y posteriormente completado por el beneficiario, dicho órgano jurisdiccional debe examinar de oficio si las estipulaciones acordadas entre las partes tienen carácter abusivo y, a este respecto, puede exigir al profesional que presente el escrito en el que se recogen dichas estipulaciones, de modo que ese órgano jurisdiccional esté en condiciones de garantizar el respeto de los derechos que tales Directivas confieren a los consumidores.

Doctrina. El TJUE considera que si bien la normativa nacional controvertida en los litigios principales autoriza la emisión de un pagaré para garantizar el pago de la deuda derivada de un contrato de crédito al consumo, la obligación de emitir dicho pagaré no resulta de dicha normativa, sino de los contratos de crédito celebrados entre las partes. También señala que los pagarés controvertidos en los litigios principales presentan características particulares. Inicialmente esos pagarés están incompletos, ya que se emiten en blanco, es decir, sin indicar ningún importe. Es el profesional quien inscribe posteriormente los importes en esos pagarés de forma unilateral. Con respecto a ello, indica el TJUE que de los artículos 10 y 101 de la Ley cambiara se desprende que, si bien la mención del importe adeudado constituye normalmente un requisito para la validez de un pagaré, es posible emitir un pagaré en blanco, a condición de que un acuerdo cambiario determine las condiciones en que dicho pagaré podrá ser completado lícitamente por el prestamista con posterioridad. Así, en la medida en que, por una parte, el pago de la deuda derivada de un contrato de crédito al consumo queda garantizado por una estipulación que exige la emisión de un pagaré en blanco y, por otra parte, la normativa nacional exige la celebración de un acuerdo cambiario, esa estipulación y ese acuerdo pueden quedar comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13²⁶⁰. El TJUE observa que no cabe considerar que la estipulación que obliga al prestatario a emitir un pagaré en blanco para garantizar la deuda en

²⁶⁰ Asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18. STJUE de 7 de noviembre de 2019. *Profi Credit Polska contra Bogumiła Włostowska y otros*, apdos. 48 a 52.

favor del prestamista, derivada de ese contrato, ni el acuerdo cambiario, se refieran a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ²⁶¹.

El TJUE señala que la apreciación del carácter potencialmente abusivo de esa estipulación y del acuerdo cambiario deberá tomar en consideración simultáneamente el requisito relativo al desequilibrio importante y la exigencia de transparencia que resulta del artículo 5 de la Directiva 93/13. El TJUE recuerda su jurisprudencia en el sentido de que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información ²⁶².

De ello deduce el TJUE que un juez nacional que conoce de litigios como los que son objeto de los procedimientos principales debe determinar si el consumidor ha recibido toda la información que pueda influir en el alcance de sus obligaciones y que le permita valorar, en particular, las consecuencias procesales de garantizar las deudas derivadas del contrato de crédito al consumo mediante la emisión de un pagaré en blanco y la posibilidad de que se le exija posteriormente el pago de la deuda basándose únicamente en dicho pagaré. En esa evaluación, y de conformidad con el vigésimo considerando de la Directiva 93/13, declara el TJUE que resulta esencial saber si la cláusula contractual en cuestión está redactada en términos claros y comprensibles y si el consumidor contó con la posibilidad real de tener conocimiento de su contenido ²⁶³.

Así mismo, el TJUE recuerda que el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48 impone al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relativo a unas deudas derivadas de un contrato de crédito, en el sentido de esta Directiva, la obligación de examinar de oficio si se cumple la obligación de información establecida en dicha disposición y de deducir las consecuencias previstas en el Derecho nacional para el incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones respeten las exigencias del artículo 23 de la misma Directiva ²⁶⁴.

²⁶¹ *Ibid.*, apdo. 56.

²⁶² *Ibid.*, apdo. 57.

²⁶³ *Ibid.*, apdo. 58.

²⁶⁴ *Ibid.*, apdo. 59.

El TJUE concluye declarando que los artículos 1.1, 3.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que, para garantizar el pago de la deuda derivada de un contrato de crédito al consumo celebrado entre un profesional y un consumidor, permite estipular en dicho contrato la obligación de que el prestatario emita un pagaré en blanco y que supedita la licitud de la emisión de dicho pagaré a la celebración previa de un acuerdo cambiario que determine las condiciones en que el pagaré podrá ser completado, siempre que –extremo cuya verificación incumbe al órgano jurisdiccional remitente– esa estipulación y ese acuerdo se ajusten a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de dicha Directiva y en el artículo 10 de la Directiva 2008/48²⁶⁵.

En relación con la segunda cuestión del asunto C-419/18 y la cuestión planteada en el asunto C-483/18, recuerda el TJUE que incumbe al juez nacional acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula que figura en el contrato objeto del litigio que debe resolver, celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula²⁶⁶.

De ello deduce el TJUE que cuando un juez nacional conoce de una demanda basada en un pagaré, inicialmente emitido en blanco y completado posteriormente, destinado a garantizar la deuda derivada de un contrato de crédito al consumo, demanda sobre cuya procedencia dicho juez alberga serias dudas, el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 requieren que dicho órgano jurisdiccional pueda exigir la presentación de los documentos en los que se basa dicha demanda, incluido el acuerdo cambiario, si dicho acuerdo constituye, con arreglo a la normativa nacional, un requisito previo para la emisión de esa clase de pagaré, haciendo constar expresamente el TJUE que ello no vulnera el principio de congruencia²⁶⁷.

Pasando al análisis del artículo 10.2 de la Directiva 2008/48 declara el TJUE que cuando el juez nacional constata de oficio que se ha cometido una infracción de dicha disposición, está obligado a deducir de ello todas las consecuencias previstas en su Derecho nacional para tal infracción sin esperar a que el consumidor así lo solicite, a condición de respetar el principio de contradicción²⁶⁸.

²⁶⁵ *Ibid.*, apdo. 60.

²⁶⁶ *Ibid.*, apdo. 66.

²⁶⁷ *Ibid.*, apdos. 67 y 68.

²⁶⁸ *Ibid.*, apdo. 69.

Observa el TJUE que, según el Gobierno polaco, el artículo 10 de la Ley cambiaria no impide que un juez nacional declare inexistente la deuda basada en un pagaré en el importe que sobrepase la cantidad resultante del acuerdo cambiario. El juez puede llegar a esta conclusión, no solo a raíz de una alegación del consumidor, sino también, de oficio, por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. Del mismo modo, según dicho Gobierno, como el acuerdo cambiario constituye un requisito para la emisión de un pagaré en blanco que se completará con posterioridad, su razón de ser consiste precisamente en que instaura la facultad de controlar el uso de ese tipo de pagaré y el importe que en él se inscribirá más adelante. No obstante, añade el TJUE que los órganos jurisdiccionales remitentes afirman que únicamente pueden verificar si el pagaré fue completado con arreglo al acuerdo celebrado anteriormente cuando el deudor haya formulado una excepción ²⁶⁹.

Declara el TJUE que de su jurisprudencia se desprende que, cuando no puedan llevar a cabo una interpretación y una aplicación de la normativa nacional conformes con las exigencias de la Directiva 93/13, los jueces nacionales están obligados a examinar de oficio si las estipulaciones acordadas entre las partes tienen carácter abusivo, inaplicando, si fuera necesario, cualquier disposición o jurisprudencia nacionales que se opongan a dicho examen ²⁷⁰.

De todo ello deduce el TJUE los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que cuando, en circunstancias como las de los litigios principales, un órgano jurisdiccional nacional alberga serias dudas sobre la procedencia de una demanda basada en un pagaré destinado a garantizar la deuda derivada de un contrato de crédito al consumo, pagaré que fue inicialmente emitido en blanco por el firmante y posteriormente completado por el beneficiario, dicho órgano jurisdiccional debe examinar de oficio si las estipulaciones acordadas entre las partes tienen carácter abusivo y, a este respecto, puede exigir al profesional que presente el escrito en el que se recogen dichas estipulaciones, de modo que ese órgano jurisdiccional esté en condiciones de garantizar el respeto de los derechos que tales Directivas confieren a los consumidores ²⁷¹.

Comentarios. Con respecto al pagaré en blanco el TJUE ha optado por otorgar preponderancia al principio de autonomía procesal nacional frente al derecho a la tutela judicial efectiva o al principio de efectividad. Ya en relación con la primera sentencia *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)* de

²⁶⁹ *Ibid.*, apdos. 71 y 72.

²⁷⁰ *Ibid.*, apdo. 76.

²⁷¹ *Ibid.*, apdo. 77.

fecha 13 de septiembre de 2018 habíamos comentado que el TJUE no formuló objeción alguna al pagaré en blanco, sin perjuicio de que su validez no era el objeto de la pregunta. En este segundo asunto *Profi Credit Polska* es precisamente la compatibilidad del pagaré en blanco con la Directiva 93/13 lo que pregunta el juzgado polaco.

El TJUE analiza el pagaré en blanco en íntima conexión con el contrato de préstamo que constituye la base para su emisión de forma que lo trascendental para el TJUE es que en ese contrato se le explique de forma transparente al consumidor cómo se rellenará el pagaré y que la cláusula que lo prevé no cause un desequilibrio importante. Sin embargo, el TJUE no se detiene en el hecho de que el pagaré en blanco en sí mismo refleja un ejercicio de desequilibrio importante. A nuestro modo de ver, el hecho de que el consumidor tenga que firmar un documento en blanco y entregárselo al profesional que después lo rellena unilateralmente es en sí mismo un acto de desequilibrio y de desigualdad entre las partes. Es evidente que el TJUE no contempla el problema desde esa perspectiva que primaría el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad entre las partes. Se muestra así menos garantista que nuestro Tribunal Supremo que tiene fijada como doctrina jurisprudencial desde su sentencia de 12 de septiembre de 2014²⁷² que la condición general de los contratos de préstamo concertados con los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario de un pagaré, en garantía de aquel, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula.

Ha prevalecido, por tanto, el respeto al principio de autonomía procesal del Estado polaco que autoriza esa práctica.

Por otro lado, la forma en que articula la respuesta el TJUE tampoco tiene mucho sentido. Ello por cuanto que la premisa utilizada por el TJUE viene a ser: la legislación nacional que prevé el pagaré en blanco es compatible con la Directiva 93/13, siempre que la estipulación y el acuerdo donde se prevén las condiciones en las que el pagaré será completado se ajusten a los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y al artículo 10 de la Directiva 2008/48, lo que corresponde verificar al juez remitente.

Parece que hubiera sido mucho más lógico una premisa del estilo de «la legislación nacional que prevé el pagaré en blanco es compatible con la Directiva 93/13, sin perjuicio de que el juez remitente tendrá que verificar si en el litigio principal la cláusula que prevé las condiciones en las que el pagaré será

²⁷² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 466/2014, de 12 de septiembre, ES: TS:2014:3892

completado se ajusta a los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y al artículo 10 de la Directiva 2008/48».

Es decir, la legislación nacional polaca analizada por el TJUE que prevé el pagaré en blanco siempre va a ser compatible con el Derecho de la Unión según la valoración efectuada por el TJUE y no va a estar condicionada ni va a tener excepciones.

Lo que podrá suceder es que en el litigio principal o en cualquier litigio la cláusula suscrita entre las partes que prevé el pagaré en blanco y las condiciones con arreglo a las cuales se rellena no supere el control de abusividad previsto en los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 o que no supere las exigencias del artículo 10 de la Directiva 2008/48.

Por todo ello, a nuestro modo de ver, el TJUE no articula correctamente la respuesta.

Con respecto a la otra cuestión que es debatida por el TJUE en este asunto, la conclusión del Tribunal de Justicia es que el órgano jurisdiccional nacional puede exigir al profesional que presente el escrito en el que se recogen dichas estipulaciones, de modo que ese órgano jurisdiccional esté en condiciones de garantizar el respeto de los derechos que las Directivas 93/13 y 2008/48 confieren a los consumidores. Ello responde al sentido común, toda vez que una vez el TJUE ha verificado la validez del pagaré emitido en blanco no tiene otra alternativa que confirmar que el juez nacional polaco puede requerir la documentación que sirve de base a la reclamación para poder controlar si el pagaré en blanco responde a un clausulado conforme con ambas Directivas. No obstante, a nuestro modo de ver, hubiera sido más adecuado configurar como un deber más que como una facultad la actuación judicial de exigir al profesional que presente el escrito en el que se recogen dichas estipulaciones —cuando no ha sido presentado voluntariamente por el profesional—, puesto que únicamente disponiendo del acuerdo suscrito entre las partes, puede el órgano jurisdiccional cumplir con la obligación del examen de oficio de dicho documento impuesta por el propio TJUE en el fallo de la sentencia.

Caso 145. *DSK Bank y FrontEx International*²⁷³. El juez que conoce de una solicitud de proceso monitorio, por un lado, no puede prescindir del examen del carácter eventualmente abusivo de la cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, debido a dificultades

²⁷³ Asunto C-807/19. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 2020. DSK Bank EAD y FrontEx International EAD. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de Primera Instancia de Sofía, Bulgaria. EU: C:2020:967. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar, al que le fue asignado.

prácticas, como la carga de trabajo que recae sobre él, y, por otro lado, puede solicitar de oficio al acreedor información adicional cuando el consumidor no ha formulado oposición y si el juez presume que la solicitud está basada en una cláusula abusiva.

Hechos. Esta petición se ha presentado en el contexto de dos procesos monitorios tramitados ante un juzgado búlgaro que enfrentan a las entidades DSK Bank y a FrontEx International con consumidores que no se personaron en el procedimiento correspondiente²⁷⁴.

En cuanto a la primera cuestión, según reformulación del TJUE, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el Derecho de la Unión debe interpretarse

²⁷⁴ En el litigio relativo a DSK Bank, esta entidad solicitó al tribunal remitente que expidiera un requerimiento de ejecución inmediata, sobre la base de un extracto de sus libros de contabilidad de 3 de octubre de 2019, contra un consumidor que no está personado en el procedimiento. Es necesario aclarar que en la versión en lengua española del auto indica: «[...]contra un consumidor que no es parte en el procedimiento» (apdo. 25). También hemos comprobado la versión en lengua inglesa: «[...]against a consumer who is not a party to the proceedings» (apdo. 25) y la versión en lengua francesa: «[...]à l'encontre d'un consommateur qui n'est pas partie à la procédure» (apdo. 25). Con los escasos datos que constan en la resolución del TJUE y visto desde la perspectiva del Derecho español, en mi opinión, no parece ser correcta la expresión utilizada. Parece deducirse que el consumidor no estaba personado en el procedimiento. Ahora bien, en la medida en que había sido demandado sí era parte en el procedimiento por lo que en Derecho español no parecería adecuado decir que «no es parte en el procedimiento». DSK Bank alegó que había celebrado, el 8 de marzo de 2018, un contrato de crédito al consumo con dicho consumidor, quien había incurrido en mora en el pago de 17 mensualidades, cuyas fechas de vencimiento iban del 20 de marzo de 2018 al 20 de julio de 2019. Por lo que respecta al último pago adeudado, el importe indicado era superior a los anteriores, concretamente 564,44 levas búlgaras (BGN; unos 288 euros), en lugar de 167,23 BGN (unos 85 euros), sin que se facilite al respecto ninguna explicación. DSK Bank también presentó una copia de otro contrato de crédito al consumo celebrado el 25 de febrero de 2018, destinado a financiar un teléfono móvil y una prima de seguro de vida cuyo beneficiario es el banco. Este contrato establece las condiciones de obtención y devolución del crédito –concretamente el pago de 18 mensualidades– y las condiciones generales, y lleva la firma del consumidor. En el litigio relativo a FrontEx International, esta entidad afirma haber adquirido, mediante un contrato de cesión del crédito de la sociedad City Cash, un crédito frente a un consumidor que había celebrado con esta sociedad, el 15 de julio de 2016, un contrato de crédito. FrontEx International presentó ante el tribunal remitente una solicitud de proceso monitorio dirigida contra dicho consumidor, sin aportar ningún documento. En los dos litigios de los que conoce, el tribunal remitente presume la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo al consumo y desearía poder examinar los contratos que generaron los créditos. No obstante, indica, en primer lugar, que, de conformidad con el Derecho búlgaro, los procesos monitorios se desarrollan sumaria y unilateralmente, de modo que, antes de la adopción de la decisión de requerimiento, el consumidor no tiene la posibilidad de formular oposición. En segundo lugar, dicho órgano jurisdiccional pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Bulgaria, de la que se desprende, en particular, que, por un lado, en el proceso monitorio regulado por el artículo 410 GPK, el tribunal no recaba pruebas, ya que la finalidad del proceso no es acreditar la existencia misma del crédito, sino únicamente comprobar si se impugna dicho crédito, y, por otro lado, en el proceso regulado por el artículo 417 GPK, en el que el tribunal se pronuncia sobre la base del documento presentado por el solicitante, dicho tribunal no puede examinar más documentos que los mencionados en ese artículo. Finalmente, también indica el juzgado remitente que, habida cuenta la carga de trabajo, los jueces del Tribunal de Primera Instancia de Sofía no pueden comprobar si en los contratos de crédito al consumo que acompañan a las solicitudes de proceso monitorio figuran cláusulas abusivas.

en el sentido de que se opone a que el juez nacional que conoce de una solicitud de proceso monitorio prescinda del examen del carácter eventualmente abusivo de la cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, debido a dificultades prácticas, como la carga de trabajo que recae sobre él.

Las preguntas segunda y tercera son refundidas en una y, según el TJUE, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un juez nacional que conoce de una solicitud de proceso monitorio, si presume que dicha solicitud está basada en una cláusula abusiva que figura en un contrato de préstamo al consumo, en el sentido de la Directiva 93/13, pueda solicitar al acreedor, cuando el consumidor no ha formulado oposición, información adicional con el fin de examinar el carácter eventualmente abusivo de esa cláusula.

Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide que se dilucide, en esencia, si los artículos 3 y 8 de la Directiva 93/13, en relación con sus artículos 6 y 7, deben interpretarse en el sentido de que, en el examen de oficio del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas del contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que el juez nacional lleva a cabo para determinar la existencia de un desequilibrio importante entre las obligaciones que incumben a las partes como consecuencia de dicho contrato, el citado juez también puede tener en cuenta disposiciones nacionales que garanticen a los consumidores un mayor nivel de protección que el establecido por dicha Directiva.

Doctrina. Recuerda el TJUE que la protección efectiva de los derechos que se derivan de la Directiva 93/13 solo podría garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permita, en el marco del proceso monitorio o en el del procedimiento de ejecución del requerimiento de pago (es decir, ejecución de la resolución estimatoria dictada en el proceso monitorio), un control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate. En el supuesto de que el propio órgano jurisdiccional nacional que se pronuncia en el proceso monitorio aprecie, como en el litigio principal, que se ha de controlar el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos de que se trate, debe tener la posibilidad real de llevar a cabo tal control. Así mismo, recuerda el TJUE que corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, incluso respecto a las disposiciones que regulan la asignación de los asuntos. No obstante, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión.

Como parece lógico, el TJUE señala que las posibles dificultades prácticas, vinculadas a la carga de trabajo, no pueden justificar que no se aplique el

Derecho de la Unión. El órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas. La circunstancia de que la carga de trabajo que soporta un tribunal nacional sea sustancialmente mayor que la de otros órganos jurisdiccionales del mismo grado no exime a los jueces pertenecientes a ese tribunal de la obligación de aplicar eficaz y plenamente el Derecho de la Unión. De esa forma, el TJUE responde a la primera pregunta declarando que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional que conoce de una solicitud de proceso monitorio prescinda del examen del carácter eventualmente abusivo de la cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, debido a dificultades prácticas, como la carga de trabajo que recae sobre él ²⁷⁵.

Por lo que se refiere a las preguntas segunda y tercera, señala el TJUE que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 en lo relativo a las facultades de oficio de los jueces nacionales en procesos monitorios nacionales. Así, si bien el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, solo puede hacerlo si dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, aplicándose esas consideraciones también al proceso monitorio.

Si los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos ante el juez nacional que se pronuncia en el proceso monitorio suscitan serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que no fueron invocadas por el consumidor, pero que guardan relación con el objeto del litigio, sin que sea posible realizar apreciaciones definitivas al respecto, y si dicho juez considera que procede apreciar el carácter abusivo de las citadas cláusulas, le incumbe acordar, si es preciso de oficio, diligencias de prueba con el fin de completar los autos, requiriendo a las partes, con plena observancia del principio de contradicción, para que le aporten las aclaraciones y los documentos necesarios al efecto.

De ello se deduce que el juez nacional está obligado a acordar de oficio diligencias de prueba siempre que los elementos de hecho y de Derecho que ya figuran en dichos autos susciten serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas.

En consecuencia, si un juez nacional que conoce de una solicitud de proceso monitorio basada en un crédito nacido de cláusulas procedentes de un

²⁷⁵ *Ibid.*, apdos. 42 a 47.

contrato celebrado con consumidores, en el sentido de la Directiva 93/13, presume que las citadas cláusulas tienen carácter abusivo, sin que le sea posible realizar apreciaciones definitivas de dichas cláusulas, puede solicitar al acreedor, cuando el consumidor no ha formulado oposición, si es preciso de oficio, las pruebas necesarias con el fin de apreciar el carácter eventualmente abusivo de esas cláusulas.

De esta forma, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un juez nacional que conoce de una solicitud de proceso monitorio, si presume que dicha solicitud está basada en una cláusula abusiva que figura en el contrato de préstamo al consumo, en el sentido de la Directiva 93/13, pueda solicitar al acreedor, cuando el consumidor no ha formulado oposición, información adicional con el fin de examinar el carácter eventualmente abusivo de esa cláusula²⁷⁶.

La respuesta a la pregunta cuarta relativa a la posibilidad de que el juez también pueda tener en cuenta disposiciones nacionales que garanticen a los consumidores un mayor nivel de protección que el establecido por la Directiva 93/13 era bastante evidente al ser de general conocimiento que la Directiva 93/13 es un instrumento de mínimo. En efecto, el TJUE alude a su artículo 8 del que resulta que los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por dicha Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, llevando a cabo la Directiva una armonización mínima.

Dice el TJUE que, por una parte, al apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, es preciso tener en cuenta el contexto normativo que determina, juntamente con esa cláusula, los derechos y las obligaciones de las partes. Por otra parte, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Una vez efectuadas esas aclaraciones el TJUE procede a contestar la pregunta en el sentido esperado, es decir, que los artículos 3 y 8 de la Directiva 93/13, en relación con sus artículos 6 y 7, deben interpretarse en el

²⁷⁶ *Ibid.*, apdos. 49 a 54

sentido de que, en el examen de oficio del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas que figuran en el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que el juez nacional lleva a cabo para determinar la existencia de un desequilibrio importante entre las obligaciones que incumben a las partes como consecuencia de dicho contrato, el citado juez también puede tener en cuenta disposiciones nacionales que garanticen a los consumidores un mayor nivel de protección que el establecido por dicha Directiva²⁷⁷.

Comentarios. En líneas generales, los problemas abordados en este asunto están relacionados con la naturaleza sumaria de los procesos monitorios y el hecho de que a pesar de haber transcurrido más de ocho años desde que el TJUE dictó la sentencia *Banco Español de Crédito* considerando incompatible con la Directiva 93/13 el proceso monitorio español, a la que siguieron otras resoluciones determinando lo propio con el proceso monitorio polaco y con el eslovaco, parece que los legisladores nacionales de otros Estados miembros no adaptan sus respectivos procesos monitorios a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Se deduce de la normativa procesal búlgara que consta en el auto del TJUE que al no disponer previsión alguna en favor de los consumidores permitiendo el examen de oficio por parte del juez, parece que el proceso monitorio búlgaro sería incompatible con la Directiva 93/13 según ha sido interpretada por el TJUE en el ámbito de los procesos monitorios. No obstante, las preguntas formuladas por el juzgado búlgaro no van encaminadas a la declaración de incompatibilidad con el Derecho de la Unión del procedimiento monitorio búlgaro.

Es de resaltar que a pesar de que en la respuesta final a las preguntas segunda y tercera el TJUE no se refiere específicamente a la obligación del juez nacional, sino a la posibilidad de este de solicitar al acreedor información adicional (apdo. 54), de los razonamientos previos (apdo. 52), puede deducirse que se trata de una obligación del juez nacional. Entendemos que el TJUE ha preferido exponerlo de esa forma para adaptarse a la manera en la que han sido formuladas las preguntas por el juzgado búlgaro. En cualquier caso, consideramos que habría sido más esclarecedor y didáctico incluir en el fallo del auto esa premisa como obligación del juez y no como mera facultad que le está permitida ejercitar al juez nacional. No son frecuentes las cuestiones prejudiciales de juzgados búlgaros en materia de protección de consumidores y ello se ve reflejado en las preguntas formuladas por el juzgado búlgaro, como sucede con la cuarta pregunta. Tal y como estaba formulada, el juez dudaba sobre

²⁷⁷ *Ibid.*, apdos. 61 a 63.

la aplicación de la doctrina de la obligación del juez de apreciar de oficio una cláusula abusiva en supuestos en los que la ley nacional prevé una protección mayor que la Directiva 93/13. Ese enfoque denota un cierto desconocimiento, al mezclar la operatividad de la doctrina con las normas que resultan de aplicación. Parece evidente que, por un lado, el juez debe apreciar de oficio la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas cuando se den las circunstancias previstas en la jurisprudencia del TJUE para esa actuación de oficio, y, por otro, que a la hora de efectuar la apreciación el juez habrá de tener en consideración la Directiva 93/13 y las normas nacionales que eleven la protección de la Directiva. Así, por ejemplo, si la norma nacional no prevé la exclusión del artículo 4.2 –como sucede en algunos Estados miembros– el juez no deberá tener en cuenta si la cláusula se refiere al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y servicio o producto a suministrar en contraprestación. En definitiva, son aspectos totalmente diferenciados de la protección de consumidores que son mezclados por el juez búlgaro.

Caso 146. *Profi Credit Bulgaria*²⁷⁸: En el marco de una petición de requerimiento de pago, entre las consecuencias que debe deducir un juez cuando aprecia la naturaleza abusiva de una cláusula en el contrato sobre el que se basa la petición de requerimiento, en principio, no está la de realizar la compensación de oficio entre el pago indebido efectuado a consecuencia de la cláusula abusiva y el saldo adeudado a resultas del contrato.

Hechos. El litigio principal es un procedimiento instado por una entidad financiera búlgara, Profi Credit Bulgaria EOOD, contra un consumidor relativo a un contrato de crédito al consumo, debatiéndose sobre la solicitud del profesional a fin de que se dicte un requerimiento de pago de una deuda pecuniaria²⁷⁹. El tribunal remitente tiene dudas sobre la posibilidad de la compensación de oficio cuando se han abonado cantidades en base a una cláusula abusiva.

²⁷⁸ Asunto C-170/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 30 de junio de 2022. Profi Credit Bulgaria EOOD contra T. I. T.. Petición dirigida al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Tribunal de Primera Instancia de Sofía (Bulgaria). EU: C:2022:518. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar, al que le fue asignado.

²⁷⁹ La entidad financiera presentó ante el tribunal remitente una solicitud de que se dictase un requerimiento de pago contra el consumidor a fin de que este pagara una deuda pecuniaria, integrada por el principal, los intereses contractuales, la remuneración por la compra de un paquete de servicios accesorios y los intereses de demora, en virtud de un contrato de crédito al consumo celebrado entre las partes del litigio principal el 29 de diciembre de 2017. El procedimiento de expedición del requerimiento de pago se desarrolla unilateralmente hasta que se dicta el requerimiento. El consumidor tenía pagadas once mensualidades antes de incurrir en un impago y serle exigido anticipadamente la totalidad del crédito. El tribunal remitente constató que el contrato contenía una cláusula abusiva relativa a la remuneración por la compra de un paquete de servicios accesorios. Por ello, el tribunal remitente consideró que la solicitud de que se

Mediante sus cuestiones prejudiciales primera a tercera, analizadas conjuntamente por el TJUE, este considera que el juez remitente desea saber si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que conoce de una petición de emisión de un requerimiento de pago, cuando el deudor-consumidor no participa en el procedimiento hasta que se dicta dicho requerimiento de pago, está obligado a dejar inaplicada de oficio una cláusula abusiva del contrato de crédito al consumo celebrado entre dicho consumidor y el profesional de que se trate, en la que se basa una parte de la deuda invocada y si, en tal supuesto, el juez puede denegar esa solicitud tan solo parcialmente.

Mediante la cuarta cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional que conoce de una solicitud de que se dicte un requerimiento de pago a deducir de oficio las consecuencias del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de crédito al consumo cuando esta ha dado lugar a un pago, de modo que está obligado a proceder a una compensación de oficio entre dicho pago y el saldo adeudado en virtud de ese contrato.

Mediante la quinta cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si, en el supuesto de que, en virtud del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en relación con los principios de equivalencia y de efectividad, el juez nacional que conoce de una petición de requerimiento de pago estuviese obligado a efectuar una compensación de oficio entre el pago efectuado sobre la base de una cláusula abusiva incluida en un contrato de crédito al consumo y el saldo adeudado en virtud de ese contrato, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que dicho juez estaría obligado a dejar inaplicada la jurisprudencia de un órgano jurisdiccional de rango superior, que prohíbe tal compensación de oficio.

dictase un requerimiento de pago debía desestimarse en la parte relativa al pago de esa remuneración. Pero, además, que el importe ya pagado por el consumidor como consecuencia de esa cláusula abusiva se compensara de oficio al reembolso del principal e intereses, reduciendo lo adeudado. La entidad financiera recurrió y el órgano jurisdiccional superior (Tribunal de la Ciudad de Sofía) consideró que era adecuado apreciar de oficio la existencia de cláusula abusiva y la reducción del importe reclamado basado en dicha cláusula abusiva pero que no lo era la imputación de los pagos del consumidor al reembolso de los intereses y del principal, habiéndose excedido en sus competencias relativas a la expedición de un requerimiento de pago el tribunal inferior. Argumenta que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Casación de Bulgaria, el proceso monitorio no tiene por objeto que se declare la existencia del crédito de que se trata, sino únicamente comprobar si se ha impugnado dicho crédito. En cambio, el control de la existencia del crédito alegado debe efectuarse a través de un procedimiento declarativo, iniciado a instancia del acreedor interesado, en el supuesto de que el deudor de que se trate ejerciera su derecho a formular oposición al requerimiento. En consecuencia, el órgano jurisdiccional de apelación anuló parcialmente el auto del tribunal remitente, confirmó únicamente la desestimación de la petición por cuanto se refería al pago de la remuneración basada en una cláusula considerada abusiva, ordenó que se dictase en favor de la entidad financiera un requerimiento de pago relativo a la totalidad de las demás cantidades reclamadas y remitió el asunto al tribunal remitente, como órgano de primera instancia, para que expidiese un requerimiento de pago.

Doctrina. En cuanto a las cuestiones prejudiciales primera a tercera, tras referirse a premisas genéricas, el TJUE señala que el órgano jurisdiccional nacional que conozca de una petición de requerimiento de pago basada en un contrato de crédito al consumo que incluya una cláusula abusiva podrá estimar dicha petición, dejando inaplicada la referida cláusula, siempre que ese contrato pueda subsistir sin ninguna otra modificación, revisión o complemento, extremo que corresponde comprobar a dicho órgano jurisdiccional. En un supuesto como el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente debe poder desestimar la petición de requerimiento de pago únicamente respecto de la parte de las pretensiones que se derivan de la cláusula abusiva, si estas pueden distinguirse del resto de la petición. El TJUE llega a la conclusión de que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una petición de emisión de un requerimiento de pago, y cuando el deudor-consumidor no participa en el procedimiento hasta la expedición de dicho requerimiento de pago, está obligado a dejar inaplicada de oficio una cláusula abusiva del contrato de crédito al consumo celebrado entre ese consumidor y el profesional de que se trate, en la que se basa una parte del crédito invocado. En este supuesto, dicho órgano jurisdiccional dispone de la facultad de desestimar parcialmente tal petición, siempre que el contrato pueda subsistir sin ninguna otra modificación, revisión o complemento, extremo que corresponde comprobar a ese órgano jurisdiccional²⁸⁰.

Con respecto a la cuarta cuestión prejudicial referida a si el juez nacional está obligado a proceder a una compensación de oficio entre el pago efectuado a resultas de la cláusula abusiva y el saldo adeudado en virtud del contrato, el TJUE trae a colación que el juzgado remitente expone que si el artículo 6 de la Directiva 93/13 impone esa obligación de compensación de oficio al órgano jurisdiccional nacional, el consumidor de que se trate ya no debería incoar un procedimiento separado para hacer valer su derecho a compensación. El TJUE recuerda que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración. No obstante, esa declaración debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de que se trate de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en

²⁸⁰ *Ibid.*, apdos. 37 y 38.

detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva. El TJUE hace una primera observación importante señalando que, si bien, en virtud del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, los Estados miembros están obligados a establecer en su Derecho nacional modalidades procesales que permitan garantizar el respeto de dicho derecho a la restitución, de ello no se deriva, en cambio, una obligación de aplicar ese mismo derecho mediante una compensación de oficio que deba efectuar el juez nacional, aun cuando este esté obligado a dejar sin aplicación la cláusula abusiva.

La consecuencia de esa premisa es que la normativa nacional, en principio no sería contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13. Para explicarlo el TJUE señala que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el órgano jurisdiccional que conoce de una solicitud de que se dicte un requerimiento de pago está obligado a desestimar dicha solicitud en la medida en que esta se base en una cláusula abusiva, pero no está autorizado a proceder a una compensación de oficio entre los pagos efectuados sobre la base de dicha cláusula y el saldo adeudado, y que tiene como consecuencia que el deudor, que no participa en el proceso monitorio, esté obligado a iniciar un procedimiento separado para el ejercicio de su derecho a la restitución íntegra, no es, en principio, contraria al artículo 6 de la Directiva 93/13. No obstante, en ese punto de la argumentación, el TJUE recuerda que la normativa nacional reguladora de la cuestión debe cumplir con los principios de equivalencia y efectividad, por lo que el TJUE procede a analizar si supera estos principios o no.

En cuanto al principio de equivalencia, existen dudas al respecto. El TJUE explica que al responder el juzgado remitente a una solicitud de información formulada por el Tribunal de Justicia sobre la existencia de una disposición nacional que preveía la compensación de oficio, el tribunal remitente ha señalado, por una parte, que existe una jurisprudencia contradictoria sobre los requisitos con arreglo a los cuales el juez nacional, en el marco de un proceso monitorio, está obligado a efectuar la compensación de oficio en caso de que se compruebe la existencia de una cláusula abusiva como la prevista en el artículo 19, apartado 6, de la ZPK, y, por otra parte, que existe jurisprudencia divergente en lo que respecta a la legalidad de la aplicación por analogía de dicha disposición para realizar una compensación de oficio en supuestos que no den lugar únicamente a la aplicación del artículo 19, apartado 4, de la ZPK. Por ello, el Tribunal de Justicia señala que no dispone de elementos suficientes para apreciar el respeto del principio de equivalencia y que corresponderá al juez nacional, que es el único que puede tener conocimiento directo de la regulación procesal del derecho a la restitución en su

ordenamiento jurídico interno, comprobar el respeto de dicho principio, tomando en consideración el objeto, la causa y los elementos esenciales de dicha regulación procesal. En cuanto al principio de efectividad, manifiesta el TJUE que de la información comunicada por el tribunal remitente y, en particular, de la relativa a la interpretación jurisprudencial del artículo 410 del GPK –en virtud de la cual el control de la existencia del crédito en cuestión queda fuera de la competencia del juez en el marco del proceso monitorio y, por consiguiente, obliga al consumidor de que se trata, para el ejercicio de su derecho a la restitución íntegra que se deriva del artículo 6 de la Directiva 93/13, a promover un procedimiento separado– no se desprende que dicho artículo haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de este derecho, si bien esa obligación requiere un comportamiento activo del deudor de que se trata y la tramitación de un procedimiento contradictorio. Por lo tanto, no resulta que dichas normas procesales, por sí solas, hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a la restitución conferido por el Derecho de la Unión. extremo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente. El TJUE recuerda la premisa con arreglo a la cual el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor. Por todo ello, el TJUE contesta la cuestión manifestando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta disposición obliga al juez nacional que conoce de una petición de requerimiento de pago a deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de la comprobación del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato de crédito al consumo celebrado entre un consumidor y un profesional para asegurarse de que dicho consumidor no está vinculado por esa cláusula, no obliga, en principio, a ese juez a realizar una compensación de oficio entre el pago efectuado sobre la base de dicha cláusula y el saldo adeudado en virtud de ese contrato, con la salvedad, sin embargo, de que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad²⁸¹. Para terminar, el TJUE responde a la quinta cuestión basada en una hipótesis. Se trata de saber si el juez nacional estaría obligado a dejar inaplicada la jurisprudencia de un órgano jurisdiccional de rango superior que prohíbe la compensación de oficio si comprueba que en virtud del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y los principios de equivalencia y efectividad, el juez nacional estaría obligado a efectuar la compensación de oficio entre el pago efectuado sobre la base de una cláusula abusiva incluida en un contrato de crédito al consumo y el saldo adeudado a resultas de ese contrato.

²⁸¹ *Ibid.*, apdos. 40 a 49.

Como no puede ser de otra manera, el TJUE le contesta que, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión y dado que esa jurisprudencia sería contraria al Derecho de la Unión, el juez nacional debe dejar inaplicada la jurisprudencia de un órgano jurisdiccional de rango superior en sentido contrario a que el juez que conoce de una petición de requerimiento de pago esté obligado a realizar la compensación de oficio entre el pago efectuado sobre la base de una cláusula abusiva incluida en un contrato de crédito al consumo y el saldo adeudado a resultas de ese contrato²⁸².

Comentarios. Con toda lógica, el TJUE establece como obligación del juez que conoce la petición de requerimiento de pago –antes de que se haya dado traslado al consumidor de esta– la inaplicación de la cláusula abusiva, siempre que el contrato pueda subsistir sin la cláusula, extremo que corresponde decidir al juez. Sin embargo, llama la atención que la correlativa desestimación parcial o estimación parcial –el efecto es el mismo– sea tratada como facultad del juez («[...] dicho órgano jurisdiccional dispone de la facultad de desestimar parcialmente tal petición, siempre que el contrato pueda subsistir sin ninguna otra modificación, revisión o complemento, extremo que corresponde comprobar a ese órgano jurisdiccional», apdo. 38). Parece más bien una consecuencia de la inaplicación de la cláusula abusiva y quizá debería recibir el mismo tratamiento.

La última aseveración del TJUE en esta sentencia resulta indiscutible. Cuando hay una jurisprudencia nacional contraria al Derecho de la Unión debe ser inaplicada. Lo que genera muchas dudas es si efectivamente el principio de equivalencia o el principio de efectividad obligan al juez a efectuar una compensación de oficio. En cuanto a este último, parece que no es así, puesto que el propio TJUE indica que no resulta que dichas normas procesales, por sí solas, hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a la restitución conferido por el Derecho de la Unión, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente. Con respecto al principio de equivalencia, en función de la información suministrada inicialmente por el juzgado remitente podía ser más discutible. Sin embargo, el TJUE solicitó información complementaria y de la contestación evacuada parece deducirse jurisprudencia contradictoria en relación con la compensación de oficio. Lo que nos parece más relevante de este asunto es que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no obliga, en principio, al juez a realizar una compensación de oficio entre el pago efectuado sobre la base de

²⁸² *Ibid.*, apdos. 52 y 53.

la cláusula abusiva y el saldo adeudado en virtud del contrato, siempre que se cumplan con los principios de equivalencia y efectividad. En otras palabras, en el marco de una petición de requerimiento de pago, entre las consecuencias que debe deducir un juez cuando aprecia la naturaleza abusiva de una cláusula en el contrato sobre el que se basa la petición de requerimiento, en principio, no está la de realizar la compensación de oficio entre el pago indebido efectuado a consecuencia de la cláusula abusiva y el saldo adeudado a resultas del contrato. Parece que la facultad del consumidor de ejercitar la acción restitutoria descarta una eventual obligación del juez de efectuar la compensación. No obstante, en asuntos ulteriores será muy interesante avanzar en la cuestión. En función del tratamiento procesal dado por el ordenamiento nacional involucrado, sería útil comprobar si puede incorporarse al Derecho de consumidores el principio de economía procesal para justificar la obligación de efectuar la compensación de oficio evitando al consumidor tener que iniciar un nuevo proceso para la reclamación de lo abonado de más, cuando parece más eficiente que opere el instituto de la compensación en ejercicio de una obligación del juez aunque estemos en el marco de una petición de requerimiento de pago. Puede pensarse que la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento judicial con los costes que ello conlleva disuadiría al consumidor de efectuar la reclamación, en especial, tratándose de cantidades pequeñas, lo que desvirtuaría la efectiva protección de los consumidores perseguida por la Directiva 93/13. Visto el asunto desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial del consumidor, no parece fuera de lógica exigir que el juez opere la compensación, sin perjuicio de que el profesional deba tener a su disposición los mecanismos procesales adecuados para oponerse a la compensación dentro del mismo procedimiento en orden a garantizar la tutela judicial de este.

11.4.2 A nivel europeo

Caso 147. *Bondora*²⁸³: El Reglamento 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo y la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que el juez puede pedir al acreedor información complementaria relativa a

²⁸³ Asunto acumulados C-453/18 y C-494/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2019. *Bondora AS* contra Carlos V. C. y *Bondora AS* contra XY. Peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo y por el Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona. EU: C:2019:1118. La Abogada General Sra. Sharpston presentó sus conclusiones en audiencia pública con fecha de 31 de octubre de 2019.

las cláusulas contractuales con el fin de controlar de oficio la eventual naturaleza abusiva de esas cláusulas.

Hechos. Las peticiones fueron formuladas en el contexto de dos procesos monitorios europeos interpuestos por la misma entidad de nacionalidad estonia, Bondora AS, contra sendos consumidores, uno ante el juzgado de Vigo y otro ante el juzgado de Barcelona, en los que el profesional reclama la deuda derivada del correspondiente préstamo personal y antes de expedir el requerimiento de pago al respectivo consumidor, tanto el juez de Vigo como la juez de Barcelona se plantean serias dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión²⁸⁴.

²⁸⁴ En el asunto C-453/18 la entidad mercantil estonia denominada Bondora había celebrado un contrato de préstamo con un consumidor, el Sr. Carlos V. C. Se ignora a ciencia cierta el importe por el que fue suscrito el préstamo ya que aunque en la sentencia consta que el préstamo fue celebrado por la cantidad de 755,27 euros, ello puede tratarse de un error porque esa es la cifra por la que se presentó el 21 de marzo de 2018 ante el juzgado la petición de requerimiento como consta en el auto de remisión del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo de 28 de junio de 2018 –juzgado al que fue repartido el asunto– y en las conclusiones de la Abogada General Sra. Sharpston. Al considerar el juzgado remitente que la deuda se fundaba en un contrato de préstamo celebrado entre un profesional y un consumidor, previamente a la admisión a trámite de la petición, en virtud del artículo 815.4 LEC, dicho juzgado dictó providencia en la que requirió a Bondora para que aportara documentación acreditativa de la deuda, correspondiente a los medios de prueba del campo 10 del formulario A, que eran, el contrato de préstamo y la liquidación del contrato a fin de la determinación del importe de la deuda, con el propósito de poder apreciar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de dicho contrato. Bondora se negó a presentar esa documentación aduciendo, por un lado, que, según la disposición final vigesimotercera, apartado 2, de la LEC, en el caso de una petición de requerimiento europeo de pago, no es necesario aportar documentación acreditativa de la deuda y que, de aportarse, será inadmitida, y, por otro lado, que los artículos 8 y 12 del Reglamento núm. 1896/2006 por el que se establece el proceso monitorio europeo no hacen referencia alguna a la necesidad de aportar prueba para la expedición de un requerimiento europeo de pago. El juzgado remitente considera que tal interpretación de las normas a que se refiere el apartado anterior puede suscitar dificultades cuando la deuda cuyo importe se reclama se basa en un contrato celebrado con un consumidor, dado que la sociedad acreedora no ha adjuntado a la petición de requerimiento europeo de pago la documentación necesaria para apreciar, con arreglo al artículo 815, apartado 4, de la LEC, el posible carácter abusivo de una cláusula que constituya el fundamento de la petición o que determine la cantidad exigible. En la exposición justificativa de las cuestiones planteadas, el juzgado remitente subraya que el artículo 815, apartado 4, de la LEC, en su versión aplicable a los hechos, transpuso al ordenamiento jurídico español la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la Directiva 93/13, en particular, las sentencias *Banco Español de Crédito* (C-618/10, STJUE de 14 de junio de 2012) y *Radlinger y Radlingerová* (C-377/14, STJUE de 21 de abril de 2016) con el fin de que los jueces españoles pudiesen examinar de oficio el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales de que se derivan los créditos. En relación con el asunto C-494/18, el 17 de mayo de 2018, Bondora presentó ante los juzgados de Barcelona petición de requerimiento europeo de pago contra el consumidor XY por importe de 1.818,66 euros a resultados de un contrato de préstamo celebrado con dicho consumidor. En el formulario A, que figura en el anexo I del Reglamento núm. 1896/2006, Bondora señaló que XY era un consumidor y que la sociedad disponía del contrato de préstamo que fundamentaba la reclamación y la determinación de la deuda. Tras constatar el carácter de consumidor de una de las partes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona requirió a Bondora para que cumplimentara el campo 11 del formulario A, titulado «Otras alegaciones e información complementaria», y especificara en él el desglose de la liquidación de la deuda de que se trata y las cláusulas del contrato que invocaba en apoyo de su reclamación. Bondora se negó a facilitar esta información aduciendo que, en virtud del artículo 7, apartado 2, del Reglamento núm. 1896/2006, no estaba obligada a presentar ninguna otra prueba de la deuda reclamada y que, según la disposición final vigesimotercera, apartado 2, de la LEC, en el caso de una

El TJUE refunde las preguntas primera y segunda planteadas en los asuntos C-453/18 y C-494/18 y la tercera pregunta planteada en el asunto C-494/18, considerando que los juzgados remitentes solicitan que se dilucide si el artículo 7, apartado 2, letras d) y e), del Reglamento núm. 1896/2006 y los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia y a la luz del artículo 38 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que permiten que un «órgano jurisdiccional», según la definición de dicho Reglamento, que conoce de un proceso monitorio europeo pida al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas contractuales que este invoca para acreditar la deuda de que se trate, con el fin de controlar de oficio el carácter eventualmente abusivo de esas cláusulas, y de que, en consecuencia, se oponen a una normativa nacional que declara inadmisibles la documentación complementaria aportada a tal efecto.

En su pregunta cuarta, el Juzgado de Barcelona pide al TJUE que se pronuncie sobre la validez del Reglamento 1896/2000 por si es contrario al artículo 38 de la Carta y al artículo 6.1 del TUE, en el supuesto de que no sea posible controlar de oficio, en la redacción actual del Reglamento núm. 1896/2006, la existencia de cláusulas abusivas con carácter previo a expedir el requerimiento europeo de pago, es decir, plantea una cuestión prejudicial de validez. Al respecto, el TJUE considera que no procede responderla habida cuenta de la respuesta dada a las cuestiones prejudiciales primera y segunda de ambos asuntos y a la cuestión prejudicial tercera del asunto C-494/18.

Doctrina. Con carácter previo, el TJUE aclara lo que se entiende por asuntos transfronterizos a los efectos del Reglamento 1896/2006 en el sentido de que son aquellos en los que al menos una de las partes está domiciliada o tiene su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la petición. Al

petición de requerimiento europeo de pago, no era necesario aportar documentación acreditativa de la deuda. Además, esta sociedad también alegó que otros juzgados habían admitido peticiones de requerimiento de pago similares sin solicitarle que cumpliera otros requisitos. El juzgado de Barcelona alberga dudas sobre la interpretación del Reglamento núm. 1896/2006 a la luz de la protección de los consumidores y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Entiende que expedir un requerimiento europeo de pago sin controlar de oficio la eventual existencia de cláusulas abusivas podría vulnerar el imperativo de protección de los consumidores, consagrado en el artículo 38 de la Carta, en relación con el artículo 6 TUE, apartado 1. Además, según el juzgado remitente, el artículo 38 de la Carta, el artículo 6 TUE, apartado 1, y los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, no se oponen a una norma nacional como la disposición final vigesimotercera, apartado 2, de la LEC siempre que tal norma permita al juez tener conocimiento del contenido de las cláusulas accesorias del contrato para poder controlar de oficio las cláusulas abusivas. Por el contrario, el juzgado remitente opina que si de la interpretación del Reglamento núm. 1896/2006 no pudieran recabarse aclaraciones adicionales con el fin de comprobar si se han aplicado cláusulas abusivas, este Reglamento debería considerarse inválido por infringir el artículo 6 TUE, apartado 1, y el artículo 38 de la Carta.

ser Bondora una sociedad cuyo domicilio se encuentra en Estonia, el Reglamento 1896/2006 resulta de aplicación, sin perjuicio de las comprobaciones que deban efectuar los juzgados remitentes²⁸⁵.

El TJUE, tras manifestar que el Reglamento 1896/2006 tiene por objeto simplificar, acelerar y reducir los costes en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados mediante el establecimiento de un proceso monitorio europeo, señala que por ello la petición de requerimiento se presenta mediante el formulario A del anexo I del Reglamento 1896/2006. Lo que este exige, en particular a través del artículo 7.2, letras d) y e) es que la petición de requerimiento deberá contener la causa de pedir, incluida una descripción de las circunstancias invocadas como fundamento de la deuda, y en su caso, de los intereses reclamados y una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda²⁸⁶.

A continuación, se refiere el TJUE a que el órgano jurisdiccional tiene que examinar la petición conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento 1896/2006 a fin de evaluar si se cumplen los requisitos previstos en el Reglamento, entre otros, los prevenidos en su artículo 7, y si la petición resulta fundada²⁸⁷.

Dicho ello, el TJUE entra en la materia objeto de la cuestión y se pregunta si el órgano jurisdiccional está vinculado o no por las exigencias de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 tal y como han sido interpretadas por el propio TJUE y a la luz del artículo 38 de la Carta.

Tras hacer referencia a algunas de las premisas clásicas en el ámbito de control de cláusulas abusivas, el TJUE se detiene en sus declaraciones pronunciadas en el contexto de procesos monitorios nacionales y recuerda que el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 se opone a una normativa nacional que permite expedir un requerimiento de pago cuando el juez que conoce de la petición de proceso monitorio no tenga la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, en caso de que los requisitos para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permitan garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la citada Directiva²⁸⁸.

También recuerda el TJUE que un órgano jurisdiccional que conoce de una petición de proceso monitorio debe determinar si las modalidades del

²⁸⁵ Asuntos acumulados C-543/18 y C-494/18. STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Bondora*, apdo. 35.

²⁸⁶ *Ibid.*, apdos. 36 y 37.

²⁸⁷ *Ibid.*, apdo. 38.

²⁸⁸ *Ibid.*, apdo. 44.

procedimiento de oposición que establece el Derecho nacional generan un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida²⁸⁹.

El TJUE traslada las declaraciones efectuadas en el ámbito de los procedimientos monitorios nacionales al monitorio europeo afirmando que esas exigencias rigen igualmente cuando un órgano jurisdiccional, según la definición del Reglamento 1896/2006, recibe una petición de requerimiento europeo de pago, en el sentido del Reglamento.

Se trata por tanto de determinar si el Reglamento 1896/2006 permite al órgano jurisdiccional que tramita la petición de requerimiento de pago pedir al acreedor información complementaria sobre el clausulado para acreditar la deuda, a efectos de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas del contrato, con arreglo a las exigencias del artículo 6.1 de la Directiva 93/13.

Es a partir de ese momento cuando el TJUE proporciona los razonamientos que van a permitirle resolver el asunto.

Así, según el TJUE, del campo 10 del formulario A, que figura en el anexo I, se desprende que el demandante tiene la posibilidad de indicar y describir el tipo de medios de prueba de que dispone, incluidas las pruebas documentales, y, por otro lado, del campo 11 de este formulario resulta que puede añadirse información complementaria a la requerida expresamente por los campos anteriores de dicho formulario, de modo que este posibilita que se aporte información adicional relativa a las cláusulas que se invocan para acreditar la deuda, en particular, reproduciendo todo el contrato o aportando una copia de este²⁹⁰.

A ello añade el TJUE que el artículo 9.1 del Reglamento 1896/2006 establece que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado dicha petición está facultado, valiéndose del formulario B, que figura en el anexo II del Reglamento, para pedir al acreedor que complete o rectifique la información facilitada sobre la base del artículo 7 de dicho Reglamento²⁹¹.

De ello, deduce el TJUE que, en virtud de los artículos 7.1 y 9.1 del Reglamento 1896/2006, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado una petición de requerimiento europeo de pago debe poder pedir al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas que este invoca para acreditar la deuda, como la reproducción de todo el contrato o la

²⁸⁹ *Ibid.*, apdo. 45.

²⁹⁰ *Ibid.*, apdo. 48.

²⁹¹ *Ibid.*, apdo. 49.

presentación de una copia de este, con el fin de poder examinar el carácter eventualmente abusivo de tales cláusulas, con arreglo a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 ²⁹².

También señala el TJUE que una interpretación diferente de las disposiciones mencionadas del Reglamento podría permitir a los acreedores eludir las exigencias derivadas de la Directiva 93/13 y del artículo 38 de la Carta, aludiendo así mismo al hecho de que un órgano jurisdiccional nacional que requiera al demandante que aporte el contenido del documento o de los documentos en los que basa su petición se integra simplemente en la materia probatoria del proceso, ya que ese requerimiento tiene por único objeto determinar si la petición es fundada, de modo que no vulnera el principio dispositivo ²⁹³.

El TJUE concluye declarando que el artículo 7, apartado 2, letras d) y e) del Reglamento 1896/2006 y los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, tal como han sido interpretados por el TJUE y a la luz del artículo 38 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que permiten que un «órgano jurisdiccional», según la definición de dicho Reglamento, que conoce de un proceso monitorio europeo, pida al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas contractuales que este invoca para acreditar la deuda de que se trate, con el fin de controlar de oficio el carácter eventualmente abusivo de esas cláusulas, y de que, en consecuencia, se oponen a una normativa nacional que declara inadmisibles la documentación complementaria aportada a tal efecto ²⁹⁴.

Comentarios. La cuestión prejudicial despertaba un gran interés, entre otras razones, porque se planteaba una cuestión de interpretación y una cuestión de validez al amparo del apartado b) del artículo 267 TFUE ²⁹⁵. Así, se cuestionaba la validez del Reglamento 1896/2006, motivando ello que tanto el Parlamento Europeo como el Consejo de la Unión Europea presentaran observaciones a través de sus respectivos agentes. El contenido de la respuesta dada a las cuestiones anteriores llevó al TJUE a considerar no procedente contestar la pregunta sobre la posible invalidez del Reglamento 1896/2006. No obstante,

²⁹² *Ibid.*, apdo. 50.

²⁹³ *Ibid.*, apdos. 51 y 52.

²⁹⁴ *Ibid.*, apdos. 53 y 54.

²⁹⁵ Artículo 267 TFUE: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo [...]».

la gran trascendencia de esta sentencia radica en que el TJUE tiene que abordar por primera vez la relación entre el Reglamento 1896/2006 y la Directiva 93/13, de forma que la resolución dictada trata de conciliar ambos instrumentos jurídicos.

Teniendo en cuenta, por un lado, que el primero de dichos instrumentos ostenta como objeto «simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados»²⁹⁶, previendo a tal fin un sistema en el que el demandante se limita a describir los medios de prueba que posee sin necesidad de aportarlos y, por otro lado, que la interpretación que el TJUE ha hecho del segundo instrumento ha dado lugar a la doctrina sobre el obligado control de oficio por parte del juez de las cláusulas abusivas, era inexorable que se produjera una colisión entre ambos instrumentos.

En ese sentido, ya en las conclusiones del asunto *Finanmadrid EFC*²⁹⁷ el Abogado General Sr. Szpunar señaló que «*de lege ferenda*, opino que sería conveniente modificar el Reglamento núm. 1896/2006, que cubre potencialmente los créditos derivados de contratos celebrados con consumidores, a fin de introducir explícitamente el control de oficio de las cláusulas abusivas en la fase de aprobación del requerimiento europeo de pago»²⁹⁸.

Esa colisión es analizada por el TJUE en el asunto que ahora comentamos, presentando una resolución que pretende integrar ambos instrumentos. Parece que el TJUE ha optado por la solución menos traumática, pero se echa en falta, tanto en la sentencia como incluso en las conclusiones de la Abogada General Sra. Sharpston²⁹⁹, la mención sobre la necesidad de reformar el Reglamento 1896/2006 para que prevea una disposición de aplicación en aquellos peticiones formuladas por profesionales contra consumidores que regule no solamente la obligación del juez de controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en la fase de aprobación del requerimiento de pago —como decía Szpunar—, sino también la obligación del profesional demandante de aportar el documento o documentos en los que se basa la reclamación ya que sin estos el juez no puede llevar a cabo control de oficio alguno. Es indudable la conveniencia de dicha modificación del Reglamento 1896/2006 en pos de una mejor protección de los consumidores. En primer lugar, porque es una

²⁹⁶ Considerando noveno del Reglamento 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo.

²⁹⁷ C-49/14. STJUE de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid EFC*.

²⁹⁸ Nota 20 de las conclusiones presentadas el 11 de noviembre de 2015 por el Abogado General Sr. Szpunar en el asunto C-49/14, *Finanmadrid EFC*.

²⁹⁹ Asuntos acumulados C-453/18 y C-494/18. Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Sharpston con fecha de 31 de octubre de 2019.

entelequia que todos los jueces de la Unión conocen el contenido de la sentencia *Bondora* y la van a aplicar. En segundo lugar, porque la sentencia *Bondora* establece la facultad del juez de solicitar de oficio la prueba documental para poder llevar a cabo el control de las cláusulas abusivas, pero no la obligación del juez nacional de proceder de oficio a dicha apreciación.

Es esa una segunda crítica que debemos formular a la sentencia del TJUE que ahora comentamos.

La sentencia *Bondora* «se queda» en los albores de la doctrina del TJUE cuando se discutía sobre la facultad del juez del control de oficio, pero no se imponía como obligación, lo que sucedió a partir de la sentencia *Pannon GSM*³⁰⁰, cuando el juez nacional dispusiera de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para llevar a cabo el examen de las eventuales cláusulas abusivas.

Tampoco la Abogada General Sra. Sharpston en las conclusiones presentadas en el asunto *Bondora* habla de obligación, sino que en apartados como el 86 y el 110 se refiere a que el juez «tenga la facultad» o que «está facultado», sin abordar el control de oficio de las cláusulas abusivas como obligación, si bien es cierto que los apartados 97 a 110 de las conclusiones llevan como título «Necesidad de un control judicial en la fase de examen inicial de la petición de requerimiento de pago». En cualquier caso, puede argumentarse que la pregunta de los juzgados españoles remitentes está formulada en el sentido de que si el órgano jurisdiccional «puede», pero, sin embargo, hay que tener en cuenta que el TJUE, cuando considera que un asunto relacionado con la pregunta es importante, lo aborda, aunque no haya sido expresamente contenido en la misma.

La solución presentada por el TJUE en esta sentencia, desde nuestro punto de vista, es insuficiente, porque se concluye la facultad del juez de solicitar de oficio información complementaria para llevar a cabo el control de las cláusulas abusivas, pero no se declara claramente el deber del juez de pedir al acreedor la documentación que sirve de base a fin de proceder al obligado control de oficio de la posible naturaleza abusiva de las cláusulas contenidas en ese documento, una vez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Ello también nos llevaría a calificar como insuficiente la conciliación efectuada por el TJUE entre el Reglamento 1896/2006 y la doctrina sobre el obligado control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

Otro aspecto interesante de la sentencia está constituido por el proceso que sigue el TJUE para presentar la resolución del asunto. A la hora de determinar si

³⁰⁰ Asunto C-243/08. STJUE de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*.

el Reglamento 1896/2006 por el que se establece el proceso monitorio europeo permite al juez nacional requerir al profesional acreedor el contrato de préstamo que sirve de base para la petición, el TJUE se apoya en su jurisprudencia dictada en asuntos en los que se plantea la compatibilidad con la Directiva 93/13 de procesos monitorios nacionales. En particular, la resolución ahora comentada descansa sobre la sentencia *Profi Credit Polska*, en la que se pone en evidencia la regulación polaca del proceso monitorio. El TJUE trata de encontrar en el Reglamento 1896/2006 un resquicio que le permita adoptar una postura garantista en relación con los consumidores en sentido similar a *Profi Credit Polska* y lo encuentra en los campos 10 y 11 del formulario A y, sobre todo, en el artículo 9.1 del Reglamento 1896/2006. Así, del campo 10 del formulario A, según el TJUE, «se desprende que el demandante tiene la posibilidad de indicar y describir el tipo de medios de prueba de que dispone, incluidas las pruebas documentales»³⁰¹. No se expresa con precisión el TJUE ya que no se trata de que el demandante «tiene la posibilidad» sino que está obligado a ello por el artículo 7, apartado e) del Reglamento. Del campo 11 del formulario «resulta que puede añadirse información complementaria a la requerida expresamente por los campos anteriores de dicho formulario, de modo que este posibilita que se aporte información adicional relativa a las cláusulas que se invocan para acreditar la deuda, en particular, reproduciendo todo el contrato o aportando una copia de este». En ese campo sí estamos ante una posibilidad que puede utilizar o no el acreedor, de ahí que dicho campo 11 del formulario A tiene como título: «Otras alegaciones e información complementaria (si procede)». No obstante, en ninguno de ambos casos quedaría solucionado el problema planteado por el juzgado nacional, ya que no parece que pueda apoyarse en esos campos para requerir al acreedor la presentación del contrato de préstamo, sino que es el apartado 1 del artículo 9 del Reglamento en el que se ampara el TJUE para dar cobertura a la solución del asunto. Así, dicho precepto establece que el órgano jurisdiccional está facultado, valiéndose del formulario B, que figura en el anexo II, para pedir al acreedor que complete o rectifique la información facilitada sobre la base del artículo 7 del Reglamento.

El examen del formulario B permite comprobar que el juzgado interviniente tendría que rellenar el código 09 «Medios de prueba que acrediten la deuda» dentro del campo que reza: «Debe completar o rectificar los apartados siguientes:».

³⁰¹ En las versiones en lengua francesa e inglesa: «le demandeur a la possibilité d'indiquer et de décrire le type d'éléments de preuve disponibles, y compris une preuve documentaire» y «the applicant may state and describe the type of evidence available, including documentary evidence» (apartado 48).

Del auto de remisión de los dos juzgados remitentes podemos deducir que eso fue precisamente lo que hizo el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona, que utilizó el formulario B para requerir al demandante a fin de que volviese a presentar el formulario A rellenando el apartado 11, expresando el desglose de la liquidación de la deuda y para que, si en dicha liquidación había algún importe que no fuese principal prestado, copiase la cláusula del contrato que le permitía realizar la reclamación. Por el contrario, el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Vigo, previamente a la admisión a trámite de la petición, dictó providencia en la que requirió a la entidad Bondora AS para que aportase la documentación justificativa de la deuda base de la reclamación.

Es llamativo que la resolución final del asunto haya recaído en otro precepto del Reglamento –no mencionado en las preguntas formuladas por los juzgados remitentes– en conexión con uno de los formularios previstos en el mismo. No obstante, tenemos que señalar que, a pesar de que el TJUE en su intención de conciliar el Reglamento 1896/2006 con la Directiva 93/13 haya interpretado el artículo 9.1 del Reglamento en el sentido de que permite que el juzgado nacional pida al acreedor la presentación de una copia del contrato, por más que examinemos dicho precepto y el formulario que articula su aplicación, no parece preverse la aportación de documento alguno, por la sencilla razón de que el legislador comunitario no pensaba en la posibilidad de dicha aportación.

En cualquier caso, en el apartado 50 de la sentencia el TJUE se refiere literalmente a pedir la presentación de una copia del contrato, por lo que zanja la cuestión en el sentido de que el juez no solo puede pedir el contenido del contrato mediante su reproducción –lo que se puede entender como la transcripción literal del mismo en el campo correspondiente–, sino también puede pedir la aportación de una copia del contrato.

Parece que el TJUE trata de mitigar el desequilibrio en favor de los acreedores que una lectura literal del Reglamento podría provocar. De hecho, si analizamos de forma rigurosa el artículo 7 del Reglamento, ninguna documentación sería necesaria para obtener el requerimiento europeo de pago. Sin embargo, ello debilitaría la posición de los consumidores³⁰².

Consideramos que el TJUE ha optado por la solución menos traumática a fin de conseguir la conciliación entre ambos instrumentos que era su objetivo inicial. En definitiva, el TJUE, siguiendo los razonamientos de la Abogada

³⁰² SANTALÓ GORIS, C., «Consumers' right strike back! First impressions on C-453/17 and C-494/18- Bondora». Blog *Conflict of Laws*. 27 diciembre 2019. Disponible en: <https://conflictoflaws.net/2019/consumers-rights-strike-back-first-impressions-on-c-453-18-and-c-494-18-bondora/> (última consulta: 27 de agosto de 2022)

General, primero ha llegado a la conclusión de que debía conciliar ambos instrumentos y después ha buscado y encontrado las piezas que le permitiesen alcanzar dicha conciliación.

Contemplado el problema desde la perspectiva de conseguir un nivel adecuado de protección del consumidor la situación es, a nuestro modo de ver, deficiente, porque el proceso monitorio europeo no prevé de forma clara y explícita para que sea entendido por todos los jueces de la Unión Europea que tengan que enfrentarse a este procedimiento en su ejercicio, tratándose de una relación profesional-consumidor, la obligación de controlar de oficio las cláusulas abusivas de los documentos que sirven de base para las reclamaciones articuladas a través de este mecanismo procesal y, previamente a dicho control, el imprescindible deber de exigir al acreedor-demandante-profesional la aportación física de dichos documentos para que el juez pueda examinarlos directamente y no a través de transcripciones que, intencionadamente o por negligencia del acreedor, no sean exactas.

La interpretación realizada por el TJUE en *Bondora* supone un paso importante, pero nos tememos que no va a cambiar la forma de actuar de muchos jueces de la Unión en relación con el monitorio europeo. En nuestra opinión, no es de recibo que procedimientos monitorios nacionales como el español se hayan adaptado a la doctrina del TJUE sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas y que el monitorio europeo no lo haya hecho, puesto que una interpretación literal de sus disposiciones podría llevar a un número importante de los jueces nacionales de la Unión a aplicarlo en contra de la mencionada doctrina del TJUE³⁰³.

11.5 EL EXPEDIENTE DE JURA DE CUENTAS ESPAÑOL

Los artículos 34 y 35 de la LEC recogen los procedimientos de cuenta del procurador y de honorarios de los abogados, respectivamente, según la terminología de dichas disposiciones y que se conocen comúnmente con el nombre de jura de cuentas. En dichos procedimientos, una vez presentada la cuenta del procurador o la minuta de honorarios del abogado, el letrado de la Administración de Justicia requiere al deudor para que pague dicha suma o impugne la

³⁰³ VERDÚN PÉREZ, F., «La sentencia *Bondora*: Luces y sombras de la conciliación operada por el TJUE entre el Reglamento núm. 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo y la doctrina del obligado control judicial de oficio de las cláusulas abusivas (STJUE de 19 de diciembre de 2019)», en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea, Materiales del V Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, dir. por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, Sepín, 2021, p. 703.

cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación. Habida cuenta de las similitudes con el proceso monitorio –antes de ser reformado–, parecía cuestión de tiempo que el TJUE declarase la incompatibilidad de dicho procedimiento con la Directiva 93/13. Veamos a continuación los tres asuntos en los que el TJUE analiza el expediente de jura de cuentas de la LEC.

Caso 148. *Margarit Panicello*³⁰⁴: Incompetencia del secretario judicial para plantear cuestión prejudicial en el marco de un procedimiento de jura de cuentas y su posible incompatibilidad con la Directiva 93/13, con la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales y con el artículo 47 de la Carta.

Hechos. La cuestión prejudicial es planteada por el secretario judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer durante la tramitación del incidente de jura de cuentas instado por el abogado Sr. Margarit contra su cliente y consumidora Sra. Hernández en el que el letrado reclamaba a la consumidora los honorarios devengados en el procedimiento principal tramitado ante el Juzgado de Violencia³⁰⁵.

El secretario judicial formula cuestión prejudicial en la que pide al TJUE que dilucide si un secretario judicial constituye un «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE y si, en consecuencia, está facultado

³⁰⁴ Asunto C-503/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2017. Ramón Margarit Panicello contra Pilar Hernández Martínez, Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el secretario judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa (Barcelona). EU: C:2017:126. La Abogada General Sra. Juliane Kokott presentó sus conclusiones en audiencia pública el 15 de septiembre de 2016.

³⁰⁵ La consumidora Sra. Hernández Martínez contrató los servicios de un abogado, el Sr. Margarit Panicello, a fin de ser defendida en un juicio que versaba sobre la guarda y custodia de sus hijos menores del que conocía el Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa. En julio de 2015 el abogado interpuso ante dicho juzgado petición de honorarios de abogado frente a la Sra. Hernández Martínez, reclamando la suma de 1.095,90 euros. El secretario judicial de dicho juzgado era competente para conocer sobre la citada reclamación en virtud del artículo 35 de la LEC. El secretario judicial hace constar que el procedimiento aplicable, por un lado, no le permite controlar de oficio la eventual existencia de cláusulas abusivas en el contrato celebrado entre el abogado y su cliente o la concurrencia de comportamientos comerciales desleales de dicho profesional en cuanto a la información previa sobre el precio estimado de sus servicios y, por otro lado, limita la posibilidad del cliente demandado de aportar pruebas distintas de la documental o pericial para impugnar la cuantía reclamada. El secretario judicial pregunta sobre la compatibilidad de este procedimiento de reclamación de honorarios con las Directivas 93/13 y 2005/29. También manifiesta dudas en cuanto a la conformidad del referido procedimiento con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que el decreto que el secretario judicial adopta para poner fin al procedimiento de reclamación de honorarios denominado expediente de jura de cuentas, cuando el deudor no paga voluntariamente la cantidad reclamada y formula impugnación, no es susceptible de recurso judicial, pero permite que el abogado inste directamente el apremio por el importe fijado. Así mismo, tiene dudas sobre si puede ser calificado de «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE.

para plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial. Además de la pregunta sobre su propia competencia, el secretario judicial incluye en la cuestión preguntas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión del procedimiento de jura de cuentas que no van a ser contestadas por el TJUE al no reconocerle competencia para plantear la cuestión prejudicial.

Doctrina. Para resolver la cuestión sobre la competencia del secretario judicial el TJUE comienza por recordar lo ya declarado en la sentencia *Torresi*³⁰⁶ y en la sentencia *Consorti Sanitari del Maresme*³⁰⁷, en el sentido de que para dilucidar si el organismo remitente tiene la condición de «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta un conjunto de factores, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia. Como sabemos, esta última sentencia tiene gran relevancia para nuestro país al reconocer competencia para formular cuestión prejudicial a un órgano de carácter administrativo en el organigrama de la Administración Pública Española, de la misma forma que ya hace algunos años reconoció a nuestro Tribunal Económico Administrativo la competencia para elevar cuestiones prejudiciales. Sin embargo, recientemente el TJUE ha cambiado radicalmente su postura mediante la sentencia *Banco de Santander*³⁰⁸ (asunto C-274/14) dictada el 21 de enero de 2020 con arreglo a la cual declara que el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) no es órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 TFUE.

Continúa señalando el TJUE que para determinar si un organismo nacional, al que la ley atribuye funciones de diferente naturaleza, debe ser calificado de «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE, es necesario examinar cuál es la naturaleza específica de las funciones, jurisdiccionales o administrativas, que ejerce en el contexto normativo específico en el que decide pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie, a fin de verificar si está pendiente

³⁰⁶ Asuntos acumulados C-58/13 y C-59/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2014. Angelo Alberto Torresi y Pierfrancesco Torresi contra Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Consiglio Nazionale Forense, Italia, EU: C:2014:2088.

³⁰⁷ Asunto C-203/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015. Consorti Sanitari del Maresme contra Corporació de Salut del Maresme i la Selva. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, España, EU: C:2015:664.

³⁰⁸ Asunto C-274/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de enero de 2020. Procedimiento incoado por Banco de Santander, S. A. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Económico Administrativo Central, España, EU: C:2020:17.

un litigio ante tal organismo y si este debe adoptar su resolución en un procedimiento que concluya con una resolución judicial.

Analizando el pleito principal, el TJUE expone que el secretario judicial es un funcionario público que pertenece a un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de Justicia y que tras la reforma introducida por la Ley 13/2009, el legislador español atribuyó al secretario judicial la competencia exclusiva para conocer de procedimientos de reclamación de honorarios como son los expedientes de jura de cuentas sobre los que versa el litigio principal, regulados por los artículos 34 y 35 de la LEC, que tienen por objeto garantizar a los procuradores y a los abogados un reconocimiento rápido de la exigibilidad de determinados emolumentos específicos y la expedición de un título ejecutivo que permita el cobro inmediato de los mismos, siempre que los procuradores y abogados aporten documentos que demuestren fehacientemente la procedencia y la cuantía de los honorarios o derechos impagados.

En relación con el carácter obligatorio de la jurisdicción del órgano remitente, dice el TJUE que no lo es, porque el abogado o el procurador puede optar por otros procedimientos como el declarativo ordinario y el monitorio, además de la jura de cuentas para reclamar los honorarios. También se refiere el TJUE a otros supuestos en los que los órganos remitentes habían sido considerados como órganos jurisdiccionales a los efectos del artículo 267 TFUE, pero ejercían sus funciones en el marco de procedimientos que tenían carácter plenamente jurisdiccional. Abordando en profundidad el expediente de jura de cuentas el TJUE dice que este procedimiento se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional.

Para sostener esa afirmación el TJUE se refiere al hecho de que, por una parte, la incoación del procedimiento de jura de cuentas no da lugar a que, por causa de litispendencia, pueda impedirse que un tribunal ordinario sustancie autónomamente un proceso declarativo o un procedimiento monitorio, ni tampoco constituye una causa de inadmisibilidad de los motivos que pudieran formularse, simultánea o sucesivamente, ante tal tribunal ordinario, y, por otra parte, el decreto por el que se pone fin al expediente de jura de cuentas es similar a una resolución de carácter administrativo, puesto que tal decreto, aun siendo firme e inmediatamente ejecutivo, sin que se admita contra él ningún recurso, no goza de los atributos de una resolución judicial, especialmente de la fuerza de cosa juzgada material³⁰⁹.

³⁰⁹ Asunto C-503/15. STJUE de 16 de febrero de 2017. *Margarit Panicello*, apdo. 34.

También se refiere el TJUE al hecho de que el Tribunal Constitucional tiene declarado en la sentencia 58/2016, de 17 de marzo (ES: TC:2016:58), que un expediente de jura de cuentas como el controvertido en el litigio principal constituye un procedimiento de carácter administrativo, en el marco del cual no puede considerarse que el secretario judicial ejerza una función jurisdiccional. A continuación, aborda el criterio de independencia, argumentando que la exigencia de independencia del órgano remitente comporta dos aspectos. El primero de ellos –aspecto externo– supone que el órgano en cuestión ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios de los que conozca. El segundo aspecto –aspecto interno– se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél. Este aspecto interno exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la estricta aplicación de la norma jurídica³¹⁰.

Señala el TJUE que, en el caso de autos, al tramitar los expedientes de jura de cuentas, el secretario judicial cumple la exigencia de independencia considerada en su aspecto interno, en la medida en que desarrolla su cometido con plena observancia de la imparcialidad y de la objetividad en relación con las partes y con los respectivos intereses de estas en el litigio, pero que cuando tramita los expedientes de jura de cuentas, el secretario judicial no cumple la exigencia de independencia considerada en su aspecto externo, que requiere que no exista ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto de toda entidad que pudiera darle órdenes o instrucciones. Y ello por cuanto que de la normativa nacional se deduce que el secretario judicial, en el ejercicio de sus funciones, debe atenerse a las instrucciones que le imparta su superior jerárquico, salvo cuando ejerce las competencias relativas a la fe pública judicial, a saber, a la hora de autenticar los actos y los documentos procesales y de certificar hechos que produzcan efectos procesales, o cuando adopta actos de ordenación y dirección del proceso. En este sentido, de la documentación que obra en poder del Tribunal de Justicia resulta que, en el estado actual de la legislación española, el secretario judicial tramita el expediente de jura de cuentas

³¹⁰ *Ibid.*, apdos. 37 y 38.

sobre el que versa el litigio principal con observancia de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica³¹¹.

Finalmente, el TJUE manifiesta que en el ámbito del expediente de jura de cuentas sobre el que versa el litigio principal, el secretario judicial no constituye un «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE, y ello sin que proceda examinar si se ajusta a los demás criterios que permiten determinar el carácter de órgano jurisdiccional, criterios que se enumeran en el apartado 27 de la sentencia. Por consiguiente, el secretario judicial no está facultado para plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial.

Así pues, a quien corresponderá plantear, en su caso, al Tribunal de Justicia la petición de decisión prejudicial es al juez de ejecución competente para acordar el apremio sobre la cantidad debida, que debe examinar –de oficio si es necesario– el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual que figure en el contrato celebrado entre un procurador o un abogado y un cliente suyo³¹².

Por todo ello, el TJUE se declara incompetente para pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial formulada por el secretario judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa³¹³.

Comentarios. Consideramos que son varios los aspectos susceptibles de ser comentados en relación con esta sentencia. En primer lugar, analizaremos el pronunciamiento del TJUE, propiamente dicho.

Negar legitimación al secretario judicial para plantear cuestión prejudicial cuando sí se reconoce tal competencia a determinados órganos administrativos como el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic es discutible. En este sentido, cabe decir que la Abogada General Sra. Kokott³¹⁴ en sus conclusiones afirmó que los secretarios judiciales debían considerarse «órganos jurisdiccionales» facultados, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, para plantear peticiones de decisión prejudicial.

Por el contrario, el Gobierno español sostuvo la incompetencia del secretario judicial para plantear cuestiones prejudiciales. Suponemos que ese criterio se debió al hecho de que un hipotético reconocimiento por el TJUE de la legitimación del secretario judicial hubiera representado una nueva fuente de producción de cuestiones prejudiciales poniendo en cuestión la compatibilidad

³¹¹ *Ibid.*, apdos. 39 a 41.

³¹² *Ibid.*, apdo. 42.

³¹³ *Ibid.*, apdo. 43.

³¹⁴ Asunto C-503/15. Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de septiembre de 2016.

de la normativa española con el Derecho de la Unión en consonancia con el elogiado «activismo» de nuestros jueces.

No obstante, es de hacer constar que la decisión adoptada por el TJUE en esta sentencia es coherente con otras resoluciones en las que se han visto involucrados los secretarios judiciales. Así, cabe citar la sentencia *Imtech Marine Belgium NV*³¹⁵ en la que TJUE consideró que el artículo 6 del Reglamento núm. 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo debe quedar reservada al juez, porque son indispensables las cualificaciones jurídicas de un juez para ello, sin perjuicio de que el secretario pueda realizar el acto formal de expedir el certificado una vez adoptada por el juez la resolución relativa a la certificación como título ejecutivo europeo. En otras palabras, el secretario judicial puede efectuar trámites del expediente, pero la decisión ha de quedar reservada al juez. Dentro del ámbito de consumidores, en la misma línea, en *Finanmadrid EFC*³¹⁶, el TJUE estima que el secretario judicial no tiene la competencia necesaria para llevar a cabo el control de abusividad de la petición de juicio monitorio.

En consecuencia, es de elogiar la coherencia mostrada por el TJUE en asuntos de diversa índole lo que facilita la labor de los operadores jurídicos, sin perjuicio de que en el asunto que ahora comentamos el TJUE podía haber escogido un camino más fácil para negar al secretario judicial la posibilidad de plantear cuestión prejudicial, simplemente deteniéndose en el hecho de que no ostenta función jurisdiccional. Puede pensarse que esa vía es más factible que hablar sobre la existencia de vínculo jerárquico o de subordinación del secretario judicial, de forma que en el ejercicio de sus funciones debe atenerse a las instrucciones que le imparta su superior jerárquico, salvo cuando ejerce las competencias relativas a la fe pública judicial o cuando adopta actos de ordenación y dirección del proceso.

No creemos que cuando el secretario judicial adopta una resolución en un expediente de jura de cuentas se encuentre sometido a las instrucciones que reciba de su superior jerárquico, como parece sostener el TJUE (apdo. 41), cuestión diferente a que con arreglo al artículo 3 del Real Decreto 1608/2005: «En el ejercicio de las funciones de dirección técnico-procesal de la Oficina judicial, así como en todas aquellas que les encomiende la Ley Orgánica del Poder judicial y el presente Reglamento y sean distintas de la enunciada en el apartado anterior, actuarán bajo los principios de unidad de actuación y

³¹⁵ Asunto C-300/14. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2015 *Imtech Marine Belgium Nv y Radio Hellenic SA*. Cuestión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Apelación de Amberes, Bélgica. EU: C:2015:825

³¹⁶ Asunto C-49/14. STJUE de 18 de Febrero de 2016. *Finanmadrid EFC*.

dependencia jerárquica». Dicho de otro modo, una cuestión es que a la hora de dirigir la Oficina judicial pueda recibir instrucciones al respecto y otra cosa es que vaya a recibir instrucciones a la hora de dictar el decreto que resuelve el expediente de jura de cuentas.

A nuestro modo de ver, más peso que la falta de independencia en su vertiente externa, tiene la explicación consistente en que no ostentan funciones jurisdiccionales propiamente dichas, dado que la propia jura de cuenta es, en esencia, limitarse a comprobar que la cuenta que presenta el abogado es correcta.

Otro de los argumentos discutidos ante el TJUE se refería a que los decretos dictados por los secretarios judiciales aun siendo firmes e inmediatamente ejecutivos, sin que se admita recuso contra ellos, no disponen de fuerza de cosa juzgada material, ya que no prejuzga la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior, teniendo de esta forma abierta el deudor la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento para ventilar la reclamación del abogado.

También es discutible ese argumento, desde nuestro punto de vista, ya que existen otras resoluciones en el marco de diversos procedimientos previstos en nuestro ordenamiento jurídico que no tienen fuerza de cosa juzgada material y ello en ningún caso afecta a la competencia del órgano jurisdiccional que las dicta para plantear cuestión prejudicial en el curso de dichos procedimientos³¹⁷.

En esta sentencia, el TJUE parece adoptar una postura mucho más exigente que en pronunciamientos anteriores, optando por considerar el efecto de cosa juzgada material de las resoluciones de un órgano como elemento imprescindible para considerar que un procedimiento tiene carácter jurisdiccional³¹⁸⁻³¹⁹.

En cualquier caso, es de observar que el TJUE siguió en su sentencia las líneas argumentales presentadas por la Abogado del Estado representante del

³¹⁷ Artículo 447 LEC:« [...] 2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias.

3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturban su ejercicio, sin disponer de título inscrito.

4. Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos».

³¹⁸ CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P., «De nuevo sobre el concepto de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 TFUE: los secretarios judiciales y el expediente de jura de cuentas. Comentarios de la sentencia TJUE de 16 de febrero de 2017, C-503/15, Margarit Panicello» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 57, mayo-agosto (2017), p. 732.

³¹⁹ Podemos calificar como muy riguroso y completo el análisis de la sentencia efectuado por Concellón Fernández en su artículo citado en la nota anterior.

Gobierno español, María José García-Valdecasas Dorrego³²⁰, frente a la postura de la Comisión que era favorable a reconocer la competencia del secretario judicial para el planteamiento de la cuestión prejudicial.

El segundo aspecto de este asunto se refiere a las dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del procedimiento de jura de cuentas. De hecho, la Abogado General proponía contestar la cuestión prejudicial en el sentido de que la Directiva 93/13/CEE, en relación con la Directiva 2005/29/CE y con el artículo 47 de la Carta, debían interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en la que los órganos encargados de instruir los expedientes de jura de cuentas no pueden comprobar de oficio si en el contrato celebrado entre un abogado y un consumidor existen cláusulas abusivas o si se han dado prácticas comerciales desleales. En su tercera conclusión, la Abogado General sostenía que la Directiva 93/13 no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal a condición de que dicha normativa admita una práctica de prueba suficiente como para permitir la comprobación efectiva de si existen cláusulas abusivas, extremo que corresponde comprobar al tribunal nacional. Esa conclusión se refería a los medios de prueba tasados o limitados del procedimiento de jura de cuentas, aspecto no incompatible con la Directiva 93/13 en opinión de la Abogado General.

En definitiva, la Abogado General consideraba incompatible con la Directiva 93/13 que no se comprobara si existen cláusulas abusivas, lo cual es completamente lógico. En ese sentido en el capítulo sobre reformas propuestas incluimos la conveniencia de modificar el procedimiento de jura de cuentas configurándolo en un sentido similar al procedimiento monitorio, de forma que exista un trámite sobre la comprobación de cláusulas abusivas por parte del juez en el contrato suscrito entre abogado o procurador y consumidor.

En tercer lugar, es conveniente mencionar que el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 34/2019, de 14 de marzo de 2019 (ES: TC:2019:34), que resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad, ha declarado inconstitucional la ausencia de recurso frente al decreto del letrado de la

³²⁰ Véase, por ejemplo, el apartado 41 de la sentencia: « En efecto, tal como ha observado el Gobierno español en sus observaciones escritas y orales, de la lectura del artículo 452, apartado 1, del artículo 465, apartados 6 y 8, y del artículo 467 de la LOPJ, así como del artículo 3 y del artículo 16, letra h), del Real Decreto 1608/2005, se deduce que el secretario judicial, en el ejercicio de sus funciones, debe atenerse a las instrucciones que le imparta su superior jerárquico, salvo cuando ejerce las competencias relativas a la fe pública judicial, a saber, a la hora de autenticar los actos y los documentos procesales y de certificar hechos que produzcan efectos procesales, o cuando adopta actos de ordenación y dirección del proceso».

Administración de Justicia en los expedientes de jura de cuentas de abogado y procurador³²¹.

Como veremos con más detenimiento al abordar el auto dictado por el TJUE en el asunto *Barba Giménez*³²², ello supone que el juez que conozca del recurso de revisión contra el decreto del letrado de la Administración que resuelve el expediente de jura de cuentas podrá plantear cuestión prejudicial ante el TJUE si tiene dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa prevista en los artículos 34 y 35 de la LEC.

Caso 149. *Barba Giménez*³²³: Inadmisibilidad motivada por el hecho de que la respuesta a las cuestiones prejudiciales no le resulta necesaria al Juzgado de lo Social para resolver el litigio en relación con el cual han sido formuladas, habiendo planteado dicho juzgado la posible incompatibilidad del procedimiento de jura de cuentas con la Directiva 93/13 en relación con la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales y con el artículo 47 de la Carta.

Hechos. La cuestión prejudicial es formulada por el juez de lo social durante la tramitación del incidente de jura de cuentas instado por la abogado Sra. Barba contra su cliente y consumidora Sra. Carrión en la que la letrada reclamaba a la consumidora los honorarios devengados en el procedimiento principal tramitado ante el Juzgado³²⁴.

³²¹ Reza la sentencia del TC:

«Nuestro fallo ha de declarar la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del artículo 34.2 LEC, al que remite el párrafo segundo del artículo 35.2 LEC, en cuanto es la norma que determina la ausencia de recurso frente al decreto del letrado de la administración de justicia cuando los honorarios se discuten por indebidos. Igualmente ha de ser declarado inconstitucional el inciso “y tercero” del mencionado párrafo segundo del artículo 35.2 LEC. Sentado lo anterior y para salvaguardar la armonía y consistencia interna de la ordenación legal objeto de controversia, este Tribunal estima necesario, al amparo del artículo 39 LOTC, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo cuarto del artículo 35.2 LEC, dado que la vulneración declarada concurre en también en dicho precepto.

Finalmente, debe precisarse, de modo similar a las SSTC 58/2016, FJ 7, y 72/2018, FJ 4, que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del letrado de la administración de justicia es el de revisión al que se refiere el artículo 454 bis LEC»

³²² Asunto C-426/17. Auto del TJUE de 25 de octubre de 2018. *Barba Giménez*.

³²³ Asunto C-426/17. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de octubre de 2018, Elena Barba Giménez contra Francisca Carrión Lozano. Petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE planteada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Terrassa (Barcelona), EU: C:2018:858. Este asunto fue resuelto mediante auto motivado, sin conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar, al que le fue asignado.

³²⁴ El litigio principal se desarrolla en el marco de un procedimiento de reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total de la Sra. Carrión Lozano en el que esta tenía concedido el beneficio de la justicia gratuita. El procedimiento fue resuelto estimándose la demanda de la Sra. Carrión y sin pronunciamiento en cuanto a costas. La Sra. Barba Giménez, abogada que había defen-

Al considerar el juez de lo social que la legislación española podía ser incompatible con la Directiva 93/13 y que la falta de información sobre honorarios a la justiciable podía ser práctica engañosa en el sentido de la Directiva 2005/29, planteó cuestión prejudicial. Además, se preguntaba si el abogado de oficio encajaba en el concepto de profesional de la Directiva 93/13 y de la Directiva 2005/29. Otro aspecto sobre el que tenía dudas el juez remitente era el referido a la compatibilidad con la Directiva 2005/29 de la disposición nacional que impone la obligación de aplicar el régimen tarifario impuesto por el Colegio de Abogados. También planteaba el Juez de Tarrasa la posible incompatibilidad con el artículo 47 de la Carta del artículo 36 de la Ley 1/1996 al permitir que la abogada reclame a la Sra. Carrión el pago de honorarios que asciende a cerca del 80 % de la prestación anual concedida a esta. Todas estas cuestiones fueron planteadas al TJUE.

Doctrina. El TJUE parte de la premisa establecida en su jurisprudencia consistente en que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación de la norma del Derecho de la Unión solicitada por aquel no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas³²⁵.

Afirma el TJUE que el procedimiento relativo al importe de honorarios de abogados puede iniciarse tanto ante un juez como ante un letrado de la Administración de Justicia y que, en el segundo supuesto, la resolución de este último no prejuzga en absoluto la posibilidad de presentar una demanda con el

dido a la sra. Carrión, presentó a esta su minuta de honorarios por importe de 9.289,65 euros por los servicios prestados ya que con arreglo a la ley de asistencia jurídica gratuita el beneficiario de la justicia gratuita que venza en el pleito deberá pagar las costas causadas en su defensa, siempre que no excedan de la tercera parte de la cantidad obtenida, en caso de que no haya condena en costas en la sentencia y calculándose los honorarios del abogado conforme a las reglas en materia de honorarios aprobadas por el Colegio de Abogados correspondiente. La Sra. Carrión no había sido informada de la tarifa de honorarios antes de la presentación de esa minuta, negándose a pagar el importe facturado por considerarlo abusivo. La abogada presentó ante el Juzgado que tramitaba el asunto principal el procedimiento de jura de cuentas solicitando el pago de honorarios por importe de 9.289,65 euros. El letrado de la Administración de Justicia –antes, secretario judicial– planteó cuestión prejudicial en 2016 al considerar que la normativa nacional podía infringir el Derecho de la Unión y, posteriormente, al conocer la postura del TJUE en la sentencia *Margarit Panicello* dictada el 16 de febrero de 2017, retiró la petición, ordenando el TJUE el archivo del asunto. En abril de 2017 el juzgado de lo social núm. 2 de Tarrasa celebró una vista para debatir sobre la pertinencia de plantear la cuestión prejudicial.

³²⁵ *Ibid.*, apdo. 39.

mismo objeto ante un órgano judicial³²⁶. Este planteamiento del TJUE, desde nuestro punto de vista, puede inducir a la confusión³²⁷.

Añade el TJUE que, habiéndose iniciado un procedimiento de jura de cuentas ante el letrado de la Administración de Justicia, este no ha dictado la resolución que ponga fin al procedimiento. También expone el TJUE que de la sentencia *Margarit Panicello*³²⁸ resulta que en el marco de los procedimientos que son competencia del letrado de la Administración de Justicia, como el de jura de cuentas, incumbe al juez de la ejecución, competente para acordar el apremio sobre la cantidad debida, examinar –de oficio si es necesario– el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual que figura en el contrato celebrado entre un procurador o un abogado y un cliente suyo.

El TJUE solicitó información al juzgado sobre la pendencia del procedimiento de jura de cuentas y el juzgado informó que había iniciado un procedimiento de oficio a raíz de las cuestiones planteadas por el letrado de la Administración de Justicia relativas a la compatibilidad de la normativa española con el Derecho de la Unión, no citando el fundamento jurídico en que se basaba. Según el juzgado remitente, dicho procedimiento tenía como finalidad examinar la existencia de cláusulas abusivas y de prácticas desleales para no posponer este examen a la fase de ejecución de la resolución del letrado de la Administración de Justicia³²⁹.

En base a la información facilitada, el TJUE deduce que el procedimiento ante el letrado de la Administración de Justicia sigue pendiente y que dicho procedimiento tiene por objeto determinar el importe de los honorarios debidos a un abogado, cuya fijación depende de si existen o no cláusulas abusivas y prácticas desleales en la relación jurídica de las partes del litigio principal de forma que las respuestas a las cuestiones prejudiciales podrían ser útiles para poner fin a ese procedimiento.

³²⁶ *Ibid.*, apdo. 40.

³²⁷ Si el TJUE consideraba conveniente explicar cómo se articula la reclamación de honorarios de abogados quizá debería haber sido más preciso y aclarar que cuando se le adeudan los honorarios a un abogado como consecuencia de su actuación profesional, este puede iniciar el procedimiento de jura de cuentas ante el letrado de la Administración de Justicia del mismo asunto en el que ha actuado, es decir, mediante la tramitación de un incidente del pleito principal o bien acudir a un procedimiento judicial independiente ante el juez al que por reparto corresponda. Como aclaración por nuestra parte –innecesaria en la resolución del TJUE–, podemos señalar que en este caso puede hacer la reclamación mediante un procedimiento declarativo, a través del juicio verbal si la cuantía no excede de 6000 euros, o de un juicio ordinario si la sobrepasa, o bien por medio de un procedimiento especial como es el monitorio, sin perjuicio de otros procedimientos que pueda utilizar en circunstancias muy excepcionales en función del instrumento en el que se haya documentado la deuda (procedimiento ejecutivo, procedimiento cambiario).

³²⁸ Asunto C-503/15. STJUE de 16 de febrero de 2017. *Margarit Panicello*.

³²⁹ Asunto C-426/17. Auto del TJUE de 25 de octubre de 2018, *Barba Giménez*, apdos. 43 y 44.

Concluye el TJUE que, en cambio, el procedimiento ante el juzgado remitente no versa sobre el importe de los honorarios debidos a un abogado sino, tal como admite el propio juzgado remitente, sobre la existencia de cláusulas abusivas y de prácticas desleales en las relaciones jurídicas entre las partes y que dado que el juzgado remitente no ha de pronunciarse sobre el importe de los honorarios, la respuesta a las cuestiones prejudiciales no le resulta necesaria para resolver el litigio en relación con el cual estas han sido planteadas por lo que la cuestión prejudicial es manifiestamente inadmisibile.

Comentarios. Como en el asunto *Margarit Panicello* vuelve a ponerse en evidencia el procedimiento de jura de cuentas del artículo 35 de nuestra LEC, en este caso en relación con el artículo 36 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita en sus apartados 1 y 3³³⁰, planteándose la compatibilidad de dichas disposiciones con la Directiva 93/13 en relación con la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales y con el artículo 47 de la Carta. No obstante, el TJUE inadmite la cuestión prejudicial al considerar que el juzgado remitente no ha de pronunciarse sobre el importe de los honorarios y, en consecuencia, la contestación del Tribunal de Justicia no es necesaria para la resolución del litigio principal.

A nuestro modo de ver, el auto analizado despierta interés porque el TJUE tiene que dilucidar entre darle preeminencia al problema formal que presenta la cuestión relativa a la situación procesal del litigio principal o «sacrificar» este aspecto por la temática del fondo del asunto, que parece configurar una situación contraria al Derecho de la Unión. Cuando decimos situación procesal nos referimos al hecho de que en el litigio principal en el marco del procedimiento de jura de cuentas que debe ser resuelto por el letrado de la Administración de Justicia, el juez abre un incidente para examinar la existencia de cláusulas abusivas y de prácticas desleales con la idea de no posponer ese examen a la fase de ejecución. Un aspecto que ha podido pesar en la decisión del TJUE es que, al responder a la petición de información de este, el juez no cita el fundamento jurídico en el que se basaba dicho incidente.

³³⁰ Art. 36 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita:

«[...] 3. Cuando la sentencia que ponga fin al proceso no contenga expreso pronunciamiento en costas, venciendo en el pleito el beneficiario de la justicia gratuita, deberá éste pagar las costas causadas en su defensa, siempre que no excedan de la tercera parte de lo que en él haya obtenido. Si excedieren se reducirán a lo que importe dicha tercera parte, atendiéndose a prorrata sus diversas partidas.

[...] 5. Obtenido el pago por los profesionales designados de oficio conforme a las reglas contempladas en los apartados anteriores, estarán obligados a devolver las cantidades eventualmente percibidas con cargo a fondos públicos por su intervención en el proceso.

Para el cálculo de sus honorarios y derechos, se estará a las normas sobre honorarios de abogados de cada Colegio, así como a los aranceles de los procuradores vigentes en el momento de la sustanciación del proceso».

Ante esa disyuntiva, el TJUE se inclina por considerar la existencia del problema formal, inadmitiendo la cuestión, entendiendo que las respuestas a las cuestiones planteadas no resultan necesarias para que el juez pueda resolver el litigio en relación con el cual han sido planteadas.

Explicado de otra forma, nos encontramos ante una cuestión presentada por el juez de manera «artificiosa» para tratar de eludir la imposibilidad que tiene el letrado de la Administración de Justicia de plantear esa cuestión al no ser órgano legitimado para ello.

El juez nacional ha «creado» un incidente que le permita dilucidar la compatibilidad del procedimiento de jura de cuentas con el Derecho de la Unión y que, a partir de ahí, le permita plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE. El Tribunal de Justicia detecta esa artificiosidad y después de asegurarse de la situación solicitando información adicional llega a la conclusión de la inadmisibilidad.

Esta resolución del TJUE examinada en conexión con la dictada en el asunto *Margarit Panicello*³³¹ parecía configurar un escenario en el que la más que probable incompatibilidad del procedimiento de jura de cuentas con la Directiva 93/13 no podía dilucidarse al no estar legitimado el letrado de la Administración de Justicia para plantear la cuestión prejudicial, por un lado, y al no ser admisible la cuestión si la plantea el juez porque este no es el que resuelve el procedimiento de jura de cuentas, por otro lado.

Habida cuenta de que el decreto del letrado de la Administración de Justicia en virtud del cual resolvía la jura de cuentas era irrecurrible³³², parecía que la única vía que quedaba era que el juez que conociese de la ejecución –tras el impago del deudor apercibido para abonar los honorarios del abogado– examinara la eventual existencia de cláusulas abusivas o prácticas comerciales desleales y que pudiera plantear una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa española en la medida en que el juez que conoce de la ejecución se ve imposibilitado para apreciar de oficio la posible abusividad de las cláusulas contenidas en el contrato suscrito entre abogado y consumidor, dándose la circunstancia de que la autoridad que conoció el procedimiento de jura de cuentas carecía de competencia para realizar tal apreciación. Es decir, salvando las distancias, estaríamos en un escenario muy parecido al que dio lugar a la sentencia *Finanmadrid*³³³ sobre el juicio monitorio.

No obstante, es necesario señalar que recientemente se ampliaron las posibilidades de plantear cuestión prejudicial al respecto.

³³¹ Casualidad o no, ambas cuestiones fueron planteadas por jueces de Tarrasa.

³³² Artículo 35, 2, párrafo 4.º LEC: «Dicho decreto no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior».

³³³ Asunto C-49/14. Sentencia del TJUE de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid*.

Así, como fue observado en nuestro comentario a la sentencia *Margarit Panicello*, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 34/2019, de 14 de marzo (ES: TC:2019:34), entre otros extremos, declara la inconstitucionalidad del párrafo 4.º del artículo 35.2 LEC que determinaba la ausencia de recurso frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia, por lo que a partir de dicha sentencia ese decreto es susceptible de recurso de revisión que resolverá el juez.

Idéntica declaración de inconstitucionalidad en virtud de la misma sentencia ha recaído sobre el párrafo 3.º del artículo 34.2 de la LEC que también preveía la imposibilidad de recurrir el decreto del letrado de la Administración de Justicia que resolvía la jura de cuentas del procurador.

Todo ello quiere decir que el juez que conoce del recurso de revisión también podrá plantear cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la posible incompatibilidad de los artículos 34 y 35 LEC con la Directiva 93/13 en la medida en que no prevén el control de oficio del juez de las cláusulas abusivas.

De hecho, a partir de esta nueva situación es cuando se plantea una nueva cuestión prejudicial –el asunto Vicente–, de la que nos ocupamos a continuación y en la que el TJUE concluye –como era previsible– la incompatibilidad del proceso de jura de cuentas con la Directiva 93/13 a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta.

Caso 150. *Vicente*³³⁴: Incompatibilidad del proceso de jura de cuentas previsto en los artículos 34 y 35 de la LEC con la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta.

Hechos. Esta petición fue presentada en el marco de un expediente de jura de cuentas instado por el abogado (Vicente) contra su cliente (Delia), como consecuencia del impago por parte de la consumidora de los honorarios reclamados por el abogado por la prestación de servicios jurídicos³³⁵.

³³⁴ Asunto C-335/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 22 de septiembre de 2022. Vicente contra Delia; petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 bis de Sevilla. EU: C: 2022:720. El asunto fue juzgado sin conclusiones del Abogado General Sr. P. Pikamäe, al que le fue asignado.

³³⁵ El 9 de febrero de 2017, el abogado y la consumidora suscribieron una hoja de encargo que tenía por objeto, en particular, el estudio, la reclamación extrajudicial y la interposición, en su caso, de reclamación judicial y redacción e interposición de demanda de nulidad de cláusulas abusivas incorporadas a un contrato de préstamo que la cliente había celebrado, en calidad de consumidora, con una entidad bancaria el 26 de noviembre de 2003. La hoja de encargo contenía una cláusula redactada en los siguientes términos: «con la firma de la hoja de encargo el cliente se compromete a seguir las instrucciones del despacho y si se desiste por cualquier causa antes de la finalización del procedimiento judicial o alcanza acuerdo con la entidad bancaria, sin conocimiento o contra el consejo del despacho, habrá de abonar la suma que resulte de aplicar el Baremo del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla para tasación de Costas respecto de la demanda presentada declarativa

Mediante las cuestiones prejudiciales primera y segunda, examinadas conjuntamente por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional relativa a un procedimiento sumario de pago de honorarios de abogado en virtud de la cual la demanda presentada contra el cliente consumidor es objeto de una resolución dictada por una autoridad no jurisdiccional y solamente se prevé la intervención de un órgano jurisdiccional en la fase del

de nulidad y acumulada de cantidad» (en lo sucesivo, «cláusula de desistimiento»). La consumidora afirma que contactó con el despacho a través de un anuncio publicado en una red social en el que no se hacía mención a la cláusula de desistimiento y que únicamente fue informada del precio de los servicios jurídicos. No consta, por tanto, en el presente caso, que la consumidora tuviera conocimiento de la cláusula de desistimiento antes de suscribir la hoja de encargo. Previamente a presentar la demanda de nulidad, el abogado presentó, el 22 de febrero de 2017, una reclamación extrajudicial ante la entidad bancaria en cuestión, a raíz de la cual esta ofreció directamente a la consumidora, el 2 de junio de 2017, restituirle 870,67 euros en concepto de importes abonados en exceso en aplicación de una cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo. La consumidora decidió aceptar la oferta. No obstante, no hay constancia de la fecha exacta en la que comunicó al abogado la recepción de la respuesta del banco ni si este le aconsejó en ese momento que no aceptara la oferta. La demanda de nulidad de la cláusula suelo, fechada el 22 de mayo de 2017 y firmada por el abogado y una procuradora, se registró en el órgano jurisdiccional remitente, el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 bis de Sevilla, el 12 de junio de 2017. Mediante burofax de 13 de junio de 2017, el abogado manifestó a su clienta su disconformidad con la oferta de la entidad bancaria, subrayando que se había presentado demanda contra esta última. El 25 de septiembre de 2017, la procuradora comunicó al órgano jurisdiccional remitente el desistimiento de Doña Delia por satisfacción extraprocésal, indicando que el desistimiento obedecía a que, en contra del criterio del abogado y con la demanda ya presentada, su clienta había aceptado esa transacción. En consecuencia, en esa misma fecha se dictó decreto por el letrado de la Administración de Justicia de ese órgano jurisdiccional que ponía fin al procedimiento. De la petición de decisión prejudicial resulta que el abogado presentó contra Doña Delia reclamación de honorarios ante el letrado de la Administración de Justicia del órgano jurisdiccional remitente conforme al procedimiento de jura de cuentas en fecha 13 de noviembre de 2017, por una cantidad de 1.105,50 euros más el impuesto sobre el valor añadido, esto es, un total de 1.337,65 euros, resultante del siguiente cálculo:

«Base minutable: 18.000,00 euros. Resultado tras escala..... 2.211,00 [euros];
50 % Por presentación de demanda..... 1.105,5 [euros]».

Para la justificación de la cantidad reclamada se adjuntaba a la demanda un documento denominado «preminuta de honorarios» que se remitía a las Normas Orientadoras de Honorarios Profesionales del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. Doña Delia, asistida de abogada designada de oficio, impugnó por indebidos los honorarios reclamados. Alegó que, en efecto, no había sido informada de la existencia de la cláusula de desistimiento, por lo que únicamente estaba obligada a abonar, en concepto de honorarios, el 10 % de la cantidad recibida del banco, a saber, 105,35 euros, que ya había ingresado a D. Vicente. Doña Delia invocó asimismo en ese momento el carácter abusivo de la cláusula de desistimiento. Mediante decreto de 15 de octubre de 2020, la letrada de la Administración de Justicia del órgano jurisdiccional remitente desestimó esa impugnación y fijó en 1.337,65 euros la cantidad debida por Doña Delia en concepto de honorarios de abogado, concediendo un plazo de cinco días para el pago, bajo apercibimiento de apremio. La cuestión relativa al carácter abusivo de la cláusula de desistimiento no fue examinada por la letrada de la Administración de Justicia. El 2 de febrero de 2021, Doña Delia interpuso recurso de revisión contra dicho decreto ante el órgano jurisdiccional remitente. El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado del mismo a D. Vicente, quien presentó escrito de impugnación en el que interesaba su desestimación con condena en costas a Doña Delia. El órgano jurisdiccional remitente duda de que las normas procesales nacionales que regulan el procedimiento de jura de cuentas se ajusten a las exigencias derivadas de la Directiva 93/13, del principio de efectividad y del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta por lo que plantea cuestión prejudicial.

eventual recurso contra dicha resolución, sin que el órgano jurisdiccional ante el que este se interpone pueda controlar –de oficio si es necesario– si las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados tienen carácter abusivo y sin admitir que las partes aporten pruebas distintas de las documentales ya presentadas ante la autoridad no jurisdiccional.

Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que está incluida en la excepción que se contempla en esta disposición una cláusula de un contrato celebrado entre un abogado y su cliente a tenor de la cual el cliente se compromete a seguir las instrucciones del abogado, a no actuar sin conocimiento o contra el consejo de este y a no desistir por sí mismo del procedimiento judicial que le ha encomendado, y que estipula una penalidad económica para el caso de incumplimiento de estos compromisos.

Habida cuenta de la respuesta a la tercera pregunta, no procedía contestar la cuarta y mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que la incorporación, al contrato celebrado entre un abogado y su cliente, de una cláusula que estipula la imposición a este de una penalidad económica para el caso de que desista por sí mismo del procedimiento judicial que ha encomendado a aquel, cláusula que se remite al baremo de un colegio profesional y que no fue mencionada en la oferta comercial ni en la información previa a la celebración del contrato, puede considerarse una práctica comercial desleal a los efectos de dicha Directiva.

Doctrina. Recuerda el TJUE que, a falta de armonización, corresponde al ordenamiento jurídico del Estado miembro la configuración de las normas procesales que regulan el procedimiento de pago de honorarios de abogado, sin perjuicio de lo cual, conforme al principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4.3 TUE, la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la protección de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables debe respetar el principio de equivalencia y el principio de efectividad, siendo este último el único en discusión en el litigio principal. Al respecto de este, señala el TJUE que, si el consumidor estima que los honorarios que su abogado le reclama son indebidos o excesivos, puede impugnarlos ante el letrado de la Administración de Justicia del órgano jurisdiccional que conoció del procedimiento judicial del que traen causa. El letrado de la Administración de Justicia dicta un decreto en el que se fija la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio. Aunque el letrado de la Administración de Justicia efectúa determinadas

comprobaciones en relación con esos honorarios, de la petición de decisión prejudicial se desprende que, como autoridad no jurisdiccional que es, carece de competencia para apreciar si una cláusula del contrato del que derivan esos honorarios tiene carácter abusivo a la luz de la Directiva 93/13. Si el consumidor decide interponer recurso de revisión contra el decreto del letrado de la Administración de Justicia, del artículo 454 bis de la LEC resulta que ha de hacerlo en el plazo de cinco días y que no tiene efectos suspensivos. También se desprende de la petición de decisión prejudicial que el juez ante el que se interpone tal recurso no dispone de la posibilidad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados, pues su control se circunscribe al objeto de la resolución del letrado de la Administración de Justicia. Además, según el órgano jurisdiccional remitente, el régimen de la práctica de la prueba también se limita a las pruebas documentales ya aportadas ante el letrado de la Administración de Justicia.

También observa el TJUE que, habida cuenta de las características del recurso de revisión establecido en la LEC, tal como se exponen en la petición de decisión prejudicial, en particular del carácter limitado del control que el juez ejerce sobre el decreto del letrado de la Administración de Justicia, de la prohibición impuesta a dicho juez de efectuar –de oficio o a instancia de parte– un examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados y del régimen de la práctica de la prueba, que parece impedir que una parte aporte pruebas distintas de las ya aportadas ante el letrado de la Administración de Justicia a fin de hacer valer los derechos que la Directiva 93/13 le otorga, puede concluirse que existe un riesgo no desdeñable de que se disuada al consumidor de hacer valer estos derechos en el marco de un recurso de revisión. En este punto, el TJUE, siguiendo el planteamiento de la juez remitente, pasa a analizar la posibilidad por parte del consumidor de alegar el eventual carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato celebrado con su abogado mediante el procedimiento ordinario o dentro del procedimiento de ejecución.

Por lo que respecta, en primer término, al procedimiento ordinario contemplado en los artículos 34.2 y 35.2 de la LEC, señala el TJUE que de la petición de decisión prejudicial no se desprende con claridad que la incoación de este procedimiento por el consumidor suspenda la ejecución del decreto del letrado de la Administración de Justicia o de la resolución judicial confirmatoria de este decreto recaída al resolver un recurso de revisión, de manera que el juez que conozca de tal procedimiento pueda examinar el carácter eventualmente abusivo de cláusulas del contrato en cuestión antes de que se ejecuten ese decreto y esa resolución judicial.

Por lo que atañe, en segundo término, a la intervención de un juez en la fase de ejecución, observa el TJUE, en lo concerniente a la ejecución del decreto del letrado de la Administración de Justicia, que el órgano jurisdiccional remitente considera que tales decretos deben calificarse de «resoluciones procesales», de modo que, en la fase de su ejecución conforme al régimen del artículo 556 de la LEC, el consumidor no puede alegar el carácter eventualmente abusivo de determinadas cláusulas contenidas en el título ejecutivo. En lo referente a la ejecución de la resolución recaída en un recurso de revisión, parece estar sometida a las causas de oposición que se establecen en el artículo 556 de la LEC, habida cuenta de su carácter judicial, de manera que el ejecutado solamente puede invocar, en el marco de una oposición carente de efectos suspensivos, el cumplimiento de la obligación, la caducidad de la acción ejecutiva o las transacciones entre las partes. De lo anterior resulta que, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe realizar al órgano jurisdiccional remitente en cuanto a la interpretación del Derecho nacional, ni el procedimiento ordinario ni el procedimiento de ejecución parecen permitir que se conjure el riesgo de que el consumidor no pueda hacer valer los derechos que le otorga la Directiva 93/13 en el marco de un recurso de revisión. Por consiguiente, la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta, se opone a un régimen procesal nacional como el controvertido en el litigio principal, en la medida en que este no permite el control del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un abogado y su cliente ni en la fase de impugnación de los honorarios reclamados, en el marco de la primera fase del procedimiento, que se sustancia ante el letrado de la Administración de Justicia del órgano jurisdiccional que conoció del procedimiento judicial del que traen causa los honorarios en cuestión, ni con ocasión de un recurso de revisión que seguidamente pudiera interponerse ante un juez contra la resolución del letrado de la Administración de Justicia. A continuación, el TJUE se centra en la fase del recurso de revisión y alude a que el Gobierno español y la Comisión arguyen que es posible dar al régimen procesal nacional una interpretación conforme que permita al juez ante el que se interpone un recurso de revisión apreciar –de oficio o a instancia del consumidor– el carácter eventualmente abusivo de la cláusula del contrato en la que se fundamenta la reclamación de honorarios, posibilidad que el órgano jurisdiccional remitente tampoco lo descarta. Señala el TJUE que la Comisión sugiere, en sus observaciones escritas, que podría entenderse que los honorarios derivados de una cláusula abusiva son «indebidos» en el sentido del artículo 35.2 de la LEC. En cualquier caso, si el órgano jurisdiccional remitente considerase que es posible dar al Derecho nacional una interpretación conforme y que esta le permite efectuar de oficio el control del carácter eventualmente abusivo de la

cláusula de desistimiento, debería disfrutar correlativamente de la posibilidad de acordar de oficio diligencias de prueba a tal efecto. De esta forma, corresponde a dicho órgano jurisdiccional examinar en qué medida el régimen procesal nacional puede interpretarse de manera conforme con la Directiva 93/13 y extraer las consecuencias que procedan, dejando inaplicadas, si fuera necesario, cualesquiera disposiciones o jurisprudencia nacionales que se opongan a la obligación del juez, dimanante de las exigencias de esta Directiva, de examinar de oficio si las estipulaciones acordadas entre las partes tienen carácter abusivo. A pesar de esas observaciones, en su fallo el TJUE se limita a concluir que la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional relativa a un procedimiento sumario de pago de honorarios de abogado en virtud de la cual la demanda presentada contra el cliente consumidor es objeto de una resolución dictada por una autoridad no jurisdiccional y solamente se prevé la intervención de un órgano jurisdiccional en la fase del eventual recurso contra dicha resolución, sin que el órgano jurisdiccional ante el que este se interpone pueda controlar –de oficio si es necesario– si las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados tienen carácter abusivo y sin admitir que las partes aporten pruebas distintas de las documentales ya presentadas ante la autoridad no jurisdiccional³³⁶.

En cuanto a la tercera cuestión prejudicial, el TJUE recuerda que las cláusulas incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato, con exclusión de las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual. Señala el TJUE que, en el caso de autos, las prestaciones principales son el estudio, la reclamación extrajudicial y la interposición, en su caso, de reclamación judicial y redacción e interposición de demanda de nulidad de cláusulas abusivas incorporadas a un contrato de préstamo que la consumidora había celebrado con una entidad bancaria, debiendo entenderse que la cláusula de desistimiento tiene más bien por objeto sancionar el comportamiento del cliente que actúa en contra del asesoramiento de su abogado. Por lo tanto, declara el TJUE que esa cláusula no está incluida en esta categoría. Por lo que se refiere a la categoría de cláusulas contractuales relativas a la adecuación entre precio y servicio, observa el TJUE que tampoco incluye la cláusula de desistimiento, puesto que tal cláusula no estipula una retribución por un servicio prestado, sino que se limita a sancionar el incumplimiento de una obligación contractual. El TJUE concluye que el

³³⁶ Asunto C-335/21. STJUE de 22 de septiembre de 2021. Vicente, apdos. 54 a 75.

artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no está incluida en la excepción que se contempla en esta disposición una cláusula de un contrato celebrado entre un abogado y su cliente a tenor de la cual el cliente se compromete a seguir las instrucciones del abogado, a no actuar sin conocimiento o contra el consejo de este y a no desistir por sí mismo del procedimiento judicial que le ha encomendado, y que estipula una penalidad económica para el caso de incumplimiento de estos compromisos³³⁷.

Con respecto a la quinta cuestión, relativa a la eventual existencia de una práctica comercial desleal a los efectos de la Directiva 2005/29 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, señala el TJUE que, en el caso de autos, la incorporación a un contrato celebrado entre el abogado y su cliente de una cláusula como la cláusula de desistimiento, sin que esta se mencionara en la oferta comercial o en la información previa a la celebración del contrato, constituye a priori una omisión de comunicar información sustancial o una ocultación de información sustancial que puede influir en la decisión tomada por el consumidor de entablar esa relación contractual. Observa el TJUE que de los autos se desprende que dicha cláusula remite, para el cálculo de la penalidad contractual que estipula, al baremo del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, cuyo contenido es difícilmente accesible y comprensible, y que, en caso de aplicación de dicha cláusula, el consumidor estaría obligado a abonar una penalidad contractual que puede alcanzar un importe significativo, e incluso desproporcionado en relación con el precio de los servicios prestados en virtud de ese contrato, incumbiendo al órgano jurisdiccional remitente su comprobación.

Concluye el TJUE que la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que la incorporación, a un contrato celebrado entre un abogado y su cliente, de una cláusula que estipula la imposición a este de una penalidad económica para el caso de que desista por sí mismo del procedimiento judicial que ha encomendado a aquel, cláusula que se remite al baremo de un colegio profesional y que no fue mencionada en la oferta comercial ni en la información previa a la celebración del contrato, debe calificarse de práctica comercial «engañosa», en el sentido del artículo 7 de esta Directiva, siempre que haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, extremo que corresponde comprobar al juez nacional³³⁸.

³³⁷ *ibid.*, apdos. 77 a 80.

³³⁸ *Ibid.*, apdos. 47 a 52.

Comentarios. Como era de prever, el TJUE declara la incompatibilidad del procedimiento de jura de cuentas previsto en nuestra LEC con la Directiva 93/13 a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta. El TJUE se ve en la obligación de analizar en profundidad los artículos 34 y 35 de la LEC reguladores del procedimiento de jura de cuentas, el artículo 454 bis de la LEC concerniente al recurso de revisión y los artículos 556 y 557 LEC relativos a la oposición a la ejecución de resoluciones y a la oposición a la ejecución basada en títulos no judiciales ni arbitrales, respectivamente. Por tanto, para poder interpretar el Derecho de la Unión asume la complicada labor de interpretar o, al menos, entender, el Derecho nacional, teniéndose que guiar para esta segunda tarea por las indicaciones del juez remitente, del representante del Estado español y de los representantes de la Comisión Europea, con las diferentes visiones que cada uno de ellos tiene del problema, lo que dificulta aún más el trabajo del TJUE. En la medida en que el TJUE declara la incompatibilidad con la Directiva 93/13 del procedimiento de jura de cuentas consideramos positivo el resultado final de este proceso, si bien, a nuestro juicio, existen algunos aspectos criticables de la sentencia, y, además, echamos en falta el análisis por parte del TJUE, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, de algunas notas características de la jura de cuentas de nuestra LEC que, sin duda, hubiera resultado de gran interés. Uno de esos aspectos no tratados sería la excesiva brevedad del plazo para la oposición a la jura de cuentas (diez días) y del plazo para la interposición del recurso de revisión contra el decreto del letrado de la Administración de Justicia (cinco días). Sorprende sobremanera que el TJUE haya incidido en esa cuestión en otros asuntos (por ejemplo, *Profi Kredit Polska—contra Mariusz Wawrzosek*—,³³⁹), con plazos incluso más extensos, y haya guardado silencio al respecto en el asunto ahora comentado, con independencia de que ese punto haya sido planteado o no por el juzgado remitente. En los apartados 60 y 61 de la sentencia el TJUE enumera una serie de problemas que presenta la jura de cuentas conforme con el planteamiento efectuado por la juez remitente, pasando posteriormente a aludir al hecho de que el Gobierno español cuestiona el alcance de la LEC expuesto por el órgano jurisdiccional remitente. Esta objeción es desvirtuada por el TJUE debido a que corresponde únicamente a ese órgano jurisdiccional remitente interpretar la legislación nacional. En base a lo señalado por el juzgado remitente el TJUE llega a la conclusión de la existencia de riesgo no desdeñable de que se disuada al consumidor de hacer valer esos derechos en el marco de un recurso de revisión

³³⁹ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*.

motivado por: a) carácter limitado del control que el juez ejerce sobre el decreto del letrado de la Administración de Justicia; b) prohibición impuesta al juez de efectuar –de oficio o a instancia de parte– un examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados y c) régimen de la prueba, que parece impedir que una parte aporte pruebas distintas de las aportadas ante el letrado de la Administración de Justicia a fin de hacer valer los derechos que la Directiva 93/13 le otorga. Por tanto, ya parece configurada la respuesta en el sentido de la incompatibilidad de la jura de cuentas con la Directiva 93/13. Sin embargo, el TJUE complementa esa conclusión con algunos razonamientos que responden a la segunda pregunta formulada por la juez remitente en su auto y que es acumulada por el TJUE a la primera pregunta. A nuestro juicio, el TJUE se equivoca al realizar dicha acumulación. La juez remitente formula un auto de remisión muy bien estructurado, con gran claridad de ideas y una muy correcta exposición de los fundamentos jurídicos de aplicación. En la primera pregunta viene a cuestionar sobre la compatibilidad o no con la Directiva 93/13 del proceso de jura de cuentas configurado en nuestra LEC, mientras que en la segunda pregunta viene a consultar al TJUE sobre la posibilidad de que el control de abusividad sea realizado por el juez, de oficio o a instancia de parte, en el marco del recurso de revisión. El TJUE, desacertadamente –a nuestro juicio–, acumula ambas preguntas en una sola, por lo que en el desarrollo de la respuesta dedica la mayoría de los razonamientos a la primera cuestión, analizando la segunda en los apartados 71 a 74. Al respecto, se refiere el TJUE a la posibilidad de dar al régimen procesal una interpretación conforme que permita al juez ante el que se interpone un recurso de revisión apreciar –de oficio o a instancia del consumidor– el carácter eventualmente abusivo de la cláusula del contrato en la que se fundamenta la reclamación de honorarios. En ese sentido, dice el TJUE que, si a criterio del juez remitente cabe la interpretación conforme, este debe efectuar de oficio el control del carácter abusivo de la cláusula de desistimiento y disfrutar de la posibilidad de acordar de oficio diligencias de prueba a ese fin. A contrario, debe dejar inaplicadas cualesquiera disposiciones o jurisprudencia nacionales que se opongan a la obligación del juez, dimanante de las exigencias de la Directiva 93/13, de examinar de oficio si las estipulaciones acordadas entre las partes tienen carácter abusivo.

Es decir, el TJUE viene a responderle a la juez remitente que debe efectuar ese control de abusividad de la cláusula controvertida en el marco del recurso de revisión.

No obstante, al emitir la conclusión o fallo de la cuestión, el TJUE viene a mezclar ambos aspectos, estableciendo la incompatibilidad del procedimiento

de jura de cuentas con la Directiva 93/13 a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta, dado que la demanda presentada contra el consumidor por el abogado es objeto de una resolución dictada por una autoridad no jurisdiccional y solamente se prevé la intervención de un órgano jurisdiccional en la fase del eventual recurso contra dicha resolución, sin que el órgano jurisdiccional ante el que este se interpone pueda controlar –de oficio si es necesario– si las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados tienen carácter abusivo y sin admitir que las partes aporten pruebas distintas de las documentales ya presentadas ante la autoridad no jurisdiccional. Por tanto, en su conclusión, el TJUE da por hecho que la regulación procesal española no prevé el control de abusividad ni la práctica de prueba relativas a ese control de abusividad por parte del juez que conoce del recurso de revisión. Lo que sí deja el TJUE meridianamente claro es que las cláusulas controvertidas no forman parte de las categorías previstas en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 porque son accesorias y no se refieren a la adecuación entre precio y servicio, ya que estipulan una penalidad económica para el caso de incumplimiento de compromisos relativos a seguir las instrucciones del abogado, a no actuar sin conocimiento o contra el consejo de este y a no desistir por parte del consumidor del procedimiento judicial que le ha encomendado. Considera también el TJUE la existencia de una práctica comercial engañosa por la remisión al baremo del colegio profesional, siempre que haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre la transacción que de otro modo no hubiera tomado, extremo que corresponde al juez nacional.

Las circunstancias concurrentes en el litigio principal abocaban a la presentación de la cuestión prejudicial que llevó a cabo muy eficientemente la juez de instancia de Sevilla. Tras *Margarit Panicello*³⁴⁰ y *Barba Giménez*³⁴¹, tan solo era necesario que fuese un juez y no un letrado de la Administración de Justicia quien plantease la cuestión en el marco del recurso de revisión en un asunto en el que se discutiese sobre una cláusula con visos de tener naturaleza abusiva. En el pleito principal nos encontramos con una cláusula de penalización en caso de desistimiento con toda la apariencia de tener naturaleza abusiva y en aplicación de la cual un abogado está reclamando 1.337,65 euros a una consumidora que llegó a un acuerdo con la entidad bancaria para aceptar la oferta del banco de restitución de 870,67 euros³⁴². Resulta llamativo que el

³⁴⁰ Asunto C-503/15. STJUE de 16 de febrero de 2017, *Margarit Panicello*.

³⁴¹ Asunto C-426/17. Auto del TJUE de 25 de octubre de 2018, *Barba Giménez*.

³⁴² Por tanto, se da la circunstancia de que la consumidora perdería casi 500 euros con respecto a lo recuperado del banco. Además, el juego de las fechas es muy particular porque es posible que el abogado hubiera presentado la demanda, una vez que la consumidora le hubiera comunicado verbalmente que había

abogado introdujera esa cláusula eventualmente abusiva en una hoja de encargo para reclamar la declaración de abusividad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades abonadas de más. A nuestro juicio, resulta trascendental que el TJUE haya declarado la incompatibilidad del proceso de jura de cuentas con la Directiva 93/13, dado que la resolución del mismo corresponde al letrado de la Administración de Justicia y no a una autoridad jurisdiccional. Desde nuestro punto de vista, eso es extremadamente relevante y de por sí solo vulnera la Directiva 93/13, a lo que hay que añadir que el consumidor solo dispone del insuficiente plazo de 10 días para formular la oposición –cuestión silenciada por el TJUE–. Otros aspectos analizados por el TJUE, como puede ser la fase constituida por el recurso de revisión tramitado ante el juez –marco en el que se plantea la cuestión prejudicial–, sirven para complementar la declaración, pero no dejan de ser accesorios, en nuestra opinión. Por todo ello, consideramos que el legislador español está obligado a reformar el proceso de jura de cuentas en el ámbito de las relaciones de consumo para adaptarlo a las exigencias de la Directiva 93/13 y del Derecho de la Unión.

11.6 EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Las especialidades inherentes al procedimiento concursal generaron dudas en el Tribunal Regional de Praga sobre si la doctrina de la obligada intervención judicial de oficio también tenía cabida en el marco de un procedimiento concursal, lo que conllevaría la incompatibilidad de la legislación checa en materia concursal con la Directiva 93/13. A continuación, examinamos cómo resuelve el TJUE la cuestión.

Caso 151. *Radlinger y Radlingerová*³⁴³: La obligada actuación de oficio también corresponde al juez concursal en el marco de un procedimiento concursal respecto del examen del carácter supuestamente abusivo de las

llegado a un acuerdo con el banco para desistir de la reclamación. Desde una perspectiva de estricta justicia, parece razonable que el abogado percibiera sus honorarios por las gestiones realizadas, pero parece injusto y exagerado que tratara de percibir casi 500 euros más de lo recuperado por la consumidora. La inclusión de cláusulas de penalización con remisión a un baremo cuyas especificaciones son desconocidas por los consumidores no parece que sea una práctica aconsejable. Para un consumidor medio resulta mucho más claro que la penalización por desistimiento sea fijada en una cantidad económica concreta.

³⁴³ Asunto C-377/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de abril de 2016. Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová y Finway a.s. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Krajský soud v Praze (Tribunal Regional de Praga, República Checa). EU: C:2016:283. La Abogada General Eleanor Sharpston presentó sus conclusiones en audiencia pública el 19 de noviembre de 2015.

cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en dicho procedimiento.

Hechos. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre los esposos sres Radlinger, por una parte, y la entidad Finway a.s., por otra parte, en relación con unos derechos de crédito comunicados en un procedimiento concursal y derivados de un contrato de crédito al consumo³⁴⁴.

³⁴⁴ El 29 de agosto de 2011, los esposos Sres. Radlinger celebraron un contrato de crédito al consumo con Smart Hypo s. r. o., en virtud del cual esta les concedió un préstamo en coronas checas por un importe equivalente a 43.000 euros aproximadamente. Como contraprestación por la concesión del préstamo, los consumidores se comprometieron, primero, a devolver al acreedor un importe de unos 109.500 euros en 120 mensualidades. Este importe comprendía el principal del crédito, los intereses sobre el principal a un tipo del 10 % anual durante toda la duración del crédito, la remuneración del acreedor, que asciende a unos 21.600 euros, y otros gastos por importe de unos 1.200 euros. La TAE del crédito al consumo controvertido en el litigio principal ascendía al 28,9 %. Los esposos Sres. Radlinger se comprometieron igualmente a abonar al acreedor, además de los intereses de demora fijados por la ley, una penalización del 0,2 % del principal inicialmente prestado por cada día o fracción de día de retraso, una sanción contractual a tanto alzado de unos 4.300 euros en el caso de que la demora fuese superior a un mes, y una cantidad a tanto alzado de unos 1.850 euros en concepto de indemnización por los gastos de cobro del importe adeudado. Por último, el acreedor se reservaba el derecho a reclamar de inmediato la devolución íntegra de los importes adeudados en caso de impago o demora en el pago de cualquier mensualidad o en caso de que se revelara que su consentimiento había sido viciado por una ocultación dolosa de información por parte de los esposos Sres. Radlinger. Según se desprende de la resolución de remisión, ninguna cantidad fue abonada efectivamente a los esposos Sres. Radlinger, sino que el crédito se utilizó para liquidar deudas anteriores contraídas con un agente judicial, para abonar los gastos notariales y para pagar al prestamista los gastos del referido crédito, la primera mensualidad y una parte de las mensualidades siguientes. El 27 de septiembre de 2011, Finway, a quien Smart Hypo s. r. o. había cedido los créditos que ostentaba frente a los esposos Sres. Radlinger, informó a estos de la exigibilidad inmediata de la totalidad de la deuda, que por aquel entonces ascendía a unos 106.300 euros, basándose en que al celebrar el contrato controvertido en el litigio principal se había ocultado información esencial. Según Finway, los esposos Sres. Radlinger habían ocultado el hecho de que se había decretado un embargo de sus bienes por importe de unos 160 euros. Mediante requerimiento extrajudicial de 19 de noviembre de 2012, esta sociedad instó nuevamente a los esposos Radlinger a abonar la deuda, cuyo importe estimaba en ese momento en unos 140.500 euros, precisando que esa deuda había pasado a ser inmediatamente exigible porque los interesados no habían procedido debidamente y dentro de plazo al reembolso del crédito. El 5 de febrero de 2013, los esposos Sres. Radlinger solicitaron ante el Tribunal regional de Pilsen que se les declarase en concurso de acreedores y se aprobara un convenio en forma de plan de pagos, puesto que no podían cumplir sus obligaciones financieras y habían acumulado un retraso en los pagos de más de tres meses. Esta solicitud fue remitida al Tribunal regional de Praga, órgano jurisdiccional territorialmente competente para conocer de ella. Mediante auto de 26 de abril de 2013, este último declaró en concurso de acreedores a los esposos Radlinger, designó un administrador concursal e instó a los acreedores a comunicar sus créditos en un plazo de 30 días. El 23 de mayo de 2013, en el marco del procedimiento concursal, Finway comunicó dos créditos ejecutivos, el primero, por importe de unos 112.700 euros, garantizado mediante una hipoteca, y el segundo, por importe de 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. El 3 de julio de 2013, los esposos Sres. Radlinger reconocieron el carácter ejecutivo de los créditos, pero impugnaron su importe, alegando que las cláusulas del contrato controvertido en el litigio principal eran incompatibles con las buenas costumbres. Mediante resolución de 23 de julio de 2013, el órgano jurisdiccional remitente aprobó la propuesta de convenio de los esposos Sres. Radlinger en forma de un plan de pagos de carácter solidario. El 24 de julio de 2013, los esposos Sres. Radlinger interpusieron una demanda incidental ante el referido órgano jurisdiccional en la que solicitaban, en su condición de deudores, que se declarase

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide, en esencia, si los artículos 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 y 22, apartado 2, de la Directiva 2008/48, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa 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 eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el referido procedimiento y, por otro lado, únicamente permite que este 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.

En su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48, debe interpretarse en el sentido de que impone al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relativo a unos derechos de crédito derivados de un contrato de crédito, en el sentido de esta Directiva, la obligación de examinar de oficio si se cumple la obligación de información establecida en dicha disposición y de deducir todas las consecuencias previstas en el Derecho nacional para el incumplimiento de tal obligación. En su tercera cuestión planteada el órgano jurisdiccional remitente pregunta, según reformulación del TJUE, si las disposiciones pertinentes de las Directivas 93/13 y 2008/48 tienen efecto directo.

En su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, de qué modo han de interpretarse los conceptos de «importe total del crédito» y de «importe de la disposición [del crédito]», que figuran, el primero, en los artículos 3, letra l), y 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48, y el segundo en la parte I de su anexo I.

En las cuestiones prejudiciales quinta y sexta, que fueron examinadas conjuntamente por el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar si la indemnización impuesta al consumidor que no cumpla sus obligaciones es desproporcionadamente alta, en el sentido del punto 1, letra e),

la ilegalidad parcial o total de los créditos comunicados por Finway. Respecto de esta demanda de los Sres Radlinger, el órgano jurisdiccional remitente afirma que, en virtud de la Ley concursal, el deudor únicamente puede impugnar los créditos no garantizados, y ello únicamente en el marco de una demanda incidental basada exclusivamente en la prescripción o en la extinción de la deuda. El contrato controvertido en el litigio principal, del que se derivan los créditos comunicados por Finway, es simultáneamente un contrato de crédito al consumo, en el sentido de la Directiva 2008/48, y un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, en el sentido de la Directiva 93/13. Dadas las circunstancias anteriores y las dudas que alberga sobre la interpretación del Derecho de la Unión, el juez del concurso formula una serie de cuestiones al Tribunal de Justicia.

del anexo de esta Directiva, procede evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas indemnizatorias que figuren en el contrato de que se trate, con independencia de que el acreedor exija efectivamente el pleno cumplimiento de cada una de ellas. Se pregunta igualmente, en lo que respecta a las cláusulas que se hayan declarado abusivas, si los órganos jurisdiccionales nacionales deben excluir la aplicación de todas esas cláusulas o únicamente de algunas de ellas.

Doctrina. El Tribunal de Justicia puntualiza que el problema versa sobre la organización de los procedimientos concursales, en el contexto de un litigio en el que el deudor-consumidor impugna la validez de unos créditos comunicados. Habida cuenta de que no existe regulación armonizada a nivel de la Unión en relación a esa problemática, la misma se rige en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros por la normativa nacional checa al respecto, razón por la cual el TJUE procede a efectuar el test de equivalencia y de efectividad, no disponiendo el TJUE de ninguna información que pudiera suponer la infracción del principio de equivalencia³⁴⁵.

Por lo que concierne al principio de efectividad, el TJUE afirma que en cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento ante las diversas instancias nacionales, así como del desarrollo y de las peculiaridades de este, si bien las características específicas de los procedimientos no pueden constituir un factor que afecte a la protección jurídica de la que deben disfrutar los consumidores en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13. A continuación, el TJUE trae a colación las premisas clásicas referidas a que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional tan pronto como disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello y afirma que el artículo 7, apartado 1, de 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, en un procedimiento concursal, no permite que el juez concursal examine de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el referido procedimiento, aunque este juez disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello³⁴⁶.

³⁴⁵ Asunto C-377/14. STJUE de 21 de abril de 2016, *Radlinger y Radlingerová*, apdos. 48 y 49.

³⁴⁶ *Ibid.*, apdo. 54.

El TJUE sostiene que de las afirmaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que la normativa nacional controvertida en el litigio principal permite impugnar, no todos los derechos de crédito derivados de un contrato de crédito que pueda contener cláusulas abusivas, sino únicamente aquellos que no vayan acompañados de una garantía, y ello tan solo mediante alegaciones basadas en la prescripción o en la extinción de tales derechos de crédito. Ello resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que este derecho requiere que el consumidor pueda impugnar ante el juez nacional la validez de los derechos de créditos derivados de un contrato de crédito que contenga cláusulas que puedan ser declaradas abusivas, con independencia de que tales derechos de crédito vayan acompañados o no de una garantía³⁴⁷. Además, el TJUE subraya que el deudor que pretende impugnar un crédito no garantizado únicamente puede invocar la prescripción o la extinción de dicho crédito, lo que lleva al TJUE a recordar que la limitación de la facultad del juez nacional para no aplicar de oficio las cláusulas abusivas puede atentar contra la efectividad de la protección querida por los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13³⁴⁸.

La consecuencia no puede ser otra que estimar que la normativa nacional controvertida no respeta las exigencias que se desprenden del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 al permitir impugnar únicamente algunos de los créditos derivados de un contrato celebrado con consumidores que contiene cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, y tan solo mediante un número limitado de alegaciones basadas en la prescripción o la caducidad del crédito³⁴⁹.

En conclusión, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 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 eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el marco del referido procedimiento, aunque este juez disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello, y que, por otro lado, 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 créditos³⁵⁰.

³⁴⁷ *Ibid.*, apdo. 56.

³⁴⁸ *Ibid.*, apdo. 57.

³⁴⁹ *Ibid.*, apdo. 58.

³⁵⁰ *Ibid.*, apdo. 59.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión prejudicial, el TJUE analiza determinados preceptos de la Directiva 2008/48 relativa a los contratos de crédito al consumo, destacando que su objetivo es establecer, en materia de crédito al consumo, una armonización completa e imperativa en un cierto número de materias clave, consideradas necesarias para garantizar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo. Para contestar la pregunta, el TJUE recuerda algunas premisas formuladas en sentencias anteriores como la importancia fundamental de la información previa y simultánea a la celebración del contrato, sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de tal celebración, así como el riesgo no desdeñable de que, entre otras razones, por ignorancia, el consumidor no invoque la norma jurídica destinada a protegerle.

A partir de ahí y de la obligación de apreciación de oficio por el juez para poder alcanzar una protección efectiva del consumidor, deduce el TJUE que el examen de oficio por el juez nacional del cumplimiento de las exigencias resultantes de la Directiva 2008/48 constituye un medio idóneo para alcanzar el resultado querido por el artículo 10, apartado 2, de esta Directiva y contribuir a la realización de los objetivos contemplados en sus considerandos.

Para el TJUE la obligación del juez de examinar de oficio la cuestión tan pronto como disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios está justificada por la obligación que tiene ese mismo juez de garantizar el efecto útil de la protección de los consumidores que persiguen las disposiciones de la Directiva 2008/48³⁵¹. Tras realizar una serie de consideraciones sobre el artículo 10.2 de la Directiva y sobre el artículo 23, del mismo texto, según el cual, las sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a dicha Directiva deben tener carácter disuasorio, el TJUE declara que procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que impone al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relativo a unos derechos de crédito derivados de un contrato de crédito, en el sentido de esta Directiva, la obligación de examinar de oficio si se cumple la obligación de información establecida en dicha disposición y de deducir las consecuencias previstas en el Derecho nacional para el incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones respeten las exigencias del artículo 23 de la misma Directiva³⁵².

³⁵¹ *Ibid.*, apdo, 70.

³⁵² *Ibid.*, apdo, 74.

En relación a la tercera cuestión prejudicial, el TJUE recuerda al tribunal checo que la obligación de proceder a un examen de oficio del carácter abusivo de ciertas cláusulas y de la presencia de las menciones obligatorias en un contrato de crédito constituye una norma procesal que recae, no sobre los particulares, sino sobre las autoridades judiciales, que las autoridades de los Estados miembros deben velar por que al transponer y ejecutar la referida Directiva, se apliquen sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias y, finalmente, le recuerda la obligación que tienen los tribunales nacionales de respetar la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la interpretación conforme a fin de conseguir la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver los litigios de los que conocen. Dicho todo ello, la consecuencia lógica es que el TJUE manifiesta que no procede responder a la pregunta³⁵³.

En relación a la cuarta cuestión planteada, tras realizar una serie de consideraciones y puntualizaciones terminológicas en relación a la Directiva 2008/48 que obviamos al no ser objeto de nuestro estudio, el TJUE afirma que procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que los artículo 3, letra l), y 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48 y la parte I del anexo I de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que el importe total del crédito y el importe de la disposición del crédito designan la totalidad de las cantidades puestas a disposición del consumidor, lo que excluye las cantidades destinadas por el prestamista al pago de los costes derivados del crédito en cuestión y que no se abonan efectivamente al consumidor.

En cuanto a la pregunta quinta, el TJUE se remite a las conclusiones de la Abogado General al afirmar que es necesario examinar el efecto acumulativo de todas las cláusulas de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. Esta apreciación se justifica porque tales cláusulas resultan aplicables en su totalidad, y ello con independencia de la cuestión de si el acreedor exige efectivamente o no su pleno cumplimiento³⁵⁴.

Con respecto a la pregunta sexta, el TJUE afirma que en una situación en la que el juez nacional llega a la conclusión de que una cláusula es abusiva en el sentido de la Directiva 93/13, incumbe a dicho juez deducir todas las consecuencias que procedan con arreglo del Derecho nacional, a fin de asegurarse de que tal cláusula no vincule al consumidor. A ello agrega el TJUE, siguiendo las observaciones de la Abogado General, que un juez nacional que comprueba que varias cláusulas de un contrato celebrado entre un profesional y

³⁵³ *Ibid.*, apdo. 79.

³⁵⁴ *Ibid.*, apdo. 95.

un consumidor son abusivas, en el sentido de la Directiva 93/13, debe excluir todas las cláusulas abusivas, y no sólo algunas de ellas³⁵⁵.

En base a todas las consideraciones anteriores el TJUE concluye que procede responder a las cuestiones prejudiciales quinta y sexta que las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar si la indemnización impuesta al consumidor que no cumpla sus obligaciones es desproporcionadamente alta, en el sentido del punto 1, letra e), del anexo de esta Directiva, procede evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas indemnizatorias que figuren en el contrato de que se trate, con independencia de que el acreedor exija efectivamente el pleno cumplimiento de cada una de ellas, y en el sentido de que, en su caso, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la referida Directiva, deducir todas las consecuencias que procedan de la constatación del carácter abusivo de algunas cláusulas, excluyendo todas y cada una de las que se hayan declarado abusivas, a fin de asegurarse de que tales cláusulas no vinculen al consumidor³⁵⁶.

Comentarios. En el planteamiento del litigio principal observamos la concurrencia de una serie de obstáculos procesales que debilitan –por no decir que eliminan– las posibilidades de defensa del consumidor-deudor, en este caso, concursado.

El TJUE va desgranando cada uno de los aspectos por los que interroga el juzgado remitente y produce una sentencia con un alto valor didáctico y orientativo para cualquier juez de la Unión que se enfrente a un procedimiento que prevea restricciones a la hora de poder apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos en los que se basen las pretensiones de un profesional frente a un consumidor.

En la medida en que el TJUE extiende la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio en materia de consumidores a un procedimiento tan específico como es el concursal, cabe deducir que la doctrina es aplicable a cualquier tipo de procedimiento sea cual sea su naturaleza. Por tanto, independientemente del tipo de procedimiento judicial en el que nos encontremos, la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio de consumidores ha de ser aplicada cuando se den las circunstancias exigidas para ello.

³⁵⁵ *Ibid.*, apdos. 99 y 100.

³⁵⁶ *Ibid.*, apdo. 101.

En relación con los efectos que tiene esta sentencia en el ámbito concursal del ordenamiento jurídico español resulta muy ilustrativo el estudio efectuado por Teresa Asunción Jiménez París³⁵⁷.

Siendo el concurso de acreedores un supuesto de ejecución universal, han de aplicarse supletoriamente los artículos 556 a 559 LEC relativos a la oposición a la ejecución como motivos a alegar en los incidentes concursales. Tras la sentencia *Radlinger y Radlingerová* debe producirse un control de oficio de las cláusulas abusivas por parte del juez del concurso, no existiendo trámite específico para ello, por lo que debería producirse con arreglo a los principios generales del derecho inducibles de los artículos 552.1. II y 815.4 LEC y del artículo 129.2.f) de la L. H., en el momento en que la administración concursal presenta su informe al juez, por ser entonces cuando el juzgado dispone de los datos de hecho y de derecho necesarios para ello. El legislador podría establecer la obligación para la administración concursal de advertir de la posible existencia de cláusulas abusivas durante la elaboración de su informe, evitando así el tener que plantear un juicio ordinario por esta cuestión, juicio ordinario que quedaría reservado para la impugnación de la existencia y validez del crédito por otras causas³⁵⁸.

Es acertado el planteamiento de Jiménez París que prevé las dificultades prácticas para que se produzca el control de oficio de las cláusulas abusivas por parte del juez del concurso –obligatorio tras la sentencia *Radlinger y Radlingerová* interpretada en el marco de la doctrina del TJUE sobre actuación judicial de oficio en materia de consumidores– y que propone una reforma legislativa que facilite dicho control.

Con respecto a la contestación dada por el TJUE a la segunda cuestión, Elise Poillot³⁵⁹ subraya que el Tribunal de Justicia estima que el artículo 10, apartado 2 de la Directiva 2008/48 impone el examen de oficio del respeto de la obligación de información y de detraer todas las consecuencias de su violación, según el Derecho nacional. De una facultad (asunto *Rampion y Godard*³⁶⁰, a propósito de los derechos del prestatario contra el prestamista en caso de crédito vinculado) se pasa a una obligación³⁶¹. Según la autora una nueva obligación de actuar de oficio se añade a las existentes en materia de cláusulas abusivas.

En esta sentencia se reconoce la posición firme del Tribunal de Justicia en relación con la cuestión de la efectividad de la protección del consumidor

³⁵⁷ JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El control de las cláusulas abusivas en el procedimiento concursal», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 2017, núm. 761, Madrid, pp. 1564-1590.

³⁵⁸ *Ibid.*, pp. 1582 y 1583.

³⁵⁹ POILLOT, E., «Radlinger et Radlingerová aff. C-377/14, ECLI: EU: C:2016:283», en *Jurisprudence de la CJUE 2016 Décisions et commentaires*, dir. por F. Picod. Bruylant, Bruselas, I, 2017, pp. 727-729.

³⁶⁰ Asunto C-429/05. STJUE de 29 de marzo de 2007. *Rampion y Godard*.

³⁶¹ POILLOT, E., «Radlinger et Radlingerová aff. C-377/14...», *op. cit.*, p. 728.

contra las cláusulas abusivas debido a la naturaleza y de la importancia del interés público sobre el que reposa la protección a los consumidores³⁶².

Es de observar que, con respecto a la tercera cuestión formulada por el juzgado remitente, el TJUE sigue la propuesta de la Abogada General Eleanor Sharpston³⁶³, quién considera que la cuestión carece de pertinencia³⁶⁴, aclarando que las disposiciones de ambas Directivas han sido transpuestas al Derecho nacional por lo que ninguna de las partes del procedimiento principal necesita invocarlas directamente. A ello añade la Abogada General que, dado que el litigio principal enfrenta a un consumidor y a un profesional, ninguna de las partes puede invocar el efecto directo de la Directiva 93/13 o de la Directiva 2008/48, sin perjuicio de la aplicación cuando proceda de la doctrina de la interpretación conforme³⁶⁵, mención que repite el TJUE en la sentencia.

Provoca bastante extrañeza la enrevesada pregunta del tribunal checo. Incluso la Abogada General la reproduce con otra redacción:

«¿Tienen efecto directo las disposiciones de las citadas Directivas y pueden aplicarse directamente, dado que la revisión judicial de oficio interfiere en la relación horizontal entre el consumidor y el proveedor de los bienes o servicios?»³⁶⁶.

En cualquier caso, es sabido que las Directivas solo tienen efecto vertical y no horizontal, encontrándonos en un procedimiento entre particulares. Por tanto, no cabe el efecto horizontal de las Directivas, sino tan solo las obligaciones que las mismas imponen a las autoridades y, si resultara de aplicación, la doctrina de la interpretación conforme. Cuestión diferente es que al tratarse de Derecho imperativo las disposiciones de la Directiva 93/13 han de ser aplicadas obligatoriamente por los jueces nacionales.

Por otro lado, en buena lógica tampoco cabe afirmar –como parece sugerir el tribunal checo– que la iniciación de un procedimiento incidental de oficio por parte del órgano jurisdiccional «interfiera» en la relación horizontal entre el consumidor y el proveedor de los bienes o servicios.

Considero que la cuestión tal y como está formulada evidencia una falta de entendimiento por parte del tribunal remitente acerca de los aspectos sobre los que pregunta.

³⁶² *Ibid.*, p. 729.

³⁶³ Asunto C-377/14. Conclusiones presentadas por la Abogada General Eleanor Sharpston el 19 de noviembre de 2015.

³⁶⁴ *Ibid.*, apdo. 68.

³⁶⁵ *Ibid.*, apdos. 69 y 70.

³⁶⁶ *Ibid.*, apdo. 28.

11.7 PUNTOS CONTROVERTIDOS ENTRE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

De entre las resoluciones analizadas en el presente capítulo cobran especial relevancia las concernientes a procedimientos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, produciendo consecuencias de enorme calado, entre otras, las modificaciones del procedimiento de ejecución hipotecaria (*Aziz*) y del proceso monitorio (*Banco Español de Crédito*). Tan es así que la situación generada –unida a la provocada por otros pronunciamientos del TJUE– ha llevado a algunos procesalistas a posturas sumamente críticas. Fidalgo Gallardo³⁶⁷ se pregunta: «¿en qué parte de los Tratados de la Unión se han conferido a las instituciones europeas –y por tanto al TJUE– competencias en materia de Derecho Procesal o Derecho Hipotecario? ¿En qué momento se derogó el artículo 149.1.6.º CE que dice que el Estado –se entiende que el español– tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Procesal?». El autor responde a esas preguntas manifestando, entre otros extremos, que «no hay entre las competencias de la Unión Europea nada que haga referencia directa a que una determinada norma o criterio procesal pueda ser impuesta desde Bruselas, ni mucho menos desde Luxemburgo». Esta postura crítica no es aislada, sino que algunos autores se sitúan en una línea similar³⁶⁸. A nuestro juicio, las preguntas formuladas por Fidalgo Gallardo pueden ser respondidas en otro sentido, con base en diferentes disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas, el artículo 10.2 en conexión con el artículo 96 –ambos de la Constitución

³⁶⁷ FIDALGO GALLARDO, C., «La prejudicialidad europea: cuestiones prejudiciales y suspensión de procesos civiles», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 56, 2022, p. 7.

³⁶⁸ Fidalgo Gallardo cita a Roca Martínez y a Serrano Masip. El primero de ambos, expresa su posición al respecto en un artículo relativo a la situación actual de la cuestión de las costas en caso de estimación parcial de demanda tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, asunto *Caixabank*, con un título muy revelador de su postura: «Acabará el TJUE con el Sistema Procesal español?», *Diario La Ley*, n.º 9824, Sección Tribuna, 7/abril/2021. En ese artículo, Roca Martínez se remite a un anterior trabajo suyo señalando que «he sido crítico con esta extensión de la protección de consumidores y usuarios al ámbito procesal» en Roca Martínez, J. M.ª: «Varapalo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cosa juzgada cuando de proteger consumidores se trata» en *Una contribución a la europeización de la Ciencia Jurídica: estudios sobre la Unión Europea*, coordinado por Andrés Sáenz de Santa María, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2019, pp. 425-449». La otra autora citada por Fidalgo Gallardo, Serrano Masip, se refiere a que «la intromisión en nuestro sistema procesal civil no ha sido aislada sino constante, avanzando desde unas primeras repercusiones sobre presupuestos y trámites procesales hasta llegar incluso a influir en los principios que lo sustentan» en SERRANO MASIP, M.: «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 68, julio-diciembre, 2016, p. 10. Así mismo, afirma: «el instrumento a través del cual se ejerce la función jurisdiccional, esto es el proceso, dejará de estar informado por principios jurídico-naturales que son, esencialmente, postulados de justicia. Y, por último, el proceso civil en el que se ventilan intereses, esencialmente, privados dejará de estar informado por el principio dispositivo y pasará a estar inspirado por el principio de oficialidad», *ibid.*, p. 31.

Española—, el artículo 4 bis, 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los artículos 38 y 47 de la Carta, los artículos 4, apartado 2, letra f, y 169 del TFUE y el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea. Los preceptos enumerados explican y sustentan jurídicamente los avances llevados a cabo por el TJUE en materia de protección de consumidores con reflejo en aspectos procesales, amparados en los principios de equivalencia y efectividad, pero, sobre todo, en el derecho a la tutela judicial efectiva, para desbancar, cuando las circunstancias lo requieren, al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, puesto que es el derecho a la tutela judicial efectiva la garantía básica de los demás derechos previstos por nuestro ordenamiento jurídico.

Desde nuestro punto de vista, no es necesario que en los Tratados de la Unión se confieran expresamente a las instituciones europeas competencias en materia de Derecho procesal o hipotecario. Es suficiente que nos encontremos ante una norma como la Directiva 93/13 que armoniza a nivel de la Unión Europea las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de cláusulas abusivas y su interpretación por parte del TJUE —que es su máximo intérprete— para que por mor del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea quede inaplicada la norma nacional contraria —sea de Derecho procesal, hipotecario o de otra rama del Derecho—, más aún cuando el legislador español ha normativizado a través del artículo 4 bis 1 de la LOPJ una de las consecuencias de ese principio, consistente en la obligación que tienen los jueces españoles de aplicar el Derecho de la Unión Europea conforme a la jurisprudencia de la Unión Europea. Tampoco es necesario derogar el artículo 149.1.6.º CE sobre la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho procesal —como tampoco ha sido necesario derogar el 149.1.9.º CE sobre propiedad intelectual e industrial ni el 149.1.10.º CE sobre régimen aduanero y arancelario y otros muchos—, sino que dicho precepto constitucional ha de ser contemplado en conexión con el artículo 96 CE que dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno y con el artículo 10.2 CE que recoge que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, dicho todo ello con el máximo respeto hacia otras opiniones.

Las cuestiones tratadas en las resoluciones del TJUE sobre los procedimientos monitorios nacionales también han sido objeto de examen por nuestra doctrina.

Así, en relación con lo declarado por el TJUE en *Profi Credit Polska*, Martínez Santos³⁶⁹ ha elaborado un completo e ilustrativo análisis. De entre los muchos aspectos a destacar con respecto a dicho análisis, hemos de señalar que responde sin ambages a aquella cuestión que nos planteábamos en los comentarios de la mencionada sentencia. Según Martínez Santos, el legislador polaco «podría, en definitiva, limitarse a remediar las insuficiencias apreciadas por el TJUE, sin necesidad de introducir un control de oficio puro del posible carácter abusivo de las estipulaciones contractuales; pues ni de la Directiva 93/13 ni del artículo 47 de la Carta se deriva de forma imperativa una solución de esa índole»³⁷⁰.

Ya hemos puesto de relieve nuestra impresión en el sentido de que eso es lo que parece transmitir el TJUE en sus declaraciones, sin perjuicio de que de ser así constituye un retroceso en el afán proteccionista del Tribunal de Luxemburgo y de que las declaraciones del TJUE presentan algunos claros oscuros o contradicciones que nos obligan a estar atentos al tratamiento que en futuras resoluciones reciba la problemática abordada.

Según Martínez Santos, «aunque el TJUE argumente en términos de “control de oficio”, lo que quiere decir en rigor es que, en el marco de cualquier proceso civil que tenga por objeto una relación comercial a la que sea de aplicación la Directiva de las cláusulas abusivas, y en el que el juez no tenga a su alcance los elementos fácticos y jurídicos necesarios para practicar un control directo del clausulado del contrato por iniciativa propia, las partes deben tener reconocida al menos (y reconocida de *manera operativamente viable*) la posibilidad de brindarle la ocasión de efectuarlo, proporcionándole los datos que precise para esa labor. Y que, de producirse finalmente, el control judicial del clausulado no ha de quedar limitado ni circunscrito a las alegaciones que, al respecto, pueda haber hecho la parte; pues, al tomar conocimiento del contenido del contrato, el juez puede introducir en el debate (y someter a la contradicción de los litigantes) objeciones o reparos no invocados por el consumidor»³⁷¹.

Frente a esa interpretación es de tener en cuenta que el TJUE utiliza reiteradamente la premisa: «una protección efectiva de los derechos que la Directiva confiere a los consumidores solo podría garantizarse en caso de que el

³⁶⁹ MARTÍNEZ SANTOS, A., «Protección efectiva de los derechos del consumidor, acceso a la justicia y control judicial de las cláusulas en el juicio cambiario: a propósito de un pronunciamiento reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 71, julio-septiembre 2019, pp. 103-124.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 117.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 116.

sistema procesal nacional permitiera, en el marco del proceso monitorio o en el del procedimiento de ejecución del requerimiento de pago, un control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate»³⁷². Esa premisa debería conllevar lo que Martínez Santos denomina como un control de oficio «puro» por parte del juez, es decir, la legislación procesal nacional debería prever que ya sea durante la tramitación del monitorio o durante la ejecución de la resolución que estima la petición de monitorio el juez lleve a cabo el control de oficio de las cláusulas abusivas contenidas en el documento que sirve de base al monitorio, con independencia de la existencia o no de oposición del consumidor.

Hemos de admitir que el TJUE –separándose de esa premisa– vincula la imposibilidad de control de oficio con los obstáculos que puede encontrar el consumidor-demandado para formular la oposición y se refiere reiteradamente al «riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio, y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen»³⁷³. No obstante, el análisis de esta segunda premisa nos permitiría pensar que un monitorio conlleva en la práctica casi «por definición» ese riesgo no desdeñable de no formular oposición, ya que, en el procedimiento monitorio, entre otras circunstancias, la demanda presentada tiene un contenido limitado, el plazo de contestación es breve, etc.

A pesar de esas contradicciones, el tratamiento dado al problema por el TJUE desde *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*, C-176/17, se decanta por el escenario descrito por Martínez Santos en la medida en que la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de las legislaciones nacionales no descansa en la ausencia de control de oficio por parte del juez, sino en las dificultades del consumidor para formular la oposición –que haría desplegar la intervención judicial–, lo que nos lleva a pensar que desaparecidas esas dificultades la legislación procesal nacional sería compatible con el Derecho de la

³⁷² Manifiesta esa premisa, entre otros asuntos, en *Finanmadrid EFC* (apdo. 46), *Aktiv Kapital Portfolio* (apdo. 30), *Addiko Bank* (apdo. 54), *Profi Credit Polska –C-176/17–* (apdo. 44), *EOS KSI Slovensko* (apdo. 45), *DSK Bank y FrontEx International* (apdo. 43).

³⁷³ Entre otros, en *Banco Español de Crédito* (apdo. 54), *Finanmadrid EFC* (apdo. 52), *Aktiv Kapital Portfolio* (apdo. 37), *Profi Credit Polska –C-176/17–* (apdo. 69).

Unión, aunque no prevea un control de oficio «puro» por parte del juez ni en la fase del requerimiento ni en la fase de la ejecución del mismo. Si en los primeros asuntos que analizaban el proceso monitorio español ³⁷⁴ el TJUE ponía el acento en la ausencia de control de oficio por parte del juez, en los asuntos sucesivos ³⁷⁵ el TJUE concede el protagonismo al análisis de las eventuales dificultades para formular oposición ³⁷⁶.

La postura del TJUE en la que viene a admitir una primera fase del procedimiento monitorio polaco en la que no existe control de oficio por parte del juez no puede justificarse en base a la naturaleza cambiaria del título que se presenta, ya que el TJUE aplica la misma tesis en *PKO Bank Polski* y lo que se presenta en ese asunto no es un título cambiario, sino un mero extracto de movimientos bancarios firmado por los representantes del banco.

Desde nuestro punto de vista, el TJUE podría haber dado otro tratamiento completamente distinto a la materia, considerando que cualquier demanda de procedimiento monitorio presentada por un profesional contra un consumidor que pretenda un requerimiento de pago en cuya ejecución no sea posible el control judicial de abusividad de oficio debe incorporar los documentos relativos a la relación causal subyacente que permitan al juzgador conocer los elementos fácticos y jurídicos de la misma y llevar a cabo su examen sobre la eventual existencia de cláusulas abusivas. Esta postura estaría justificada por la necesidad de protección efectiva de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables en relación con el principio de tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta.

A nuestro juicio, el planteamiento del TJUE presenta la problemática no resuelta del consumidor en rebeldía. Es cierto que el TJUE en su jurisprudencia utiliza expresiones del tipo «absoluta pasividad del consumidor», pero en otras ocasiones el Tribunal de Justicia también justifica la obligada intervención de oficio del juez por las especiales circunstancias que concurren en las relaciones de consumo, en particular, en los supuestos en los que el consumidor no se persona en el proceso. Por todo ello, desde nuestra perspectiva, sí sería deseable un control de oficio «puro» que permita evitar situaciones de desamparo del consumidor que pueden producirse cuando el consumidor no se opone al requerimiento de pago —aun siendo razonable el plazo de oposición y no existiendo obstáculos para formular la oposición—, teniendo en cuenta que

³⁷⁴ *Banco Español de Crédito, Finanzmadrid EFC y Aktiv Kapital Portfolio.*

³⁷⁵ *En particular, en Profi Credit Polska, EOS KSI Slovensko y PKO Bank Polski.*

³⁷⁶ En *EOS KSI Slovensko* el TJUE afirma: «existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no formule la oposición requerida y que, por ello, no pueda realizarse el control de oficio por un juez de la inexistencia de cláusulas abusivas en el contrato de que se trate» (apdo. 53).

una vez adquirida la ejecutividad, las posibilidades de alegar la naturaleza abusiva de las cláusulas desaparecen o bien quedan muy mermadas, en función de lo previsto por cada ordenamiento.

También genera controversia doctrinal la sentencia *Bondora* dictada por el TJUE en relación con el procedimiento monitorio europeo. Basta examinar dos posiciones doctrinales opuestas. Adelantamos ya que, a pesar de ser contradictorias e irreconciliables, no faltan argumentos plenamente defendibles y sobrados de razonabilidad en cada una de ambas posturas. El procesalista Gómez Amigo³⁷⁷ se muestra crítico con la sentencia *Bondora* y considera que, en contra de lo que resuelve el TJUE, hubiese sido perfectamente posible declarar que, en el proceso monitorio europeo, al no poseer el órgano jurisdiccional los elementos de hecho y de Derecho necesarios para realizar el control de oficio de la existencia de cláusulas abusivas, la iniciativa de este control puede dejarse en manos del demandado, trasladándose al proceso posterior en virtud de la oposición de aquel. Gómez Amigo sostiene que al establecerse la necesidad del control previo de oficio en los monitorios dirigidos contra consumidores se desvirtúa la técnica monitoria y que la doctrina *Bondora* supone un torpedo en la línea de flotación de los procedimientos europeos uniformes de tutela transfronteriza del crédito. También afirma, con toda razón, que es verdad que el consumidor no puede tener menor protección ante reclamaciones transfronterizas, realizadas por medio del proceso monitorio europeo que frente a reclamaciones internas, a través del proceso monitorio de la LEC, pero es cierto igualmente que, a partir de *Bondora*, el proceso monitorio europeo ya no va a tener la misma eficacia como instrumento rápido y ágil para la tutela transfronteriza del crédito.

Frente a la lectura negativa de Gómez Amigo, el internacionalista Esteban de la Rosa³⁷⁸ considera que *Bondora* está bastante bien fundada, preserva la coherencia y, sobre todo, es muy correcta políticamente hablando. El autor señala que la consecuencia práctica más importante de la sentencia *Bondora* es que el juez que esté conociendo de un requerimiento europeo de pago debe controlar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, a pesar de que esta regla no se encuentre de forma expresa en el Reglamento 1896/1996 y en caso de que le conste la existencia de cláusulas abusivas el requerimiento deberá ser rechazado. Observa Esteban de la Rosa que cuando la información

³⁷⁷ GÓMEZ AMIGO, L., «La doctrina del TJUE en el caso *Bondora*: ¿hacia el declive del proceso monitorio europeo?», *La Ley, Práctica de Tribunales*, número 144, mayo-junio, 2020, pp. 10-11.

³⁷⁸ ESTEBAN DE LA ROSA, F., «La sentencia *Bondora* o la prueba del algodón del proceso monitorio europeo: novedades en el control de oficio de las cláusulas abusivas y reformas en ciernes», *La Ley Unión Europea*, número 81, mayo 2020, p. 10.

facilitada no resulta suficiente, el artículo 9 del Reglamento 1896/1996 permite al juez solicitar que la información sea completada o rectificada. El autor alude a las palabras del TJUE en el sentido de que *este requerimiento se integra simplemente en la materia probatoria del proceso*, ya que tiene por único objeto determinar si la petición es fundada, de modo que no vulnera el principio dispositivo. Admite Esteban de la Rosa que ello produce algunos chirridos al haberse configurado el monitorio europeo como un proceso «sin prueba», ya que el solicitante no debe presentar documentos ni pruebas con la solicitud, si bien debe describir las pruebas en que se basaría el procedimiento ordinario si se impugnara la demanda. Esos «chirridos», según Esteban de la Rosa, «se convierten en un chirrido menor, un precio pequeño, en aras del interés superior de la protección de los consumidores. Un daño colateral e inherente al estupendo encaje de bolillos que ha debido resolver la sentencia Bondora, y además sin hacer apenas ruido»³⁷⁹. Como puede comprobarse, la postura de Esteban de la Rosa es cercana a la que defendemos en el presente trabajo, si bien presenta una diferencia significativa en el sentido de que Esteban de la Rosa considera que no es necesario reformar el sistema español para adaptarlo al cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia *Bondora* porque el régimen de solicitud de documentación complementaria para controlar de oficio las cláusulas abusivas en el contrato de consumo se localiza en la parte europea del proceso monitorio europeo, siendo ese régimen de aplicación preferente respecto de los que pueda ser dispuesto por el Derecho español. Por nuestra parte, sí consideramos necesaria la adaptación de nuestra LEC a lo dispuesto en la sentencia *Bondora*. Ello se justifica con base en diferentes razonamientos: unos de política legislativa, como sería que la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico exige la modificación de aquellas disposiciones contrarias al Derecho de la Unión y, otro, de naturaleza puramente práctica, como sería que manteniendo en vigor en nuestra legislación procesal civil disposiciones que han de ser inaplicadas se confunde a los operadores jurídicos con el riesgo de resoluciones judiciales contrarias a la legalidad, poniendo en peligro la consecución de una recta administración de la justicia, finalidad para la que está proyectado nuestro ordenamiento jurídico.

³⁷⁹ *Idem.*

PARTE SEGUNDA: SÍNTESIS

SECCIÓN 1

SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA SUSTANTIVA Y PROCESAL DEL TJUE

CAPÍTULO 12. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO SUSTANTIVO

SUMARIO:

- 12.1 Introducción.
- 12.2 La delimitación de conceptos según la jurisprudencia del TJUE.
 - 12.2.1 Consumidor.
 - 12.2.1.1 Noción de consumidor.
 - 12.2.1.2 Situaciones especiales: avalistas, novación, consumidor empleado del profesional.
 - 12.2.1.3 Interpretación amplia del concepto de consumidor en los contratos con doble finalidad: las claves para su apreciación.
 - 12.2.1.4 La postura errónea del Tribunal Supremo al remitirse en asuntos de cláusulas abusivas a la interpretación estricta del concepto de consumidor propia del ámbito de la competencia judicial.
 - 12.2.1.5 El concepto de consumidor en relación con otras situaciones.
 - 12.2.1.6 Conclusiones.
 - 12.2.2 Profesional.
 - 12.2.3 Cláusula abusiva.
 - 12.2.3.1 Pasos a seguir por el juez nacional para la apreciación de la cláusula abusiva.
 - 12.2.3.2 La «tríada» del juicio de abusividad: falta de transparencia, desequilibrio importante e incumplimiento de las exigencias de la buena fe.
 - 12.2.3.3 La lista indicativa de cláusulas abusivas del Anexo de la Directiva 93/13.
 - 12.2.3.4 La doble problemática del artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

12.3 Ámbito material de aplicación de la Directiva 93/13.

- 12.3.1 Exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 de las cláusulas negociadas individualmente.
- 12.3.2 Exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 de las cláusulas que reflejen normas imperativas o supletorias o disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte.

12.4 Cláusulas controvertidas planteadas mayoritariamente por la justicia española.

- 12.4.1 La cláusula de intereses moratorios.
- 12.4.2 La cláusula de vencimiento anticipado.
- 12.4.3 La cláusula suelo y los acuerdos novatorios sobre ella.
 - 12.4.3.1 Conclusiones en cuanto a la configuración de la naturaleza abusiva de la cláusula suelo otorgada por el Tribunal Supremo y sus relaciones con la Directiva 93/13.
 - 12.4.3.2 Conclusión en cuanto a los criterios jurisprudenciales del TJUE en relación con la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la cláusula suelo.
 - 12.4.3.3 Conclusiones en cuanto a los criterios jurisprudenciales del TJUE con respecto a los acuerdos novatorios concernientes a la cláusula suelo.
- 12.4.4 La cláusula IRPH.
- 12.4.5 La cláusula de comisión de apertura.

12.5 Los efectos de la identificación de una cláusula abusiva.

- 12.5.1 Los posibles efectos de la identificación de una cláusula abusiva.
 - 12.5.1.1 La anulación de la cláusula abusiva.
 - 12.5.1.2 La sustitución de la cláusula abusiva por una norma nacional.
 - 12.5.1.3 La anulación total del contrato.
 - 12.5.1.4 La mediación judicial (negociación de las partes).
 - 12.5.1.5 La supresión únicamente del elemento abusivo de una cláusula.
- 12.5.2 Pautas para la fijación de efectos por parte del juez nacional.
- 12.5.3 Propuesta de actuación por parte del juez ante la inexistencia de una solución clara y efectiva por parte del TJUE a la situación en la que el ordenamiento nacional no prevé disposición supletoria para sustituir la cláusula abusiva.

12.6 El inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias a resultados de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva.

- 12.6.1 Conclusiones con carácter general.
- 12.6.2 Alternativas rechazadas por el TJUE como dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución.

- 12.6.3 Sobre la aplicación del principio de equivalencia a las normas nacionales relativas al plazo de prescripción de la acción restitutoria.
- 12.6.4 Razones que justifican, a nuestro juicio, la fijación de la fecha de la declaración judicial firme de abusividad como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria.
- 12.7 El efecto erga omnes de la declaración judicial de la abusividad de una cláusula inscrita en un registro frente al derecho a la tutela judicial efectiva del profesional que no ha intervenido en el procedimiento: cómo debe configurarse un registro de cláusulas abusivas.
 - 12.7.1 Sobre el posible efecto erga omnes de la declaración judicial de abusividad de una cláusula.
 - 12.7.2 Criterios para la configuración de un registro de cláusulas abusivas.
- 12.8 El Registro español de Condiciones Generales de la Contratación.
- 12.9 Relación de la Directiva 93/13 con normativas sectoriales del Derecho de la Unión Europea.

12.1 INTRODUCCIÓN

A continuación, pretendemos compendiar aquellas cuestiones atinentes a Derecho sustantivo resultantes del análisis de la jurisprudencia del TJUE que hemos realizado en la parte general del presente trabajo.

En particular, vamos a sistematizar las aportaciones del Tribunal de Justicia en diferentes áreas del Derecho material. En primer lugar, nos referiremos a los conceptos de consumidor, profesional y cláusula abusiva. En segundo lugar, trataremos el ámbito material de la Directiva 93/13, pues resulta vital delimitar su campo de aplicación, diferenciando aquellas cláusulas que quedan al margen de la aplicación de esta, frente a aquellas otras que, resultándoles de aplicación, no van a ser objeto del juicio de abusividad por pertenecer a determinadas categorías, salvo cuando no cumplan con el requisito de la transparencia. En tercer lugar, analizaremos las resoluciones del TJUE sobre determinadas cláusulas controvertidas planteadas mayoritariamente por la justicia española: intereses moratorios, vencimiento anticipado, suelo y sus acuerdos novatorios, IRPH y comisión de apertura. En cuarto lugar, abordaremos una de las temáticas más apasionantes del Derecho de consumidores constituida por los efectos de la identificación de una cláusula abusiva, advirtiéndole ya al lector que la trabajada configuración del Tribunal de Justicia al respecto no está completa, quedando problemas de enorme calado por resolver. Finalmente, examinaremos la relación de la Directiva 93/13 con normas sectoriales, así como el Registro de

Condiciones Generales de la Contratación –en íntima relación con la temática de las cláusulas abusivas– y necesitado, a nuestro juicio, de un tratamiento que lo dote de un sentido mucho más práctico que el que tiene en la actualidad.

12.2 LA DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

12.2.1 Consumidor

Centrado nuestro análisis en el ámbito de la Directiva 93/13, los dos requisitos exigidos de modo cumulativo por el artículo 2.b) son que se trate de una persona física y que ejerza su actividad con fines no profesionales.

12.2.1.1 NOCIÓN DE CONSUMIDOR

El contenido del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 es claro y únicamente se refiere a personas físicas. Así lo puso de manifiesto el TJUE en 2001 en *Cape y Ideal Service MN RE*¹ y así lo ha vuelto a constatar recientemente en *Condominio de Milano, via Meda*². Todo ello, sin perjuicio de que los Estados miembros, al definir el concepto de consumidor en sus legislaciones nacionales, puedan incluir dentro del mismo a sujetos que no lo son en la Directiva 93/13, como sucede en España³, o que extiendan el ámbito de aplicación de la normativa propia de la protección de consumidores a sujetos que no lo son, incluso a través de líneas jurisprudenciales del tribunal supremo de un Estado miembro, como ocurre en Italia (*Condominio de Milano, via Meda*). En ambos casos, ello es posible al tratarse de una directiva de mínimos, pero es conveniente no confundir ambas situaciones, si bien los efectos serían los mismos. En ese sentido, no parece que tenga mucho recorrido una postura que excluya de determinados aspectos del régimen de protección de consumidores (por ejemplo, la obligada tutela judicial de oficio) a

¹ Asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99. STJUE de 22 de noviembre de 2001, *Cape y Ideal Service MN RE*.

² Asunto C-329/19. STJUE de 2 de abril de 2020, *Condominio de Milano, via Meda*.

³ Artículo 3.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU): «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».

los sujetos beneficiados por esa inclusión en el concepto de consumidor o por esa extensión de su ámbito de aplicación.

La noción de consumidor no tiene una configuración uniforme en todos los instrumentos. El concepto de consumidor es objetivo con independencia de los conocimientos de que disponga, debiendo evaluarse con un criterio funcional, consistente en apreciar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, pudiendo actuar el mismo individuo en unas operaciones como consumidor y en otras como profesional, incluso en actos plenamente vinculados (*Costea*⁴). Dado el carácter de directivas de armonización mínima de una parte importante de las directivas relativas a consumidores, muchos Estados miembros han extendido el ámbito de aplicación de la legislación de protección de consumidores a otros sujetos no incluidos dentro de la definición de consumidor del Derecho de la Unión.

En aquellos supuestos en los que un individuo suscribe un contrato de préstamo con una entidad bancaria con un propósito que no está vinculado a su actividad profesional tendrá la consideración de consumidor, aunque para garantizar las responsabilidades del préstamo haya constituido hipoteca sobre un bien que forma parte de sus actividades profesionales, al considerarse la hipoteca como contrato accesorio al principal que es el préstamo (*Costea*). Por esta razón, a fin de evitar que se generen ciertas dudas, en la propia escritura pública de préstamo y constitución de hipoteca o en la póliza de préstamo personal, a nuestro modo de ver, resulta aconsejable que el prestatario deje constancia de su condición de consumidor y que va a destinar el importe del préstamo a un propósito ajeno a su actividad profesional.

12.2.1.2 SITUACIONES ESPECIALES: AVALISTAS, NOVACIÓN, CONSUMIDOR EMPLEADO DEL PROFESIONAL

La Directiva 93/13 se aplica a los avalistas de una sociedad cuando son personas físicas actuando con propósito ajeno a su actividad profesional y sin vínculos funcionales con la sociedad, al tratarse el contrato de garantía de un contrato diferente y accesorio al contrato principal de préstamo (*Tarcau*⁵, *Dumitras*⁶). También se aplica a una persona física que ha celebrado una

⁴ As. C-110/14. STJUE de 3 de septiembre de 2015, *Costea*.

⁵ As. C-74/15. Auto de 19 de noviembre de 2015, *Tarcau*.

⁶ As. C-534/15. Auto de 14 de septiembre de 2016, *Dumitras*.

novación con una entidad financiera, actuando al margen de su actividad profesional, sin vínculos funcionales con la sociedad originariamente prestataria (*Bachman*⁷). Corresponde la comprobación de todo ello al juez nacional. Son consumidores a los efectos de la Directiva 93/13 el empleado de una empresa y su cónyuge, que celebran con dicha empresa un contrato de préstamo reservado a empleados y destinado a financiar la adquisición de un inmueble para fines privados (*Pouvin y Dijoux*⁸).

12.2.1.3 INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS CON DOBLE FINALIDAD: LAS CLAVES PARA SU APRECIACIÓN

De lo declarado por el TJUE en *S. V. Immeuble en copropriété*⁹ se deduce que, en una relación contractual entre un administrador y una persona física propietaria de un piso del inmueble que el primero administra, no es necesario que el uso ajeno a la actividad profesional del propietario sea predominante, sino que basta con que el piso no sea utilizado exclusivamente para fines profesionales a efectos de que el propietario contratante sea considerado como consumidor conforme a la Directiva 93/13. No obstante, en *YYY*¹⁰ el TJUE ha analizado en profundidad el concepto de consumidor a los efectos del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 en el marco de un contrato de doble finalidad y ha expuesto la que parece ser su postura definitiva al respecto que abordamos a continuación.

Una concepción amplia del concepto de «consumidor» del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 permite garantizar la protección que otorga esa Directiva a todas las personas físicas que se encuentren en una situación de inferioridad con respecto al profesional, de forma que el carácter imperativo de las disposiciones contenidas en la Directiva 93/13 y las exigencias particulares de protección de los consumidores que llevan aparejadas exigen que se dé preferencia a una interpretación amplia del concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2.b) de dicha Directiva, para garantizar el efecto útil de esta (*YYY*).

Además, la interpretación teleológica de la Directiva 93/13 aboga a favor del enfoque expuesto por el legislador de la Unión en los considerandos de las Directivas 2011/83 y 2013/11 y el Reglamento 524/2013. Con arreglo a este

⁷ As. C-535/16. Auto de 27 de abril de 2017, *Bachman*.

⁸ As. C-590/17. STJUE de 21 de marzo de 2019, *Pouvin y Dijoux*.

⁹ As. C-485/21. STJUE de 27 de octubre de 2022, *S. V. Immeuble en copropriété*.

¹⁰ As. C-570/21. STJUE de 8 de junio de 2023, *YYY*.

enfoque, una persona que ha celebrado un contrato con fines parcialmente relacionados con su actividad profesional deberá ser considerada como consumidor si la finalidad profesional es tan limitada que no predomina en el contexto global del contrato (YYY).

Además, en el asunto YYY, el TJUE proporciona una serie de factores –de naturaleza no exhaustiva– dirigidos al juez remitente para determinar la predominancia, que pueden ser aplicables a otros supuestos. Así, el juez nacional ha de tomar en consideración todas las circunstancias pertinentes que rodeen al contrato, tanto cuantitativas como cualitativas, tales como, en particular, el reparto del capital prestado entre la actividad profesional y la no profesional, así como, en caso de varios prestatarios el hecho de que solo uno de ellos persiga una finalidad (parcialmente) profesional o que el prestamista supedite la concesión de un préstamo destinado a fines de consumo a que se asigne una parte de la cantidad prestada al reembolso de deudas relacionadas con la actividad profesional. Todos estos factores deben tenerse en cuenta y sirven al juez nacional como orientación para apreciar otras circunstancias que puedan concurrir en otros asuntos.

En definitiva, está configurada la postura del TJUE en el ámbito de la Directiva 93/13 y, en general, –a mi modo de ver– en el de la protección de consumidores, en el sentido de que el concepto de consumidor ha de ser interpretado de manera amplia y que en un contrato con doble finalidad, el contratante será considerado consumidor si predomina la finalidad no profesional, contraponiéndose esta concepción con la que defiende el propio TJUE en el ámbito de determinados instrumentos de cooperación judicial internacional (Convenio de Bruselas ¹¹, Reglamento Bruselas I ¹² y Reglamento Bruselas I bis ¹³) en virtud de la cual el concepto de consumidor ha de ser interpretado restrictivamente, de forma que cuando nos encontramos ante un contrato con doble finalidad no se pueden invocar las reglas de competencia específicas en materia de contratos celebrados con los consumidores, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate.

El diferente tratamiento dado por el Tribunal de Justicia en uno y otro campo –protección de consumidores y cooperación judicial internacional– se

¹¹ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹² Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹³ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

justifica con base en diferentes razones. Así, tiene particular importancia el hecho de que las reglas de competencia en materia de contratos celebrados con los consumidores previstas en el Convenio de Bruselas y en los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis son excepciones a la regla general del fuero del domicilio del demandado y, como tales, de interpretación estricta.

12.2.1.4 LA POSTURA ERRÓNEA DEL TRIBUNAL SUPREMO AL REMITIRSE EN ASUNTOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS A LA INTERPRETACIÓN ERICTA DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR PROPIA DEL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL

La sentencia YYY demuestra que no es adecuada –a nuestro juicio– la postura del Tribunal Supremo expresada en sucesivas sentencias relativas a cláusulas abusivas (sirvan como ejemplos la STS 166/2022, de 1 de marzo –ES: TS:2022:791– y la STS 654/2023, de 3 de mayo –ES: TS:2023:1775–), manifestando que los criterios del Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos por el TJUE en la sentencia *Milivojevic* de 14 de febrero de 2019¹⁴, reproduciendo lo declarado en dicha sentencia en el sentido de que «el concepto de “consumidor” [...] debe interpretarse de forma restrictiva[...]»¹⁵.

Basamos nuestra discrepancia en el hecho de que el Tribunal Supremo utiliza en el marco de litigios de cláusulas abusivas un concepto de consumidor configurado por el TJUE en una sentencia que interpreta el Reglamento 1512/2012 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, es decir, el Reglamento Bruselas I bis.

Además, el Tribunal Supremo lo silencia porque lo que la sentencia *Milivojevic* dice en su apartado 87 es: «El concepto de «consumidor», en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento núm. 1215/2012¹⁶, debe interpretarse de forma restrictiva». Es decir, el Tribunal Supremo sustituye esa importante aclaración de la sentencia *Milivojevic* («en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento núm. 1215/2012») por corchete, tres puntos suspensivos y cierre de corchete. Al eliminar el ámbito en el que se interpreta el concepto de consumidor (Reglamento núm. 1215/2012), el Tribunal Supremo distorsiona el fundamento de esa afirmación del TJUE.

¹⁴ Asunto C-630/17. STJUE de 14 de febrero de 2019, *Milivojevic*.

¹⁵ Apdo. 2 del FD tercero de la STS 791/2022 de 1 de marzo.

¹⁶ Subrayado es nuestro.

Hemos sostenido que el TJUE no ha afirmado que el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva en ninguna sentencia interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas¹⁷. Como decía el Abogado General Sr. Cruz Villalón, la noción de consumidor no es objeto de una configuración uniforme en todos los instrumentos, pertenecientes a ámbitos jurídicos diferentes y con finalidades diversas¹⁸. Los conceptos utilizados en cada instrumento comunitario deben interpretarse de forma autónoma con referencia a los objetivos de ese instrumento concreto. Por ello, no cabe aplicar –como hace el Tribunal Supremo– conceptos configurados en la interpretación de un instrumento de cooperación judicial como es el Reglamento 1512/2012 a otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea como es el relativo a las cláusulas abusivas. La sentencia *YYY* refuerza nuestra crítica de modo inapelable, ya que el propio TJUE viene a declarar que el carácter imperativo de las disposiciones contenidas en la Directiva 93/13 y las exigencias particulares de protección de los consumidores que llevan aparejadas exigen que se dé preferencia a una *interpretación amplia del concepto de consumidores*, en el sentido del artículo 2.b) de la Directiva 93/13, para garantizar el efecto útil de esta (apdo. 38 de *YYY*). A resultas de la sentencia *YYY*, entendemos que el Tribunal Supremo en los litigios de consumidores dejará de incluir esa referencia a que «el concepto de “consumidor” debe interpretarse de forma restrictiva», puesto que en el ámbito de la Directiva 93/13 y, en general, en el ámbito de protección de consumidores, el concepto de consumidor ha de ser interpretado de forma amplia, según tiene declarado el TJUE.

12.2.1.5 EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN RELACIÓN CON OTRAS SITUACIONES

Completamos los aspectos relativos al concepto de consumidor con la premisa establecida por el TJUE en la sentencia *Raiffeisen Bank*¹⁹ –analizada en el apartado correspondiente al inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria– consistente en que el concepto de «consumidor» que figura en el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido

¹⁷ No solo nunca ha considerado una interpretación restrictiva en el ámbito de la Directiva 93/13, sino que, en *Pouvin y Dijoux* (STJUE de 21 de marzo de 2019, C-590/17), el TJUE afirmó que «esta concepción amplia del concepto de “consumidor” del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, permite garantizar la protección que otorga esa Directiva a todas las personas físicas que se encuentren en la situación de inferioridad mencionada en el apartado 25 de la presente sentencia» (apdo. 28).

¹⁸ Así lo señalaba el Abogado General Sr. Cruz Villalón en sus conclusiones del asunto *Costea* (apdo. 18).

¹⁹ Asunto C-698/18. STJUE de 9 de julio de 2020, *Raiffeisen Bank*.

de que el hecho de que un contrato se haya cumplido íntegramente no excluye que una de las partes del contrato pueda ser considerada «consumidor» a efectos de tal disposición. También es necesario mencionar que el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «consumidor» está comprendida una persona física que se adhiere a un sistema establecido por una sociedad mercantil y que permite, en particular, disfrutar de determinadas ventajas financieras en el marco de la adquisición, por esa persona física o por otras personas que por recomendación suya participan en ese sistema, de bienes y servicios de los socios comerciales de esa sociedad, cuando dicha persona física actúa con fines ajenos a su actividad profesional (*Lyoness Europe*²⁰).

12.2.1.6 CONCLUSIONES

El análisis jurisprudencial realizado permite alcanzar cuatro conclusiones, dos referidas al Derecho sustantivo, otra relativa al Derecho procesal y una tercera concerniente a la relación entre jurisprudencia nacional y la efectividad del Derecho de consumidores europeo.

Primera: Desde el punto de vista sustantivo, el concepto de consumidor puede ser definido por los Estados miembros (el artículo 169 TFUE no aporta una definición concreta), siempre que se respete la normativa aplicable. Así, cuando se dé aplicación a la Directiva 93/13, debe ampararse como mínimo y en todo caso a las personas físicas que actúan fuera de su ámbito profesional.

Segunda: El concepto de consumidor previsto en el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 ha de ser interpretado de forma amplia y no restrictiva. Como consecuencia de dicha interpretación y del enfoque del legislador de la Unión en otras normas del ámbito de la protección de consumidores (Directivas 2011/83 y 2013/11 y el Reglamento 524/2013) en los contratos de doble finalidad el contratante será considerado consumidor a los efectos del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 cuando la finalidad profesional no predomine en el contexto global del contrato.

Tercera: Desde el punto de vista procesal, el TJUE declara que es obligación de los jueces la determinación de la condición de consumidor de un sujeto, a los fines de garantizarle la adecuada protección.

Cuarta: Es compatible con la Directiva 93/13 –al ser un instrumento de mínimos– que un Estado miembro eleve la protección conferida por ella

²⁰ As. C-455/21. STJUE de 8 de junio de 2023, *Lyoness Europe*.

no solo a través de las disposiciones normativas, sino también a través de una línea jurisprudencial de su tribunal supremo. En ese sentido es esencial que el artículo 169.4 del TFUE prevé que cada uno de los Estados miembros puede mantener y adoptar medidas que confieran una mayor protección a los consumidores en relación con la prevista en la legislación de la Unión Europea, siempre y cuando esas medidas sean compatibles con los Tratados.

12.2.2 Profesional

Partiendo del apartado c del artículo 2 de la Directiva 93/13, el TJUE elabora el concepto de profesional a los efectos de la Directiva. Es un concepto mucho menos problemático que el de consumidor. De hecho, únicamente hemos seleccionado dos sentencias a efectos de analizar dicho concepto (*Siba*²¹ y *Karel de Grote*²²). De dicho examen resulta que el concepto de profesional se refiere a una persona, física o jurídica, que desarrolla una actividad profesional ya sea privada o pública (o de interés general o regida por el Derecho público), incluso cuando la actividad se lleve a cabo sin ánimo de lucro. A nuestro juicio, ello tiene una gran relevancia porque implica que cualquier contrato de adhesión celebrado por un consumidor con un organismo público entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, sin perjuicio de que aquellas cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas o supletorias no estarán sometidas a la Directiva. Lo mismo sucederá cuando una fundación suscriba un contrato de adhesión con un consumidor. De hecho, ese supuesto es comprendido dentro del ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/13 por parte del TJUE en el asunto *A* (*Subarriendo de una vivienda social*)²³ en el que una fundación encargada del arrendamiento de viviendas sociales en Países Bajos ostentaba la cualidad de profesional a los efectos de la Directiva 93/13.

La naturaleza de los servicios prestados no influye en la consideración como profesional del prestador de los servicios. Así, por ejemplo, es profesional el abogado que presta servicios jurídicos a un consumidor (*Siba*), o el establecimiento educativo que concede un préstamo sin intereses a un estudiante

²¹ As. C-537/13. STJUE de 15 de enero de 2015, *Siba*.

²² As. C-147/16. STJUE de 17 de mayo de 2018, *Karel de Grote*.

²³ As. C-738/19. STJUE de 10 de septiembre de 2020, *A* (*Subarriendo de una vivienda social*).

(*Karel de Grote*). Ahora bien, para que las cláusulas contractuales suscritas entre ambos puedan considerarse abusivas han de ser cláusulas no negociadas individualmente, dado que esta circunstancia delimita el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

El concepto de profesional debe interpretarse en un sentido amplio: es un concepto funcional que exige apreciar si la relación contractual forma parte de las actividades que una persona ejerce con carácter profesional. No coincide necesariamente con el concepto de empresario. Tiene carácter objetivo y no depende de que el profesional decida contratar como su actividad principal, o bien, secundaria y accesorio. En ese sentido, tanto en *Karel de Grote* como en *Pouvin y Dijoux*²⁴ la actividad de dar un préstamo es secundaria o complementaria, sin perjuicio de lo cual el prestador de ese servicio es considerado como profesional y el contrato sometido a la Directiva 93/13²⁵.

12.2.3 Cláusula abusiva

Conforme a la interpretación que el TJUE hace de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, corresponde al Juez nacional la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente y contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, para lo cual debe seguir los criterios que ha elaborado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.

A continuación, con base en las sentencias que hemos analizado y, en particular, a partir de aquellas que profundizan en el concepto de cláusula abusiva, a través de los siguientes apartados vamos a tratar de sistematizar las indicaciones dispuestas por el Tribunal de Justicia.

²⁴ As. C-590/17. STJUE de 21 de marzo de 2019, *Pouvin y Dijoux*.

²⁵ En este último asunto, cuando la empresa EDF ofrece el contrato de préstamo al trabajador, así como durante la vigencia de este, la prestamista está actuando en el marco de sus actividades. Tan es así que el préstamo le sirve a la empresa para exigir más al trabajador ante el temor de que la resolución de la relación laboral conllevaría la devolución íntegra del préstamo de forma inminente, situación angustiosa para cualquier familia. Además, aunque la actividad principal de un empresario como EDF no consista en ofrecer instrumentos financieros, sino en suministrar energía, dicho empresario dispone de información y competencias técnicas, así como de recursos humanos y materiales que su co-contratante (la parte prestataria, Sr. Pouvin y Sra. Dijoux) no tiene necesariamente a su disposición.

12.2.3.1 PASOS A SEGUIR POR EL JUEZ NACIONAL PARA LA APRECIACIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

A resultados del análisis de las resoluciones del TJUE examinadas, a nuestro juicio, el proceso para decidir si una cláusula contenida en un contrato es abusiva podría estar configurado por los pasos que se detallan a continuación. En primer lugar, comprobar que se trata de una cláusula no negociada individualmente (art. 3.2 de la Directiva 93/13) en el marco de una relación consumidor-profesional (art. 2 Directiva 93/13) y que la cláusula no refleja disposiciones legales o reglamentarias imperativas o que se aplican entre las partes contratantes cuando no existe ningún otro acuerdo, es decir, disposiciones supletorias (art. 1.2 de la Directiva 93/13 en relación con considerando decimotercero). A partir de ahí se pone en funcionamiento el juego combinatorio de los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13. Corresponde al juez nacional comprobar si la cláusula controvertida forma parte del objeto principal del contrato o bien si se refiere a la adecuación entre precio y bienes o servicios en contraprestación (art. 4.2 de la Directiva 93/13). Si no pertenece a ninguno de esos dos grupos, el juez nacional puede pasar directamente a efectuar el control de abusividad, dentro del cual la transparencia es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva. Si pertenece a alguno de esos dos grupos, entonces el juez nacional ha de comprobar si la cláusula está redactada de manera clara y comprensible (transparencia formal y transparencia material –arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13–). En caso de que llegue a la conclusión de que la cláusula es transparente no habrá lugar a control de abusividad y la cláusula no podrá ser considerada abusiva. En el supuesto de que el juez nacional estime que la cláusula no es transparente, entonces procederá a realizar el control de abusividad, teniendo en cuenta, como hemos dicho antes, que la falta de transparencia será uno de los elementos a considerar para evaluar si la cláusula es abusiva o no lo es, sin perjuicio de que la transparencia de una cláusula no impide su calificación como abusiva cuando la cláusula no pertenece a ninguno de los dos grupos.

Tras haber efectuado los pasos previos, llegando a la conclusión de que se trata de una cláusula no negociada individualmente, que no refleja una norma imperativa ni una norma supletoria y que no pertenece a ninguna de las dos categorías aludidas en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (cláusulas que definen el objeto principal del contrato y cláusulas que se refieren a la adecuación entre precio y bien o servicio entregado en contraprestación) o bien que, aun perteneciendo a alguna de esas categorías, no es clara y comprensible, procedemos a efectuar el juicio de abusividad propiamente dicho. El proceso

descrito anteriormente responde a lo dispuesto por la Directiva 93/13, por lo que es susceptible de modificación, en cuanto resulte de la aplicación de medidas adoptadas por parte de un legislador nacional que eleve la protección del consumidor –debiendo ser compatibles con los Tratados–, no pudiendo nunca implicar estas medidas una variación del proceso descrito que implique una disminución en el nivel de tutela del consumidor.

12.2.3.2 LA «TRÍADA» DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD: FALTA DE TRANSPARENCIA, DESEQUILIBRIO IMPORTANTE E INCUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS DE LA BUENA FE

En el marco del juicio de abusividad deberemos tener en cuenta los diferentes factores que tratamos a continuación. Con carácter previo, uno de los elementos a tener en cuenta en el juicio de abusividad de la cláusula controvertida es su eventual similitud con alguna de las cláusulas que figuran en el Anexo de la Directiva 93/13. También deberá comprobar el juez nacional si la cláusula controvertida coincide con alguna de las que estén configuradas, en su caso, por el legislador nacional como automáticamente abusivas, es decir, esté contenida en una eventual «lista negra» publicada por el legislador nacional.

Abordamos ahora lo que podríamos denominar la «tríada» del juicio de abusividad por ser un conjunto de tres factores estrechamente vinculados entre sí (falta de transparencia, desequilibrio importante e incumplimiento de las exigencias de la buena fe). La inexistencia de transparencia habrá de ser ponderada por el juez nacional a fin de evaluar si la cláusula es o no abusiva. En aquellos ordenamientos en los que el legislador nacional haya elevado el nivel de protección del consumidor disponiendo que las cláusulas no transparentes resultan directamente abusivas –como puede ser interpretado nuestro artículo 83 párrafo 2 del TRLGDCU²⁶– la falta de transparencia comportará la nulidad por abusiva de la cláusula controvertida. En cualquier caso, es necesario hacer constar que una cláusula transparente puede ser declarada abusiva.

Conforme al decimosexto considerando la exigencia de «buena fe», en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, es un elemento que permite comprobar si el profesional ha tratado de manera leal y equitativa con el consumidor,

²⁶ Ese párrafo segundo del artículo 83 del TRLGDCU («las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho») fue incorporado en virtud de la disposición final 8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y entró en vigor a partir del 16 de junio de 2019, por lo que en nuestro país el juez deberá comprobar si el contrato se celebró a partir de dicho día, en cuyo caso le resultará de aplicación.

cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta. De este considerando también resulta que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor (*Nova Kreditna Banka Maribor*²⁷).

Especial trascendencia tiene la apreciación de la existencia de «desequilibrio importante» del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, cuyas notas son las siguientes:

1. No requiere un desequilibrio cuantitativamente importante en relación con el contrato, sino cualitativamente importante (*Constructora Principado*²⁸).

2. Ese menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, puede serlo en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (*Kiss y CIB Bank*²⁹).

Por tanto, entre los criterios a tener en cuenta para determinar si una cláusula causa un desequilibrio importante al consumidor se encuentra el examen de las normas aplicables en Derecho nacional sobre la cuestión tratada en esa cláusula cuando no exista un acuerdo de las partes al respecto, en particular, como se ha dicho, si la cláusula impone al consumidor una obligación adicional no prevista por las normas nacionales, debiendo de esta forma valorar el juez nacional si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (*Sebestyén*³⁰).

El juez habrá de tener en consideración la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto del contrato y las demás cláusulas del contrato controvertido o de otro contrato del que dependa este (art. 4.1 de la Directiva 93/13). No todas las cláusulas de un contrato revisten la misma importancia, y el grado de interacción de una determinada estipulación con otras estipulaciones depende necesariamente de sus respectivos alcances y de la medida en que cada

²⁷ As. C-405/21. STJUE de 13 de octubre de 2022, *Nova Kreditna Banka Maribor*.

²⁸ As. C-226/12. STJUE de 16 de enero de 2014, *Constructora Principado*.

²⁹ As. C-621/17. STJUE de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*.

³⁰ As. C-342/13. Auto del TJUE de 3 de abril de 2014, *Sebestyén*.

una de ellas contribuya a un eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato controvertido (*A –Subarriendo de una vivienda social–*³¹).

La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que solo se manifieste mientras se ejecuta el contrato.

Al referirse a los conceptos de «buena fe» y de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (*Dexia Nederland*³²).

Existe una íntima vinculación entre los dos requisitos establecidos en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13: incumplimiento de las exigencias de la buena fe y existencia de desequilibrio importante, de forma que el TJUE, que habitualmente relaciona la obligación de trato leal y equitativo al consumidor con la exigencia de la buena fe, también vincula dicho requisito –trato leal y equitativo– con la existencia de desequilibrio importante. Así sucede, por ejemplo, en *BNP Paribas Personal Finance y ZD*³³. En definitiva, incumplimiento de las exigencias de la buena fe y desequilibrio importante en perjuicio del consumidor no constituyen dos requisitos aislados, sino que hay que contemplarlos de manera conjunta y con un vínculo entre ambos. A la vez, ambos requisitos están vinculados con la exigencia de transparencia, sin perjuicio de que, como hemos indicado, la falta de transparencia no es requisito imprescindible para que una cláusula sea declarada abusiva, pudiendo ser considerada como tal una cláusula transparente.

Es compatible con la Directiva 93/13 una normativa nacional que permite declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando cause desequilibrio importante, incluso sin tener que examinar las exigencias de la buena fe (*Nova Kreditna Banka Maribor*), dado que nos encontramos ante una elevación del nivel de protección del consumidor auspiciada por el artículo 8 de la Directiva 93/13.

³¹ As. C-738/19. STJUE de 10 de septiembre de 2020, *A (Subarriendo de una vivienda social)*.

³² Asuntos acumulados C-229/19 y C-289/19. STJUE de 27 de enero de 2021, *Dexia Nederland*.

³³ As. C-288/20. Auto del TJUE de 24 de marzo de 2022, *BNP Paribas Personal Finance y ZD*.

En la sentencia *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest*³⁴ relativa a una cláusula de vencimiento anticipado el TJUE se ve en la obligación de aclararle al Tribunal de Casación francés lo manifestado en *Banco Primus*³⁵ sobre los criterios para la apreciación de la cláusula abusiva. Así, declara el TJUE que *Banco Primus* debe interpretarse en el sentido de que no puede entenderse que los criterios que señala para la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, en particular el criterio del desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato que esa cláusula cause en detrimento del consumidor, sean acumulativos ni alternativos, sino que debe entenderse que forman parte del conjunto de circunstancias que concurren en la celebración del contrato de que se trate, que el juez nacional deberá examinar para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Dado que en el apartado 3) del fallo de *Banco Primus* lo que decía el TJUE al respecto era que el examen para determinar si la cláusula causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión y todas las circunstancias que concurren en su celebración, parece evidente que en *Banco Primus* el TJUE facilita unas orientaciones para llevar a cabo el juicio de abusividad que enriquecen la propia dicción literal del artículo 4.1 de la Directiva 93/13 (naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, circunstancias concurrentes en la celebración y restantes cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa). Esos factores adicionales al artículo 4.1 se refieren a tener en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes y a los medios de que dispone el consumidor en la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas. Es evidente que no estamos ante una lista cerrada de criterios y que la perspectiva que adopta el Tribunal de Casación francés al realizar la pregunta («¿Son acumulativos o alternativos los cuatro criterios señalados por el Tribunal de Justicia [...] en su sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*[...]?») no parece adecuada a la mecánica del Tribunal de Justicia que se decanta por una ponderación de las circunstancias en juego y que se refiere a un examen del juez nacional, «en particular», teniendo en cuenta los criterios que enumera.

³⁴ As. C-600/21. STJUE de 8 de diciembre de 2022, *Caisse régionale de Crédito mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest*.

³⁵ As. C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.

12.2.3.3 LA LISTA INDICATIVA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL ANEXO DE LA DIRECTIVA 93/13

El hecho de que una cláusula controvertida esté configurada como uno de los supuestos del Anexo de la Directiva 93/13 constituye un elemento esencial en el cual el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo, pero no determina automáticamente y por sí solo la naturaleza abusiva de la cláusula, sino que esta tiene que someterse al juicio de abusividad del artículo 3.1 (*Lovasné Tóth*³⁶). Ello viene condicionado por el hecho de que el artículo 3.3 de la Directiva 93/13 dispone que el Anexo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que «pueden ser» declaradas abusivas, lo que implica que no necesariamente han de ser consideradas como tales. Todo ello sin perjuicio de que, con arreglo a lo previsto en el artículo 8 de la Directiva 93/13, en su considerando decimoséptimo y en el artículo 169.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Estados miembros adopten medidas para elevar la protección prevista en la Directiva –debiendo ser compatibles con los Tratados– estableciendo un listado de cláusulas que siempre van a tener la naturaleza de abusivas. Así sucede en nuestro país, al prever el artículo 82.4 del TRLGDCU en relación con los artículos 85 a 90 del mismo texto legal la denominada «lista negra» de cláusulas que, en todo caso, son abusivas.

12.2.3.4 LA DOBLE PROBLEMÁTICA DEL ARTÍCULO 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13

El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 es esencial en la operatividad de la propia Directiva en la medida en que excluye del juicio de abusividad a dos categorías de cláusulas (las que definen el objeto principal del contrato y las que se refieren a la adecuación entre precio y bien o servicio entregado en su contraprestación), pero a la vez prevé una excepción a la exclusión, de forma que cuando la cláusula no es clara y comprensible, incluso formando parte de alguna de esas dos categorías, sí va a ser objeto del juicio de abusividad. Esta es la situación que calificamos como doble problemática: la exclusión del juicio de abusividad de las dos categorías de cláusulas y la excepción a la exclusión cuando la cláusula, aun perteneciendo a uno de esos dos grupos, no es clara y comprensible.

Como se ha dicho, el juez nacional, antes de realizar el juicio de abusividad, debe comprobar si la cláusula pertenece a alguna de las dos categorías

³⁶ As. C-34/18. STJUE de 19 de septiembre de 2019, *Lovasné Tóth*.

mencionadas. Esa circunstancia ha dado pie a que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado con frecuencia sobre los criterios para dilucidar si estamos ante una cláusula que define el objeto principal del contrato o ante una cláusula accesorio, y, en menor medida, ha facilitado algunas indicaciones relativas a las cláusulas referidas a la adecuación entre precio y bien o servicio, otorgando al juez nacional la función de decidir sobre si estamos ante ese tipo de cláusula, aunque en determinadas circunstancias el propio Tribunal de Justicia haya llegado a emitir la calificación sobre la pertenencia o no de la cláusula controvertida a una de las categorías previstas por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (por ejemplo, en *Kasler*³⁷ y *Andriciuc*³⁸). Existe una importante relación entre los artículos 3.3 y 4.2 –ambos de la Directiva 93/13–, dado que el cotejo de la cláusula controvertida con las que figuran en el Anexo también es eficaz cuando el juez se plantea su posible pertenencia a alguna de las dos categorías del artículo 4.2 de la Directiva, ya que la inclusión en el Anexo no tendría sentido si se entiende que está excluida de la apreciación de abusividad (*Matei*³⁹). En mi opinión, la existencia de cierta similitud entre la cláusula controvertida y alguna de las que figuran en el Anexo tiene como consecuencia no solo que habrá de ser ponderada esa circunstancia al realizar el juicio de abusividad, sino también que influirá de forma decisiva a la hora de descartar que nos encontramos ante una cláusula que define el objeto principal del contrato o que se refiere a la adecuación entre precio y bien o servicio entregado en contraprestación.

En cualquier caso, también resulta vital para la resolución del asunto litigioso que el juez nacional examine si la cláusula controvertida es transparente, en su doble dimensión (formal y material) o no lo es. A partir de *RWE Vertrieb*, el TJUE maneja el concepto de la transparencia material entendida en ese asunto como la importancia de determinar que en el contrato se exponga de manera transparente el motivo y modo de variación del coste de un servicio o producto, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles las eventuales modificaciones de ese coste, correspondiendo al tribunal remitente efectuar dicha apreciación. La transparencia del artículo 4.2 tiene el mismo significado que la del artículo 5, ambos de la Directiva 93/13. Partiendo de esa concisa obligación de ser clara y comprensible, el TJUE ha ido elaborando un conjunto de orientaciones que ayuden al juez nacional a efectuar el test de transparencia de la cláusula. Incluso, el Tribunal de Justicia ha configurado un concepto, el del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente

³⁷ As. C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*

³⁸ As. C-186/16. STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc y otros*.

³⁹ As. C-143/13. STJUE de 26 de febrero de 2015, *Matei*.

atento y perspicaz, que puede servir como modelo sobre el que se va a proyectar la cláusula controvertida, para que el juez nacional deduzca si esta cumple la exigencia de la transparencia. La diferencia entre la transparencia formal y material puede detectarse fácilmente. Así, una cláusula sobre variación del interés, como la analizada en *Matei*, que prevé que el profesional prestamista puede incrementar el tipo de interés cuando se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero es gramaticalmente clara y comprensible, pero no parece que cumpla la exigencia de transparencia material.

Con respecto a la exclusión del juicio de abusividad contenida en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y al principio general de transparencia de toda cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia, podemos deducir las conclusiones –generales y particulares– que se exponen a continuación.

1. Con carácter general:

- 1.1 El TJUE contrapone la categoría de cláusulas contractuales que forman parte del objeto principal del contrato porque regulan prestaciones esenciales del contrato y que lo caracterizan frente a la categoría de cláusulas que regulan prestaciones accesorias. Para determinar si son prestaciones esenciales o accesorias el juez nacional tendrá en cuenta la naturaleza, las estipulaciones y el sistema general del contrato de que se trata (*Profi Credit Polska –contra QJ–*⁴⁰).
- 1.2 Al tratarse de una directiva de mínimos, los Estados miembros pueden elevar la protección del consumidor y cuando el artículo 4.2 de la Directiva no ha sido transpuesto, la exclusión prevista en dicha disposición no operaría (*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*⁴¹).
- 1.3 Dado que se configura como una excepción, el artículo 4.2 ha de interpretarse de forma estricta (*Van Hove*⁴²). Además, los términos de ese precepto han de ser objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate.

⁴⁰ As. acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19, STJUE de 3 de septiembre de 2020, *Profi Credit Polska –contra QJ–*.

⁴¹ As. C-484-08. STJUE de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*.

⁴² As. C-96/14. STJUE de 23 de abril de 2015, *Van Hove*.

- 1.4 La exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva, ya que el sistema de protección de la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en particular, en lo referido al nivel de información (*ERSTE Bank Hungary –contra Orsolya Czakó–*⁴³).
- 1.5 La exigencia de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 es la misma y tiene el mismo alcance que la que figura en el artículo 5 de la Directiva (*Kiss y CBI Bank*). En caso de duda, debe prevalecer la interpretación más favorable para el consumidor conforme a este último precepto.
- 1.6 El proceso para determinar si la cláusula controvertida supera el control de transparencia es previo e independiente al proceso para establecer si la cláusula tiene naturaleza abusiva o no la tiene. La transparencia de una cláusula contractual que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13 es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, cuya apreciación corresponde al juez nacional. Cabe considerar, por tanto, que el TJUE no equipara cláusula no transparente con cláusula abusiva, debiendo la cláusula no transparente someterse a la prueba de abusividad, sin perjuicio de que el legislador nacional haya podido elevar la protección al consumidor prevista por la Directiva 93/13 mediante la incorporación de una disposición que otorgue la abusividad directa a la cláusula no transparente como podría ser interpretado el nuevo párrafo segundo del artículo 83 LGDCU. Por tanto, en nuestro ordenamiento interno, a resultas de la incorporación del nuevo párrafo segundo del artículo 83 LGDCU, a mi juicio, habrá que diferenciar entre contratos celebrados antes del 16 de junio de 2019 y aquellos suscritos a partir de dicho día –fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que incorpora dicha modificación–, de forma que en este segundo grupo sí debería entenderse que la falta de transparencia conlleva automáticamente la nulidad de la cláusula.
- 1.7 Reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las

⁴³ As. C-126/17, auto del TJUE de 22 de febrero de 2018, *ERSTE Bank Hungary (contra Orsolya Czakó)*.

condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (*Andriciu*).

- 1.8 La falta de información antes de la celebración del contrato no se puede compensar con el hecho de que los consumidores sean informados durante la ejecución del contrato de la modificación del coste con una antelación razonable y de su derecho a rescindir el contrato si no desean aceptar la modificación (*RWE Vertrieb*⁴⁴).
- 1.9 El concepto de cláusula sorpresiva podría ayudar a evaluar la transparencia material de la cláusula. A nuestro juicio, si la cláusula controvertida pudiera calificarse como cláusula sorpresiva o inesperada, ello debería conllevar la necesidad de un plus de información precontractual al consumidor por parte del profesional y una elevación del rigor de la exigencia de transparencia, dado que las limitaciones impuestas en la cláusula desvirtuarían de alguna forma la efectividad del bien o servicio contratado. En caso de no superar el control de transparencia, en el marco del control de abusividad, la naturaleza sorpresiva de la cláusula sería otro elemento más a tener en cuenta como la propia falta de transparencia.
- 1.10 El juez nacional, a la vista de todos los hechos pertinentes –tales como la publicidad y la información facilitada por el profesional en el marco de la negociación del contrato–, así como, con carácter más general, a la luz del entramado contractual en su conjunto, debe determinar si el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se encuentra en condiciones de valorar las consecuencias económicas de la cláusula o cláusulas en cuestión.
- 1.11 La redacción clara y comprensible de una cláusula requiere no únicamente que resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.
- 1.12 Ha de tenerse en cuenta la circunstancia de que el contrato en el que se contenga la cláusula o cláusulas en cuestión se incardine en un entramado contractual más amplio y ligado a otros contratos porque

⁴⁴ As. C-92/11. STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*.

en tal caso no puede exigirse al consumidor la misma atención que si se hubiese celebrado ese contrato de manera diferenciada o autónoma (Van Hove). *Esa disminución de la capacidad de atención del consumidor* quizá no se ha tenido en cuenta suficientemente por nuestros jueces.

- 1.13 La premisa relativa a que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las consecuencias económicas de la cláusula controvertida es completada por el TJUE mediante la referencia al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que sería el arquetipo que debe utilizar el juez nacional en su evaluación.

2. En particular:

- 2.1 Para apreciar si una cláusula contractual tipo –que prevé que el profesional se reserva el derecho a modificar un determinado coste– obedece o no a las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que imponen los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, reviste una importancia esencial determinar, entre otros extremos, si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y modo de variación del coste, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles las eventuales modificaciones de ese coste, correspondiendo al tribunal remitente efectuar dicha apreciación (*RWE Vertrieb*).
- 2.2 El TJUE se pronuncia claramente –sin permitir que el juez nacional desempeñe esa función– declarando que el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual incluida *en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera* propiamente dicho (la divisa extranjera es moneda de cuenta y moneda de pago) que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato (*Andriiciuc*). Por el contrario, en los préstamos denominados en moneda extranjera y reembolsables en moneda nacional (moneda de cuenta es la divisa extranjera y moneda de pago es la moneda nacional), el juez nacional será el que determine si la cláusula que lo prevé forma parte del objeto principal del contrato, en el supuesto de que dicha cláusula determine un elemento esencial que caracterice el contrato.

- 2.3 La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podrían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que solo se manifieste mientras se ejecuta el contrato (*Andriuciuc*).
- 2.4 Incumbe al órgano jurisdiccional nacional evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, *en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera*, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 (*Lupean y Lupean*⁴⁵).
- 2.5 La redacción clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales precisen todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes. Por tanto, el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de esos servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la «comisión» o los «gastos de apertura». No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto, debiendo, además, el consumidor poder comprobar que no hay solapamiento entre los diferentes gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen (*Profi Credit Polska –contra QJ–*). A nuestro modo de ver, es criticable la postura del TJUE, puesto que no alcanzamos a comprender cómo va a poder comprobar el consumidor que no existe solapamiento si las cláusulas contractuales que establecen determinadas comisiones no especifican los servicios que se proporcionan, aunque sea de forma genérica. En cualquier caso, para evitar problemas de la naturaleza de los analizados en esa resolución y en otras de temáticas similares (por ejemplo, *Kiss* y *CIB Bank*), en nuestra opinión, el legislador español debería disponer

⁴⁵ As. C-119/17. Auto del TJUE de 22 de febrero de 2018, *Lupean y Lupean*.

que las cláusulas impuestas por el profesional en las que se carga al consumidor con gastos adicionales al coste de la prestación principal han de especificar los servicios que comprenden dicho cargo, de forma que el consumidor pueda comprobar que no se han solapado los diferentes gastos o los servicios cubiertos por estos costes.

- 2.6 Las cláusulas de un contrato de crédito al consumo que ponen a cargo del consumidor gastos distintos del reembolso del principal y de los intereses del préstamo no están comprendidas en la excepción prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 cuando esas cláusulas no especifican ni la naturaleza de esos gastos ni los servicios que pretenden retribuir y están formuladas de tal modo que crean confusión en el consumidor en cuanto a sus obligaciones y a las consecuencias económicas de esas cláusulas, extremo este que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente (*Profi Credit Polska SA y QJ y otros*).
- 2.7 El prestatario debe estar claramente informado de que, al celebrar un contrato de préstamo denominado en una moneda extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir, desde un punto de vista económico, en caso de depreciación de la moneda en la que percibe sus ingresos (*ERSTE Bank Hungary –contra EP y otros–*⁴⁶).
- 2.8 El profesional no puede satisfacer el requisito de transparencia proporcionando al consumidor únicamente informaciones objetivas y abstractas, que no tienen en cuenta el contexto económico actual y previsible que puede incidir en las variaciones de los tipos de cambio, sino que tiene que advertir del contexto económico que puede repercutir en dichas variaciones a fin de que pueda comprender las consecuencias potencialmente gravosas sobre su situación financiera que pueden derivarse de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera (*BNP Paribas Personal Finance –contra AN, CN–*⁴⁷).
- 2.9 La ausencia, en su caso, de buena fe por parte del profesional no puede bastar por sí sola a los efectos de establecer la existencia de un desequilibrio significativo entre las partes del contrato y, por

⁴⁶ As. C-670/20. Auto del TJUE de 6 de diciembre de 2021, *ERSTE Bank Hungary (contra EP y otros)*.

⁴⁷ As. C-82/20. Auto del TJUE de 24 de marzo de 2022, *BNP Paribas Personal Finance (contra AN, CN)*.

tanto, la abusividad de una cláusula contractual (*BNP Paribas Personal Finance –contra AN, CN–*). Ello se entiende sin perjuicio de que una legislación nacional pueda elevar la protección de la Directiva 93/13, al prever la calificación como abusiva de una cláusula, bien por producirse un desequilibrio importante, bien por ser contraria a la exigencia de la buena fe, tal y como sucede con la legislación eslovena (*Nova Kreditna Banka Maribor*).

- 2.10 Las declaraciones genéricas de un consumidor haciendo constar que es plenamente consciente de los riesgos potenciales derivados de la celebración de un contrato de préstamo no son suficientes, ya que no pueden, en sí mismas, ser relevantes para apreciar si el profesional ha cumplido la exigencia de transparencia (*ERSTE Bank Hungary –y EP y otros–*). Lo trascendental para que se cumpla con la exigencia de transparencia es que el profesional le explique esos riesgos de manera detallada y específica y ello sea comprendido por el consumidor. Ello desvirtúa el hábito, cada vez más extendido por parte de las entidades bancarias, de hacer que el consumidor escriba de su puño y letra y firme un texto redactado por la entidad bancaria en el que el consumidor realiza determinadas declaraciones y se atribuye la comprensión de ciertos extremos. Son textos impuestos por la entidad bancaria que han de ser firmados por el consumidor si desea hacer la operación. La firma de ese documento manuscrito por el consumidor no puede constituir una «patente de corso» que permita al profesional dejar de cumplir con su obligación de explicar al consumidor el contenido y alcance económico de la cláusula que suscribe, de forma que este lo comprenda de manera cabal.
- 2.11 La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial puede constituir un elemento, entre otros, en el que el juez nacional puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no determinando automáticamente y por sí misma dicha circunstancia el incumplimiento de la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, aspecto que debe examinarse en función de todas las circunstancias propias del caso concreto (*BNP Paribas Personal Finance –contra ZD–*⁴⁸).

⁴⁸ As. C-288/20. Auto del TJUE de 24 de marzo de 2022, *BNP Paribas Personal Finance (contra ZD)*.

- 2.12 Recae en el profesional la carga de la prueba de acreditar ante el juez el correcto cumplimiento de sus obligaciones precontractuales y contractuales relacionadas con la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales.
- 2.13 Todas las premisas del TJUE sobre la transparencia han de aplicarse a cualquier sector de negocio, entre otros, al seguro, aunque exista un régimen jurídico especial aplicable a determinados contratos (*Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA* ⁴⁹).

12.3 ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13

A diferencia de lo que sucede con otros instrumentos comunitarios, la Directiva 93/13 no prevé en su articulado un apartado destinado a delimitar su ámbito material, por lo que nos vamos a servir de sus considerandos décimo, decimosegundo y decimotercero, así como de sus artículos 1 y 3 para determinar el ámbito material de aplicación de la Directiva 93/13, concluyendo que está constituido por todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor (art. 1.1 y considerando décimo), con exclusión de las cláusulas que hayan sido negociadas individualmente (arts. 3.1 y 3.2, así como considerando decimosegundo) y de las que reflejen normas imperativas o supletorias o disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte (art. 1.2 complementado –o, más bien, ampliado– por el considerando decimotercero).

Partiendo del escenario representado por todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, para delimitar el ámbito de aplicación material, habremos de realizar dos acotaciones.

12.3.1 Exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 de las cláusulas negociadas individualmente

La primera acotación consiste en excluir las cláusulas negociadas individualmente, ya que el considerando decimosegundo indica que «las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual».

⁴⁹ As. C-263/22. STJUE de 20 de abril de 2023, *Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida, S.A.*

No obstante, hemos de señalar que en *Banca Transilvania*⁵⁰ el TJUE ha declarado que «con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, la falta de negociación individual es un requisito relativo a la apertura del control del carácter abusivo de una cláusula»⁵¹ que no puede tener lugar cuando la cláusula contractual no esté comprendida en su ámbito de aplicación» (apdo. 36). Esta declaración ha sido reiterada en *Trapeza Peiraios*⁵² (apdo. 34). Consideramos que en dichas sentencias el TJUE comete un error al entender que la falta de negociación individual es un requisito relativo a la apertura del control del carácter abusivo de una cláusula. Basamos nuestra postura en el hecho de que el considerando decimosegundo señala con toda claridad: «que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual»⁵³. Es decir, meridianamente, el legislador comunitario está delimitando el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 a las cláusulas contractuales que no han sido objeto de negociación individual. En el mismo sentido hay que señalar que en la Comunicación de la Comisión Europea titulada «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores» (2019/C 323/04), publicada en el DOUE el 27 de septiembre de 2019, se recoge dentro del apartado «1.2. El ámbito de aplicación de la Directiva 93/13», el subapartado «1.2.2. Cláusulas contractuales no negociadas individualmente (artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/13)». Dicho subapartado es iniciado por la Comisión señalando: «Según el artículo 2, letra a), leído en relación con el artículo 3, apartado 1, solo las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente están sujetas a la Directiva 93/13». Por tanto, en ese trascendental documento publicado en 2019 la Comisión concibe la exigencia de que no haya sido negociada individualmente como requisito para que la cláusula entre dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 91/13 y no como requisito para que la cláusula sea susceptible del juicio de abusividad.

⁵⁰ As. C-81/19. STJUE de 9 de julio de 2020, *Banco Transilvania*.

⁵¹ Subrayado es nuestro.

⁵² As. C-243/20. STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Trapeza Peiraios*.

⁵³ Las versiones francesa e inglesa del considerando decimosegundo de la Directiva 93/13 son incluso más claras. Así, la versión francesa reza como sigue: «[...] que, notamment, seules les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle font l'objet de la présente directive [...]» (subrayado es nuestro). Una traducción literal sería: «Que, en particular, únicamente las cláusulas contractuales que no han sido objeto de una negociación individual son objeto de la presente Directiva». La versión inglesa dispone lo siguiente: «[...] whereas, in particular, only contractual terms which have not been individually negotiated are covered by this Directive [...]». Su traducción literal sería: «Que, en particular, únicamente las cláusulas contractuales que no han sido negociadas individualmente están cubiertas por esa Directiva».

El TJUE ha analizado en pocas ocasiones el concepto de cláusula no negociada individualmente y cuando lo ha hecho, prácticamente, se ha limitado a reproducir lo que establece el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 en sus párrafos primero a tercero. Cláusula no negociada individualmente es aquella que ha sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido, teniendo en cuenta que el hecho de que una parte de una cláusula o, incluso, una determinada cláusula haya sido negociada individualmente no impide que los restantes elementos de esa cláusula o las restantes cláusulas de ese contrato se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 cuando la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión y teniendo también en consideración que la carga de la prueba a fin de demostrar que una cláusula ha sido negociada individualmente recae sobre el profesional. Por ello, en caso de ser alegada por el profesional la naturaleza negociada de la cláusula controvertida, será vital la valoración que efectúe el juez nacional sobre las comunicaciones precontractuales efectuadas entre las partes. El Tribunal de Justicia no se ha mostrado preciso en alguna ocasión a la hora de conceptuar lo que es una cláusula no negociada individualmente al definirla como aquella que está redactada con vistas a una utilización generalizada (*Ibercaja Banco*⁵⁴), puesto que del contenido del apartado primero del artículo 3.2 de la Directiva 93/13 se deduce que comprende tanto la denominada cláusula tipo o condición general –destinada a una utilización generalizada– como la cláusula contenida en un contrato de adhesión particular, cuando no existe negociación individual.

12.3.2 Exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 de las cláusulas que reflejen normas imperativas o supletorias o disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte

La segunda acotación del ámbito material de aplicación de la Directiva 93/13 a la que hemos hecho referencia –cláusulas que reflejen normas imperativas o supletorias o disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte– genera importantes problemas a la hora de su aplicación y ha sido analizada profusamente en sus resoluciones por parte del Tribunal de Justicia. Aquí partimos de una situación anómala, difícilmente explicable. La Directiva 93/13 en su artículo 1.2

⁵⁴ As. C-452/18. STJUE de 9 de julio de 2020, *Ibercaja Banco*.

únicamente se refiere a las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. Sin embargo, el considerando decimotercero de la Directiva textualmente declara que «la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo». Como es sabido, un «considerando» razona el contenido de la parte dispositiva del acto, pero no debería modificar el contenido del articulado del acto. También es sabido que las normas imperativas constituyen una categoría de normas diferenciadas y diametralmente opuestas a las normas dispositivas o supletorias, dado que las primeras se imponen necesariamente, estando por encima de la autonomía de los sujetos y no pueden ser eliminadas o alteradas por estos, mientras que las normas dispositivas o supletorias se aplican en los casos en que las partes no hayan previsto otra cosa, de forma que los sujetos pueden disponer que se aplique la norma o no, tratándose de Derecho voluntario. Pues bien, lo que hace el legislador comunitario en la Directiva 93/13 es algo tan irregular como incluir dentro de la categoría de normas imperativas a las supletorias o dispositivas a los efectos del artículo 1.2 y hacerlo a través de un considerando de la Directiva y no a través del propio artículo 1.2. Frente a esta situación el TJUE no ha tenido más remedio que refrendarla y considerar que, con arreglo al artículo 1.2, interpretado en conexión con el considerando decimotercero, quedan fuera del ámbito de la Directiva 93/13 las cláusulas que reflejen disposiciones imperativas o supletorias de los Estados miembros, entendiendo que tanto unas como otras han sido promulgadas teniendo en cuenta el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes por lo que una cláusula que refleje esa disposición no puede ser abusiva. Cuestión esta, desde nuestro punto de vista, bastante discutible, pero que hasta el momento constituye la postura asumida por el Tribunal de Justicia. Quizás en un futuro próximo, cuando se enfrente a supuestos en los que resulte constatado de forma palmaria que el legislador nacional no tuvo en cuenta ese equilibrio a la hora de aprobar la norma y que la cláusula que refleja la disposición produce un grave desequilibrio entre las partes en contra de la buena fe, cabe la posibilidad de que el Tribunal de Justicia flexibilice su posición actual. Si ello no sucede, debería ser el legislador nacional, en nuestra opinión, quien solventase la situación actual, mediante una modificación normativa que incluyese dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, al menos, a las cláusulas que reflejen las disposiciones supletorias, aunque sigan fuera de su ámbito de aplicación las cláusulas que reflejen normas imperativas, ya que, por la trascendencia de estas, se entiende que el legislador ha sopesado con

mayor profundidad los efectos sobre el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que su aplicación conlleva. Otro interrogante que puede plantear el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 es el alcance del término «reflejar» («manifestar, hacer patente o dejar ver algo», según el diccionario de la RAE), de forma que cuando la cláusula controvertida no reproduzca literalmente la disposición imperativa o supletoria, el juez nacional habrá de evaluar si existe o no ese «reflejo» de la norma en la cláusula y si tiene dudas sobre el alcance del término «reflejar» previsto por el artículo 1.2 en el marco de las circunstancias concurrentes en el litigio principal, tendrá que plantear cuestión prejudicial sobre ese problema para que el TJUE se pronuncie al respecto, facilitando al juez nacional las indicaciones correspondientes y siendo competencia del juez nacional, en función de las circunstancias del pleito principal, decidir sobre si la cláusula controvertida refleja o no una disposición imperativa o supletoria, y, por tanto, queda fuera o no del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. El juez nacional habrá de calibrar con precisión la existencia o no de «reflejo» y debería tener en cuenta, a nuestro modo de ver, la interpretación estricta que el propio TJUE sostiene del artículo 1.2, justificada por el hecho de que representa una excepción a la aplicación de la Directiva 93/13. El recurso a la remisión prejudicial será particularmente útil en aquellos supuestos en los que el juez nacional perciba que la disposición no responde a ese equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Es más, desde nuestro punto de vista, dándose esta última circunstancia, sea cual sea el grado de reflejo de la norma en la cláusula controvertida, el juez nacional podría plantear la cuestión prejudicial como último remedio antes de dejar de aplicar la Directiva 93/13 a una cláusula que refleje una disposición que no respete el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, tratando así que el TJUE flexibilice su postura, sin perjuicio de lo complicado que parece que esto suceda después de lo declarado por el TJUE en *NSV* y *NM*⁵⁵ (conclusión sexta).

A continuación, enumeramos un conjunto de conclusiones que nos ayudarían a comprender el alcance de la exclusión del ámbito material de aplicación de la Directiva 93/13 prevista por su artículo 1.2.

Primera: Cuando se le cuestiona al TJUE por la posible incompatibilidad con la Directiva 93/13 de una norma nacional y no se le presenta una cláusula contractual que modifica el alcance o el ámbito de aplicación de esa disposición, entonces la clave estriba en que la disposición afecte al control

⁵⁵ As. C-87/21. Auto del TJUE de 14 de octubre de 2021, *NSV* y *NM*.

judicial de las cláusulas abusivas, entre otros aspectos, a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual (como ejemplos, *Banco Español de Crédito*⁵⁶ y *Aziz*⁵⁷). Si ello tampoco ocurre, el asunto estaría, en principio, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y el TJUE se apoya, entre otros fundamentos, en el artículo 1.2 de la misma para basar su decisión. Responde a esa situación resoluciones del TJUE en relación con los artículos 570, 579 y 671 de la LEC (asunto *Barclays Bank*⁵⁸), así como con el artículo 1535 Código Civil (asunto *Banco Popular y PL Salvador*⁵⁹). Lo afirmado anteriormente tiene un carácter genérico, siguiendo las indicaciones del propio Tribunal de Justicia, por cuanto que la casuística abordada por el TJUE es tan amplia que vamos encontrando excepciones justificadas. Así, por ejemplo, en los asuntos en los que el TJUE debate sobre la compatibilidad o no con la Directiva 93/13 de una disposición nacional referida a las costas procesales con las que el consumidor debe o no cargar (entre otros, *Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U.*⁶⁰), no estaríamos debatiendo sobre la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, sino sobre obstáculos procesales que pueden disuadir al consumidor de ejercer su derecho a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales.

Segunda: A nuestro modo de ver, una interpretación precisa del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 llevaría a dejar al margen de este precepto todas las situaciones en las que no se piden criterios de interpretación relativos a cláusulas abusivas, de forma que la eventual exclusión de dichas situaciones del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 no vendría ocasionada por la aplicación del artículo 1.2, sino directamente por el hecho de que la Directiva tiene como propósito aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (art. 1.1 de la Directiva 93/13). No obstante, el resultado final es el mismo, ya se ampare el TJUE en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 o ya declare directamente que la situación controvertida se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

⁵⁶ As. C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*.

⁵⁷ As. C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.

⁵⁸ As. C-280/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank*.

⁵⁹ As. C-7/16. Auto del TJUE de 5 de julio de 2016, *Banco Popular y PL Salvador*.

⁶⁰ As. C-215/21. STJUE de 22 de septiembre de 2022, *Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U.*

Tercera: La exclusión del régimen de la Directiva 93/13 prevista por el artículo 1.2 de esta se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador europeo ha decidido expresamente preservar (*Banco Popular Español y PL Salvador*).

Cuarta: La exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 prevista en su artículo 1.2 es de interpretación estricta y su aplicación requiere que concurran dos requisitos, por un lado, la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y, por otro, esta disposición debe ser imperativa, incluyendo también esta expresión, según el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, las normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo, es decir, las normas dispositivas o supletorias (*Banca Transilvania*⁶¹).

Quinta: La circunstancia de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos no constituye un requisito para la aplicación de la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, sino la justificación de tal exclusión. El análisis del carácter abusivo de una cláusula de un contrato, inclusive la apreciación del posible incumplimiento, por parte del profesional afectado, de su obligación de información y transparencia, como resulta de los artículos 4 y 5 de la Directiva 93/13, o el examen de la cuestión de si se ha cumplido la exigencia de buena fe, en el sentido del artículo 3 de dicha Directiva, únicamente puede intervenir en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional haya establecido, de antemano, que dicha cláusula está comprendida efectivamente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (*NSV y NM*).

Sexta: Queda fuera del ámbito de la Directiva 93/13 aquella cláusula de un contrato que refleje una disposición supletoria nacional, incluso si concurren cumulativamente las siguientes circunstancias: que esta disposición no haya sido objeto de evaluación por parte del legislador nacional para conocer si se ha establecido un equilibrio entre los intereses del profesional y del consumidor; que el profesional haya insertado la cláusula sin cumplir con su obligación de información y transparencia; y que existan indicios de que al incluir la cláusula el profesional ha actuado de mala fe, conociendo que la aplicación de la cláusula creaba un desequilibrio significativo entre profesional y consumidor en perjuicio de este (*NSV y NM*).

⁶¹ As. C-81/19. STJUE de 9 de julio de 2020, *Banco Transilvania*.

Séptima: El hecho de que una disposición nacional establezca una determinada limitación y que una cláusula contractual respete esa limitación no conlleva en ningún caso que por ese motivo la cláusula controvertida vaya a estar excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, ya que, entre otras razones, respetar esa limitación no impide que esa cláusula pueda ser abusiva por producir desequilibrio importante en cualquier otro aspecto. Ello sucede, por ejemplo, cuando la disposición nacional establece un máximo en cuanto al coste del crédito no correspondiente a intereses y la cláusula contractual controvertida puede ser abusiva, aunque respete ese coste máximo legal (*Mikrokasa y Revenue*⁶², así como *Profi Credit Polska y QJ y otros*⁶³). La clave reside en que la cláusula no refleja la disposición, sino que únicamente la respeta.

Octava: Cuando un tribunal conoce de un litigio en el que el consumidor está alegando la eventual naturaleza abusiva de una cláusula contractual, el órgano judicial, primeramente, debe dilucidar si el litigio entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, y, en particular, si resulta de aplicación la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13, sin perjuicio de que también debe comprobar que se trata de una cláusula no negociada individualmente en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. Si la cláusula controvertida refleja una disposición de Derecho nacional calificada de supletoria por el órgano remitente no está sujeta a las disposiciones de la Directiva 93/13 y no cabe ningún pronunciamiento sobre la exigencia de transparencia. Una vez alcanzada la conclusión de que la cláusula entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 es cuando puede llevar a cabo el análisis correspondiente al artículo 4.2 (*Credit Europe Ipotecar IFN y Credit Europe Bank*⁶⁴), así como el relativo al artículo 3.1 de la Directiva 93/13, entre otros.

Novena: La exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 no se aplica a cláusulas de un contrato diferente a los previstos específicamente en el régimen normativo de que se trate, de forma que para que opere la exclusión no basta que las cláusulas controvertidas reproduzcan una norma prevista en la legislación nacional, sino que es necesario que esa legislación resulte de aplicación a la categoría específica de contratos a la que pertenece el clausulado controvertido (*RWE Vertrieb*).

⁶² As. C-779/18. STJUE de 26 de marzo de 2020, *Mikrokasa y Revenue*.

⁶³ Asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19. STJUE de 3 de septiembre de 2020, *Profi Credit Polska y QJ y otros*.

⁶⁴ As. C-364/19. Auto del TJUE de 14 de abril de 2021, *Credit Europe Ipotecar IFN y Credit Europe Bank*.

Décima: Frente a otros supuestos que generan importantes dudas, un ejemplo arquetípico que explica la aplicación de la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 sería el analizado en *Woonhaven Antwerpen*⁶⁵. En ese asunto las condiciones contenidas en el contrato entre inquilino y sociedad de alquiler social son determinadas por el contrato-tipo que figura como anexo a la Decisión Marco de alquiler social. Por tanto, no puede plantearse si una cláusula que prevé una indemnización en favor del profesional es abusiva o no porque esa cláusula refleja la contenida en el contrato tipo de alquiler social que figura como anexo a la Decisión Marco. Por aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 esa cláusula y las restantes del contrato que reflejan una disposición imperativa (el contrato tipo publicado por el legislador belga) están fueran del ámbito de la aplicación de la Directiva 93/13.

Decimoprimera: La formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión (así, por ejemplo, la versión lingüística rumana o la griega del artículo 1.2 de la Directiva 93/13) no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición, ni se le puede reconocer carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas. Las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme, a la luz de las versiones en todas las lenguas de la Unión. En caso de divergencia entre las diversas versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión, la disposición de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra (*Banca Transilvania* y *Trapeza Peiraios*⁶⁶). Por tanto, debemos comparar las distintas versiones lingüísticas y si en una concreta hay una divergencia, deberíamos acudir al contenido uniforme de las otras versiones. En el supuesto más complejo y excepcional de que los contenidos son diversos en diferentes versiones, entonces debemos interpretar ese instrumento en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en cuestión. A nuestro juicio, la premisa de comparar las diferentes versiones lingüísticas también es de utilidad cuando estamos analizando una sentencia del TJUE y no terminamos de entender el significado de la versión en español. En muchas ocasiones, esos problemas de comprensión se derivan de una defectuosa traducción al español, pudiendo solventarse acudiendo a las versiones francesa e inglesa, por ejemplo, para comprobar qué es lo que quiere decir el Tribunal de Justicia. En caso de divergencias entre estas versiones, también deberemos averiguar el contenido uniforme de las otras versiones

⁶⁵ As. C-446/17. Auto del TJUE de 7 de diciembre de 2017, *Woonhaven Antwerpen*.

⁶⁶ As. C-243/20. STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Trapeza Peiraios*.

hasta poder descifrar qué es lo que quería decir el TJUE. Si el problema se presenta con las conclusiones del Abogado General entendemos que lo más conveniente sería consultar la versión en la lengua original en la que el Abogado General ha presentado sus conclusiones.

Decimosegunda: Para comprobar si la cláusula de que se trata está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 93/1, el juez nacional ha de tomar en consideración un conjunto de criterios definidos por el Tribunal de Justicia: la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de los contratos de préstamo de que se trata, así como el contexto jurídico y fáctico en el que se inscriben, teniendo en cuenta que, en vista del objetivo de protección de los consumidores perseguido por dicha Directiva, la excepción establecida en su artículo 1.2 es de interpretación estricta (*Trapeza Peiraios*).

Decimotercera: El artículo 1.2 de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de aplicación de la Directiva una categoría de cláusulas contractuales mientras que el artículo 4.2 no define el ámbito de aplicación, sino que excluye de la apreciación del carácter abusivo otras categorías de cláusulas contractuales que sí están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (*Trapeza Peiraios*).

Decimocuarta: El artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas contempladas en dicho artículo 1.2 están excluidas del ámbito de aplicación de esta Directiva, aun cuando la citada disposición no haya sido transpuesta de manera formal al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. Ello es declarado por el TJUE con respecto al ordenamiento griego en *Trapeza Peiraios*, pero sería de aplicación al ordenamiento español si se plantease que el artículo 4.2 de la LCGC no ha transpuesto la exclusión de las cláusulas que reflejen normas supletorias. Es decir, incluso no habiendo sido transpuesto el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva las cláusulas a las que se refiere dicho artículo 1.2 de la Directiva 93/13.

Decimoquinta: En caso de que un legislador nacional quisiera elevar la protección de los consumidores ampliando el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, de forma que también entren dentro de su ámbito de aplicación las cláusulas que reflejan disposiciones imperativas o supletorias sería necesario que el Estado miembro concernido promulgase una norma que así lo dispusiera expresamente en base al artículo 169.4 del TFUE, debiendo ser dicha norma compatible con los Tratados. Esta elevación del nivel de protección de los consumidores no se basaría en el artículo 8 de la Directiva ni en su considerando decimosegundo porque las cláusulas que reflejan disposiciones

imperativas o supletorias están fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En cambio, si el legislador nacional considerase la posibilidad de someter al juicio de abusividad a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y a las que se refieren a la adecuación entre precio y bienes o servicios entregados en contraprestación, entonces sí se basaría en el artículo 8 de la Directiva 93/13, junto con el artículo 169.4 del TFUE.

Decimosexta: A pesar de que el artículo 8 de la Directiva 93/13 no resulta de aplicación a las cláusulas contempladas en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, ya que estas no están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, el artículo 8 no se opone a la adopción o al mantenimiento de disposiciones de Derecho interno que tengan como efecto aplicar la Directiva 93/13 a cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas o supletorias del Derecho nacional, porque los Estados miembros pueden aplicar disposiciones de la Directiva a situaciones no incluidas en su ámbito de aplicación, siempre que ello sea compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13 y con los Tratados (*Trapeza Peiraios*).

Decimoséptima: Cuando el TJUE manifiesta que la exclusión del artículo 1.2 abarca las disposiciones legales o reglamentarias imperativas distintas de las que se refieren al control judicial de las cláusulas abusivas, especialmente las relativas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual (apdo. 33 de *Prima banka Slovensko*⁶⁷), no parece que el Tribunal de Justicia esté expresándose con la debida precisión, ya que, desde nuestro punto de vista, la exclusión del artículo 1.2 se refiere a cláusulas y no a disposiciones. Ello sin perjuicio de que en un supuesto hipotético puede suceder que la cláusula controvertida refleje una disposición legal o reglamentaria relativa al control judicial de cláusulas abusivas. En tal supuesto, la cláusula como tal quedaría fuera de la aplicación de la Directiva 93/13, si bien en el caso de que el juez nacional considerase que esa disposición nacional no respeta el equilibrio de intereses entre los derechos y obligaciones de las partes, a nuestro juicio, debería plantear cuestión prejudicial al respecto. Pensamos que en ese hipotético caso en el que se atacaría la norma nacional por limitar las facultades del juez nacional para controlar la naturaleza abusiva de una cláusula, el TJUE podría considerar esa norma incompatible con la Directiva 93/13 y, por tanto, inaplicable, lo que conllevaría que la cláusula sí quedaría cubierta bajo la protección de la Directiva 93/13 y, eventualmente, podría ser declarada abusiva.

⁶⁷ As. C-192/20. STJUE de 10 de junio de 2021, *Prima banka Slovensko*.

12.4 CLÁUSULAS CONTROVERTIDAS PLANTEADAS MAYORITARIAMENTE POR LA JUSTICIA ESPAÑOLA

En el capítulo correspondiente del presente trabajo hemos llevado a cabo el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída en la interpretación de la Directiva 93/13 en relación con cinco categorías de cláusulas definidas así por la temática que abordan. Las cláusulas examinadas específicamente son las referidas a intereses moratorios, vencimiento anticipado, suelo, IRPH y comisión de apertura. Todas se refieren a contratos de préstamo y los tribunales que han formulado las cuestiones prejudiciales han sido todos españoles, salvo en un supuesto reciente sobre la cláusula de vencimiento anticipado planteado por el Tribunal de Casación francés (*Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest*⁶⁸). En conexión con la cláusula suelo también se han estudiado las resoluciones que han abordado los acuerdos novatorios celebrados a resultas de ella. Se trata de cláusulas que han tenido una importancia capital en nuestro país y en relación con las cuales se ha desarrollado un prolífico «diálogo entre tribunales», iniciado fundamentalmente por juzgados de instancia en desacuerdo con la postura del Tribunal Supremo, continuado por el propio Alto Tribunal ávido de conocer si su jurisprudencia al respecto era confirmada por el Tribunal de Luxemburgo, aprovechando estas cuestiones prejudiciales para presentar un planteamiento acorde con su postura. Incluso, este diálogo ha tenido capítulos de «ida y vuelta» en los que el Tribunal Supremo, insatisfecho con la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a tribunales inferiores en relación con alguna cuestión, ha vuelto a plantearla con base en la justificación de que el órgano jurisdiccional remitente anterior no ha expuesto correctamente la situación a nivel nacional. A diferencia de otros temas analizados en el presente trabajo que siguen presentando interrogantes sobre las cuales el Tribunal de Justicia continúa trabajando, los que tratamos a continuación están aparentemente cerrados, si bien en los casos de la cláusula IRPH y la comisión de apertura una parte significativa de los operadores jurídicos siguen mostrando su disconformidad con la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo a partir de las indicaciones facilitadas por el Tribunal de Justicia, existiendo cuestiones prejudiciales pendientes y la posibilidad de formulación de nuevas cuestiones, en particular, con respecto a la cláusula IRPH, por lo que no se puede descartar un futuro cambio de posición del

⁶⁸ As. C-600/21. STJUE de 8 de diciembre de 2022, *Caisse régionale de Crédito mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest*.

Tribunal Supremo, en especial en relación a esta última, con base en los criterios que facilite el TJUE. A continuación, procedemos a sintetizar las conclusiones alcanzadas a través de nuestro análisis de la jurisprudencia del TJUE sobre cada una de esas categorías de cláusulas.

12.4.1 La cláusula de intereses moratorios

Primera: Según el TJUE, el recálculo previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 (en relación con el tercer párrafo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria) relativo a la limitación de los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero no es contrario al Derecho de la Unión, siempre que la aplicación de esa disposición no impida que el juez nacional lleve a cabo la apreciación sobre la abusividad de una cláusula y, en su caso, la exclusión de la misma, cuando sea abusiva.

Segunda: A mi modo de ver, hubiera sido más adecuada una postura más estricta por parte del TJUE, ya que la disposición controvertida fue interpretada por muchos órganos jurisdiccionales españoles como un mandato de adopción de una medida moderadora, vedado por la Directiva 93/13. Además, el TJUE ha incurrido en algunas imprecisiones al respecto. Así, entre otras, en la sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*⁶⁹ afirmó que el ámbito de aplicación de la disposición comprendía «cualquier contrato de préstamo hipotecario», no coincidente, a criterio del TJUE, con el de la Directiva 93/13, cuando es lo cierto que el ámbito de aplicación de la disposición controvertida era el de «contratos de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual» que, a nuestro juicio, entra sustancialmente dentro del ámbito de la Directiva 93/13. Los problemas generados por dicha disposición no hubieran existido si el legislador español hubiera efectuado una simple precisión al final del párrafo tercero de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 del estilo de «sin perjuicio de la obligación del juez de la exclusión de la cláusula de intereses moratorios cuando aprecie su carácter abusivo en contratos de consumidores».

Tercera: Partiendo de las dos afirmaciones del TJUE contenidas en el apartado 39 del auto *Ibercaja Banco –contra José Cortés González*⁷⁰– (que al no incrementarse con los intereses de demora los importes serán necesariamente

⁶⁹ Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. STJUE de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*.

⁷⁰ Asunto C-613/15. Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016, *Ibercaja Banco contra José Cortés González*.

menores y que interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado), el órgano remitente podría perfectamente haber eliminado los intereses de demora –sin que tuvieran que sustituirse por intereses ordinarios o remuneratorios–, así como haber decretado el archivo del procedimiento de ejecución al considerar que no se ha declarado válidamente el vencimiento anticipado del préstamo. No obstante, el propio TJUE condiciona ambas afirmaciones a las comprobaciones que efectúe el órgano jurisdiccional remitente.

Cuarta: Ante las diferentes interpretaciones que de la jurisprudencia del TJUE podían realizarse por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, el propio Tribunal Supremo, inteligentemente, optó por formular cuestión prejudicial sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios haciendo un planteamiento acorde con su posicionamiento sobre el problema (auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017, recurso núm. 2825/2014, ES: TS:2017:785A), dando lugar a la sentencia *Banco Santander y Escobedo Cortés*⁷¹.

En *Banco Santander y Escobedo Cortés* el TJUE confirmó que el Tribunal Supremo español se atuvo a las exigencias establecidas por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo cuando llegó a la conclusión de que procedía declarar abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos celebrados con consumidores relativas a los intereses de demora cuando se fije un interés de demora superior a los dos puntos porcentuales de incremento sobre el interés remuneratorio. En la misma sentencia constató el TJUE que es compatible con la Directiva 93/13 la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que establece que el efecto de la consideración como abusiva de la cláusula que fija el interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

Quinta: No obstante, desde nuestro punto de vista, esa declaración fue contradictoria con su «doctrina de la no integración» y la aplicación de esta debería haber llevado al TJUE a declarar la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de esa solución dada por el Alto Tribunal español. A nuestro modo de ver, el TJUE podía haber establecido que la declaración de la naturaleza abusiva de una cláusula de interés moratorio conlleva su eliminación y esta tendría como efecto que durante la etapa en la que el préstamo se encuentre en mora no se devengue interés moratorio ni tampoco interés

⁷¹ Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17. STJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander y Escobedo Cortés*.

remuneratorio. Basamos dicha afirmación en el hecho de que, generalmente, en los contratos de préstamo controvertidos la cláusula sobre intereses moratorios figura totalmente independiente a la cláusula concerniente a los intereses remuneratorios, reguladora esta de los intereses de aplicación en una etapa concreta que es desde la suscripción del préstamo hasta el vencimiento de la cuota correspondiente, mientras que la cláusula sobre intereses moratorios regula otra etapa totalmente diferenciada que es la comprendida desde que el préstamo entra en mora por impago de la cuota hasta su abono. Por ello, declarada abusiva la cláusula referida a los intereses moratorios que regula la aplicación de intereses durante la etapa en la que el préstamo entra en mora, procede su nulidad, permaneciendo subsistente el contrato⁷² –al tratarse de una cláusula accesorio y no principal–, de forma que la aplicación hasta sus últimas consecuencias de la doctrina sobre la no integración debería conducir, desde nuestro punto de vista, a que no se devengasen intereses durante esa etapa de mora.

La otra opción contenida en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (auto de 22 de febrero de 2017, recurso núm. 2825/2014, ES: TS:2017:785A) consistente en el devengo del interés legal no sería compatible con la doctrina de la no integración, dado que para que se produzca la sustitución de la cláusula abusiva por disposición nacional supletoria (art. 1108 del Código Civil), según la jurisprudencia del TJUE, deben concurrir dos circunstancias, siendo la primera de ellas, la imposibilidad de subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva, lo que parece que no se daría, ya que, en principio, un contrato de préstamo puede subsistir sin la cláusula de intereses moratorios, siendo dicha cláusula, desde nuestro punto, accesorio y no principal.

Sexta: Los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro –como es el Tribunal Supremo– están facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tienen que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales (*Banco Santander y Escobedo Cortés*). Todo ello sin perjuicio de que legítimamente un órgano jurisdiccional inferior pueda discrepar de la postura del órgano jurisdiccional superior de ese Estado miembro.

⁷² La subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva queda plasmada, entre otros, en los apartados 76 y 77 de *Banco Santander y Escobedo Cortés*.

12.4.2 La cláusula de vencimiento anticipado

Primera: Cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* ⁷³).

Segunda: No cabe la conservación parcial de una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva mediante la supresión por el juez nacional de los elementos que la hacen abusiva (*Abanca Corporación Bancaria* ⁷⁴).

Tercera: De la misma forma que con respecto a la cláusula de intereses moratorios el Tribunal Supremo formuló la correspondiente cuestión prejudicial para tratar de que el TJUE confirmara su postura, el Alto Tribunal también planteó cuestión prejudicial en relación con la cláusula de vencimiento anticipado mediante auto de 8 de febrero de 2017, recurso núm. 1752/2014, ES: TS:2017:271A, dando lugar a la STJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria*.

En dicha sentencia el TJUE ha confirmado que se ajusta a la Directiva 93/13 la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva por el artículo 693.2 LEC, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Cuarta: La mecánica a realizar por el juzgado nacional sería: primero, determinar si se cumplen las dos premisas, imposibilidad de subsistencia y exposición del consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. Si se dan, procede la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado por la disposición nacional. Si el contrato puede subsistir sin la cláusula, no se aplicaría la cláusula, salvo que el consumidor prefiera que se aplique por considerar que la ejecución hipotecaria le resulta más favorable que la ejecución ordinaria, por lo que para conocer la postura del consumidor se puede presuponer —aunque no lo indique textualmente el TJUE— que el juez habría de preguntar al consumidor al respecto.

Quinta: A nuestro modo de ver, aplicar directamente la doctrina establecida en la sentencia *Kasler* ⁷⁵ al supuesto de la cláusula de vencimiento

⁷³ As. C-602/13. Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*.

⁷⁴ Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. STJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria*.

⁷⁵ As. C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kasler y Kaslerné Rábai*.

anticipado no parece acertado porque la supresión de dicha cláusula no conllevaría la imposibilidad de subsistencia del contrato. Debe tenerse en cuenta que el marco en el que se debate sobre la cuestión, mayoritariamente, es el procedimiento de ejecución hipotecaria en el que el profesional-acreedor ya ha instado la resolución del contrato y la devolución de todo lo adeudado por el consumidor-deudor por lo que la situación de este en ese aspecto concreto no puede empeorar. Además, el TJUE traslada toda la responsabilidad sobre la decisión acerca de si el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado abusiva o no al órgano remitente, no facilitando ninguna indicación al respecto como pudiera ser la vinculación de la cláusula controvertida con el objeto principal del contrato u otra cualquiera. Se echa en falta, por tanto, una mayor implicación del TJUE en ese problema. Así, en la reciente sentencia *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centro Ouest*⁷⁶, relativa a una cláusula de vencimiento anticipado, señala el TJUE que «no parece que la cláusula controvertida en el litigio principal esté comprendida en el concepto de “objeto principal del contrato” en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente» (apdo. 48). Si la cláusula de vencimiento anticipado parece ser, en opinión del TJUE, accesorio, su eliminación no debería conducir a la anulación del contrato. No obstante, también es cierto que el TJUE tiene establecido que incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo, si la supresión de la cláusula controvertida en el litigio principal tendría como consecuencia que el contrato de préstamo no pudiera subsistir. En ese supuesto, también corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar si la anulación del contrato de préstamo expondría a los consumidores de que se trata a consecuencias especialmente perjudiciales (*Bankia contra Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez*⁷⁷).

Sexta: En el planteamiento del TJUE efectuado en *Abanca Corporación Bancaria* en cuanto a los cauces procesales del Derecho nacional, una vez declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, no hay referencia alguna a la posibilidad de las entidades bancarias de formular el ejecutivo ordinario en reclamación de las cuotas impagadas hasta ese momento, es decir, no siendo una vía para reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución, *sí es un mecanismo para resarcirse de la*

⁷⁶ As. C-600/21. STJUE de 8 de diciembre de 2022, *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centro Ouest*.

⁷⁷ As. 92/16. Auto del TJUE de 3 de julio de 2019, *Bankia contra Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez*.

deuda existente y de la que vaya generándose durante el procedimiento –cuando así lo solicita el acreedor-ejecutante al interponer la demanda ejecutiva–, que permite al deudor durante un tiempo prudencial la posibilidad de reunir lo que debe –no la totalidad del préstamo– y que en caso de que no lo haga, también finaliza con la venta en pública subasta del bien, por lo que los derechos del acreedor hipotecario están asegurados. Probablemente, si los consumidores litigantes en los dos procedimientos principales hubieran estado representados ante el TJUE esa alternativa hubiera sido planteada al TJUE y analizada por este y por el Abogado General.

Séptima: Aunque en *Abanca Corporación Bancaria* el TJUE se refiera a que la cláusula de vencimiento anticipado «está inspirada» en el artículo 693.2 de la LEC en su redacción vigente en el momento de la celebración del contrato de préstamo, en nuestra opinión, lo que hace la cláusula controvertida es reflejar el artículo 693.2 LEC en su redacción vigente a la fecha de celebración del contrato de préstamo, por lo que, en consecuencia, dicha cláusula debería haber quedado fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.2 de esta.

Octava: El artículo 7.1 de la Directiva 93/13 y el principio de efectividad no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada (*Bankia contra Alfredo Sánchez Martínez*⁷⁸).

Novena: Una sentencia prejudicial no tiene un valor constitutivo, sino puramente declarativo, con la consecuencia de que sus efectos se remontan, en principio, a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada (*CDT*⁷⁹). Por ello, las cláusulas de los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994 han de ser sometidas por los jueces nacionales al examen de las disposiciones de la Directiva 93/13 según han sido interpretadas por el TJUE en sus resoluciones, aunque estas sean posteriores a la fecha de celebración de los contratos controvertidos.

Décima: La obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que esta prevé en el plazo fijado para ello por el legislador de la Unión, así como su deber de adoptar todas las medidas generales

⁷⁸ Asunto C-486/16. Auto del TJUE de 3 de julio de 2019, *Bankia contra Alfredo Sánchez Martínez*.

⁷⁹ As. C-321/20. Auto del TJUE de 4 de febrero de 2021, *CDT*.

o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las autoridades judiciales (*CDT*).

Decimoprimera: Lo declarado por el TJUE en *Abanca Corporación Bancaria* y en los tres autos de 3 de julio de 2019 es reiterado en *CDT* en el marco de un préstamo personal, afirmando, además, el TJUE que el principio de seguridad jurídica debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el juez nacional se abstenga de aplicar una disposición de Derecho nacional –art. 83 LGDCU en su redacción anterior– que le permite integrar una cláusula abusiva, aun cuando la disposición declarada contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 por la sentencia *Banco Español de Crédito* no había sido modificada en el momento de celebración del contrato. No obstante, corresponde al tribunal remitente examinar si puede hacerse una interpretación de ese artículo 83 LGDCU en su redacción anterior –que establece la integración de la cláusula abusiva– conforme a la Directiva 93/13. El TJUE no analiza las eventuales consecuencias en caso de que el juez nacional considere que no puede interpretar el artículo 83 LGDCU –en su redacción anterior– conforme al artículo 6.1 de la Directiva 93/13. Parece que en ese supuesto lo procedente sería dejar inaplicada la ley nacional (art. 83 LGDCU en su redacción anterior) a fin de que sea aplicado el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión.

12.4.3 La cláusula suelo y los acuerdos novatorios sobre ella

12.4.3.1 CONCLUSIONES EN CUANTO A LA CONFIGURACIÓN DE LA NATURALEZA ABUSIVA DE LA CLÁUSULA SUELO OTORGADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y SUS RELACIONES CON LA DIRECTIVA 93/13

Primera: El mecanismo seguido por el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 para evaluar la naturaleza abusiva de la cláusula es diferente al que con más o menos variaciones lleva a cabo el TJUE. El TS somete la cláusula suelo al control de incorporación o inclusión o transparencia formal (que lo cumple) y al control de transparencia material o control de comprensibilidad real de las consecuencias económicas, que no lo cumple.

Por ello, el TS concluye que las cláusulas analizadas no superan el segundo control, es decir, el de la claridad exigible, por lo que las cláusulas no eran transparentes. A partir de ahí, el TS considera que las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como

definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. En la medida en que no son transparentes se convierten en abusivas, lo que lleva al TS a condenar a las entidades bancarias a eliminar de sus contratos las cláusulas y a abstenerse de utilizarlas en el futuro.

A diferencia de ese mecanismo, con arreglo a las indicaciones establecidas en la jurisprudencia del TJUE, los pasos a seguir serían: habiéndose verificado que se trata de cláusulas referidas al objeto principal del contrato, se someten al doble control de transparencia (formal y material). Si no superan este segundo control, como sucede con la cláusula suelo, entonces es necesario comprobar si son abusivas o no, evaluando si en contra de las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante entre las partes. En el planteamiento del TS el hecho de que no cumplan con la transparencia material las convierte en abusivas, aun no siendo intrínsecamente abusivas. A nuestro modo de ver, el mecanismo que prevé el TJUE a la hora de proporcionar los criterios orientativos a los jueces nacionales es más acorde con la Directiva 93/13 que el mecanismo utilizado por el TS. Creemos que la licitud o ilicitud de la cláusula suelo no es el concepto a tener en cuenta desde la perspectiva de la Directiva 93/13. Consideramos que la clave reside en que la cláusula suelo produzca desequilibrio importante, lo que conllevaría la naturaleza abusiva. Desde un punto de vista objetivo, la cláusula suelo sí produce desequilibrio porque sitúa al profesional en una posición mucho más favorable que al consumidor (convierte un préstamo a interés variable en uno fijo con respecto a la posibilidad de bajar –que no existe– manteniéndose la posibilidad de subir, etc.). Sin embargo, el TS declaró la naturaleza abusiva directamente por falta de transparencia, lo que no se ajustaba a la Directiva 93/13, no existiendo tampoco en aquel momento una disposición nacional⁸⁰ que amparara la premisa falta de transparencia = naturaleza abusiva de la cláusula. Puede pensarse que lo que hizo el TS fue elevar la protección del consumidor a través de esa postura jurisprudencial, lo que sí es conforme con el artículo 8 de la Directiva 93/13, dado su carácter de norma mínima. No obstante, resulta llamativo que ese mecanismo de mayor protección al consumidor hubiese sido aplicado por parte del Tribunal Supremo únicamente a la cláusula suelo.

Segunda: La configuración que hace el Tribunal Supremo sobre la naturaleza abusiva de la cláusula suelo (es lícita siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos) tiene, a nuestro entender, una consecuencia fundamental en cuanto al momento en

⁸⁰ Actualmente sí la hay: artículo 83, párrafo segundo, del TRLGDCU.

el que se inicia el plazo de prescripción de la acción restitutoria, cuestión analizada por el TJUE en diversas sentencias⁸¹. Dado que la naturaleza abusiva de la cláusula suelo de un contrato dependerá de la concreta información que recibió el consumidor litigante –lo que será debatido en el procedimiento sobre la declaración de nulidad de esa cláusula–, parece indudable que el inicio del plazo de prescripción de la acción restitutoria para recuperar las cantidades abonadas de más a resultas de la cláusula suelo –determinado por el momento en el que el consumidor tiene conocimiento de la naturaleza abusiva de la cláusula– únicamente puede fijarse en la fecha de la declaración judicial firme de la naturaleza abusiva de la cláusula suelo contenida en el contrato controvertido.

Tercera: La nulidad de una cláusula que define el objeto principal del contrato no tiene por qué conllevar la nulidad del contrato en su conjunto, ya que «no cabe identificar “objeto principal” del contrato con “elemento esencial”» (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 274) del contrato, en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Así, en relación con las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo español tiene declarado que la cláusula suelo de un contrato de préstamo hipotecario define el objeto principal del contrato (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 189) y al ser declarada nula por abusiva no supone la imposibilidad de subsistencia del contrato (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 275), sino que conlleva la eliminación de la cláusula abusiva.

12.4.3.2 CONCLUSIÓN EN CUANTO A LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA LIMITACIÓN EN EL TIEMPO DE LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DE LA CLÁUSULA SUELO

Primera y única: Resultan de plena aplicación las premisas clásicas sobre los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13. Así, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público y se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas. Dado que los consumidores se hallan en situación de inferioridad, los Estados miembros, conforme al artículo 7.1 de la Directiva, tienen la obligación

⁸¹ Entre otras, STJUE de 9/7/2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18 y C-699/18, STJUE de 22/4/2021, *Profi Credit Solvákia*, C-485/19, STJUE de 10/6/2021, *BNP Paribas Personal Finance (contra VB y otros)*, C-776/19 a C-782/19. Está pendiente de resolución el asunto *Banco Santander contra GP y BG* (C-561/21).

de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas e incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de esta. Así, la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, con la correspondiente obligación de restitución de las cantidades por parte del profesional. En relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, el TJUE diferencia el tratamiento de la irretroactividad en dos situaciones: aquellas sobre las que ya ha recaído sentencia firme con fuerza de cosa juzgada y aquellas relativas a pagos efectuados por los consumidores antes de la sentencia del TS.

Con respecto a la primera, declara el TJUE que toda vez que la protección del consumidor no es absoluta, el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente en la sentencia de 9 de mayo de 2013 que esta no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada, pero ello no afecta a la segunda situación analizada, es decir, la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, ya que la exigencia fundamental de la aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión justifica que el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que se apliquen a la interpretación hecha por el propio Tribunal de Justicia de una norma del Derecho de la Unión. La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013. Ello constituye una protección incompleta e insuficiente, no siendo un medio eficaz para el cese del uso de la cláusula abusiva. Por tanto, es contraria al Derecho de la Unión la postura del Tribunal Supremo consistente en limitar en el tiempo los efectos restitutorios de la declaración del carácter abusivo de la cláusula suelo (*Gutiérrez Naranjo*⁸²).

⁸² Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*.

12.4.3.3 CONCLUSIONES EN CUANTO A LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TJUE CON RESPECTO A LOS ACUERDOS NOVATORIOS CONCERNIENTES A LA CLÁUSULA SUELO

Primera: La novación en virtud de la cual el consumidor renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de la cláusula suelo es compatible con la Directiva 93/13, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, lo que sucede únicamente si en el momento de la renuncia el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba, correspondiendo al juez nacional comprobar esos extremos. Además, la cláusula en virtud de la cual se pacta la novación puede ser considerada como abusiva si no ha sido negociada individualmente, es decir, si ha sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido (*Ibercaja Banco –contra XZ–*⁸³).

Segunda: Cabe considerar que la propia cláusula destinada a modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre profesional y consumidor o destinada a determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente –cuando el consumidor no ha podido influir sobre su contenido– y puede, en su caso, ser declarada abusiva cuando el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias económicas y jurídicas que se derivaban para él del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula suelo, en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés (*Ibercaja Banco –contra XZ–*).

Tercera: La cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor, considerándose por el propio Tribunal de Justicia como abusiva (*Ibercaja Banco –contra XZ–*). Esta declaración del TJUE supone una excepción a la regla general de dejar al juez nacional la competencia para emitir la calificación sobre la naturaleza abusiva de una cláusula. Ello se explica porque el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 tiene carácter imperativo y la posibilidad de que el consumidor renuncie previamente a los derechos que le confiere la Directiva pondría en peligro la eficacia del sistema.

⁸³ Asunto C-452/18, STJUE de 9 de julio de 2020, *Ibercaja Banco (contra XZ)*.

Cuarta: El TJUE parte de la premisa consistente en que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con la fecha de celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en esa fecha y que podrían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato. Sobre esa base, cuando se trata de una novación celebrada antes del dictado de la STS de 9 de mayo de 2013, el TJUE tiene declarado que únicamente si a la fecha de celebración de la novación el consumidor era consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo y de las consecuencias que ello conllevaba, puede considerarse válido el contrato de novación (*Banco Santander contra UP*⁸⁴). En consecuencia, a nuestro juicio, cabe deducir que las novaciones no negociadas individualmente otorgadas con anterioridad al dictado de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 difícilmente podrán tener otra consideración que no sea la declaración de abusividad de las cláusulas que contienen los pactos de novación, toda vez que era imposible que el consumidor fuese consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo y de las consecuencias que ello conllevaba, con independencia del examen de las circunstancias concurrentes en cada caso que ha de llevar a cabo el juez nacional.

En cuanto a las novaciones no negociadas individualmente celebradas con posterioridad al dictado de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, el juez nacional habrá de determinar el alcance de la información suministrada por la entidad bancaria al consumidor cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales y si el consumidor estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas que para él se derivaban de la celebración de ese contrato de novación (*Ibercaja Banco –contra TJ–*⁸⁵).

Quinta: En los supuestos en los que exista posibilidad de que el juez considere que ha existido una negociación individualizada, lo que impediría la calificación como abusivas de las cláusulas en cuya virtud se pacta la novación, parecería aconsejable por parte del consumidor que formula la acción para la declaración de nulidad de la novación y restitución de las cantidades económicas que le corresponda tras dicha anulación, el ejercicio –con carácter subsidiario a la acción principal– de una acción dirigida a la anulación del contrato de novación y restitución de cantidades cuya fundamentación jurídica no estaría basada en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y el

⁸⁴ Asunto C-268/19. Auto del TJUE de 1 de junio de 2021, *Banco Santander contra UP*.

⁸⁵ Asunto C-13/19. Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021, *Ibercaja Banco (contra TJ)*.

TRLGDCU, sino en el Código Civil, en particular, en el principio general de la buena fe (art. 7.1 y art. 1258 del Código Civil).

12.4.4 La cláusula IRPH

Primera: El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras (*Gómez del Moral Guasch*⁸⁶).

Segunda: Se deduce del examen conjunto de los autos de 17 de noviembre de 2021 *Gómez del Moral Guasch II*⁸⁷ y *Unión de Créditos Inmobiliarios*⁸⁸ que el profesional puede no incluir la definición completa del IRPH en el contrato, no entregar al consumidor un folleto informativo que recoja la evolución anterior del índice y no facilitar al consumidor en el momento de la celebración del contrato la información concerniente a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice euríbor, dado que la información relativa al IRPH es objeto de publicación oficial y todo ello siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Tercera: La competencia del TJUE comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13, mientras que únicamente el juez nacional es competente para constatar

⁸⁶ Asunto C-125/18. STJUE de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*.

⁸⁷ Asunto C-655/20. Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021, *Gómez del Moral Guasch II*.

⁸⁸ Asunto C-79/21. Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021, *Unión de Créditos Inmobiliarios*.

y apreciar los hechos del litigio principal y para interpretar y aplicar el Derecho nacional y, en consecuencia, llevar a cabo las comprobaciones necesarias, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (*Gómez del Moral Guasch II*).

Cuarta: Cuando un órgano jurisdiccional nacional considera que una cláusula contractual sobre fijación del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, ello no le confiere directamente el carácter abusivo, sino que le permite realizar el juicio de abusividad (*Gómez del Moral Guasch II* y *Unión de Créditos Inmobiliarios*). A diferencia del tratamiento dado por parte del TS en relación con la cláusula suelo consistente en que la falta de transparencia conlleva automáticamente la naturaleza abusiva, en lo que respecta a la cláusula del IRPH el Tribunal Supremo español sí asume lo declarado por el TJUE y declara que una hipotética falta de transparencia [de la cláusula del IRPH] no conlleva por sí misma su nulidad, sino que únicamente permite realizar el control de abusividad (F. D. 3.º, 3, último párrafo de la STS número 42/2022, de 27 de enero, ES: TS:2022:153). El TS niega la falta de transparencia y, además, se esfuerza en demostrar que no existe desequilibrio, facilitando una batería de razones que justifican esa postura, con la finalidad de demostrar que, incluso en una hipotética situación de ausencia de transparencia, la cláusula del IRPH no sería abusiva porque no existe ni desequilibrio importante ni mala fe. Al ajustarse a los criterios indicados por el TJUE en los dos autos de 17 de noviembre de 2021 y en la sentencia de 3 de marzo de 2020, evaluar los hechos del litigio principal e interpretar y aplicar el Derecho nacional, llegando a la conclusión de que la cláusula del IRPH no es abusiva, el TS está ejerciendo las funciones que le corresponden como órgano jurisdiccional nacional en la distribución de funciones que preconiza el Tribunal de Justicia. En cualquier caso, será necesario comprobar en el futuro si en función de las respuestas que dé el TJUE a las cuestiones prejudiciales pendientes relativas al IRPH, existe un eventual cambio en la postura del TS al respecto.

Quinta: El TJUE vincula el artículo 1.2 (en conexión con el considerando decimotercero) con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, aunque no mencione este último precepto. Ello lo afirmamos porque el TJUE sostiene que se deduce del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 –que comprende las disposiciones de Derecho nacional que tienen carácter supletorio– que en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente confirme que el índice legal de sustitución se basa en una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio en

el sentido de la jurisprudencia del TJUE, dicho índice está comprendido en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de esta. Por lo tanto, una cláusula contractual que incorpore un índice de este tipo no puede ser objeto de control respecto a su carácter supuestamente abusivo, ya que refleja un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos establecido por el propio legislador nacional (*Unión de Créditos Inmobiliarios*). En cualquier caso, no con respecto al índice legal de sustitución, sino en relación con la cláusula IRPH, el TJUE declaró que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa (*Gómez del Moral Guasch*).

Sexta: Para que el juez nacional compruebe si la cláusula tiene naturaleza abusiva, este tiene que valorar en qué circunstancias el desequilibrio se causa contrariamente a las exigencias de la buena fe. A este fin, partiendo del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha indicado en su jurisprudencia a los órganos jurisdiccionales nacionales que estos deben comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación. En cuanto al desequilibrio importante, resultaría de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, considerado en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de: a) una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato; b) un obstáculo al ejercicio de estos derechos; c) una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (*Caixa-bank –contra AW–*).

Séptima: Es de valorar positivamente posturas como la del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Mallorca que, a pesar de que el Tribunal Supremo, tras asumir las declaraciones efectuadas por el TJUE en la sentencia *Gómez del Moral Guasch* y en los dos autos de 17 de noviembre de 2021, había reiterado que la cláusula IRPH no tiene naturaleza abusiva, plantea una

nueva cuestión prejudicial conteniendo nada menos que quince preguntas⁸⁹. Es indudable el esfuerzo que comporta y su legitimidad para ello, movida la magistrada por su intención de otorgar a los consumidores la protección que el ordenamiento jurídico les confiere y ejemplificando ese «activismo» de los órganos jurisdiccionales españoles en materia de cláusulas abusivas. No obstante, también hay que tener en cuenta la premisa declarada por el TJUE, entre otras resoluciones, en el auto *Caixabank (contra AW)*, en el sentido de que el objetivo de la Directiva 93/13 no es el de procurar una ventaja económica a los consumidores, sino el de protegerlos contra las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los profesionales.

12.4.5 La cláusula de comisión de apertura

Primera: La comisión de apertura cubre la retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito u otros servicios similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. Dado que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 fija una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece dicha Directiva, esa disposición debe ser objeto de interpretación estricta. Por ello, no puede considerarse que la obligación de retribuir esos servicios forme parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito que son, por un lado, la puesta a disposición de una cantidad de dinero por parte del prestamista y, por otro, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos (*Caixabank –contra X–*). De esa forma tan simple, «desmonta» el TJUE la configuración diseñada por el Tribunal Supremo en el sentido de que la cláusula de comisión de apertura forma parte del objeto principal del contrato por constituir una de las partidas principales del precio. Parece más lógico pensar, como sostiene el TJUE, que una comisión de apertura es una cláusula accesorio –como parece que lo son la inmensa mayoría de las cláusulas que estipulan comisiones– frente a las cláusulas principales que son las que establecen el precio del dinero y otros extremos relativos a la esencia de un contrato de préstamo que es adelantar un dinero para que sea devuelto en cuotas periódicas con intereses.

⁸⁹ Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca de 4 de abril de 2022, ponente Doña Margarita Isabel Poveda Bernal, ES: JPI:2022:24A.

Segunda: Para valorar la transparencia de una cláusula de comisión de apertura el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen (*Caixa-bank –contra X–*).

Tercera: La conclusión del TJUE es que no parece que la cláusula que establece la comisión de apertura pueda incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor porque la comisión tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de la solicitud de préstamo. Establece como excepción el TJUE aquel supuesto en el que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en ese ámbito o que el importe de la comisión sea desproporcionado. También matiza el Tribunal de Justicia que sería contraria a la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que estableciera que no cabe en ningún caso considerar abusiva la cláusula de la comisión de apertura porque tiene por objeto servicios inherentes a la actividad del prestamista, puesto que estaría limitando las facultades del juez para evaluar una eventual naturaleza abusiva de la cláusula (*Caixabank –contra X–*). Por tanto, la única condición que fija el TJUE es que el juez pueda realizar un control efectivo individualizado de la posible existencia de desequilibrio aplicando los criterios del propio TJUE. En términos prácticos, en la medida en que la comisión de apertura constituye el pago por los servicios de estudio y tramitación del préstamo, teniendo en cuenta que cada préstamo otorgado por una entidad bancaria conlleva necesariamente un estudio y una tramitación del préstamo como requisito para su concesión, salvo que el importe de la comisión de apertura sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo, a nuestro juicio, el resultado esperado de cada comisión de apertura cuya eventual naturaleza abusiva sea enjuiciada es que no sea abusiva porque responderá a la contraprestación por los servicios prestados por el banco para estudiar y tramitar la operación de préstamo. En ese sentido, el Tribunal Supremo ya ha asumido en su sentencia núm. 816/2023, de 29 de mayo (ES: TS:2023:2131) lo declarado por el TJUE. El TS señala que el TJUE parte de que la comisión de apertura no es *per se* abusiva, sin perjuicio de que el tribunal nacional debe comprobar que se presten los servicios proporcionados como contrapartida y que el importe de la comisión de apertura no sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo. A la luz de la sentencia del TJUE, el TS viene a

decir que no se puede afirmar que la comisión de apertura sea válida o no lo sea, sino que dependerá del examen individualizado de cada caso. En su sentencia el TS lleva a cabo el análisis de las circunstancias concurrentes concluyendo que la cláusula figura claramente en la escritura pública, que no hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto y que no es desproporcionada (845 euros sobre un capital prestado de 130.000 euros, es decir, 0,65 %), por lo que la cláusula de apertura fue transparente y no abusiva.

12.5 LOS EFECTOS DE LA IDENTIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

En el plano sustantivo la identificación de una cláusula como abusiva va a generar una serie de efectos trascendentales. Entran en juego diversas circunstancias. Así, con arreglo al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, la consecuencia lógica es la no vinculación o eliminación de la cláusula abusiva, manteniéndose la obligatoriedad del resto del contrato entre las partes si este puede subsistir sin la cláusula abusiva. En los supuestos en los que no cabe la continuidad del contrato surge la necesidad de articular mecanismos que regulen esa situación. Dado que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no los prevé, el Tribunal de Justicia a través del análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso ha ido elaborando unas pautas que permitan al juez nacional solventar la situación planteada. En esa tarea el TJUE ha debido ceñirse en todo momento al cumplimiento del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13, que es conseguir el cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Por ello, la impartición de la justicia por parte de los jueces nacionales, siguiendo las indicaciones desarrolladas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe responder a la exigencia de que los Estados miembros cuenten con medios adecuados y eficaces para la consecución del objetivo antes enunciado, constituyendo las resoluciones judiciales nacionales en sí mismas medios o herramientas que contribuyan a la finalidad del cese del uso de las cláusulas abusivas.

La decisión sobre la subsistencia o no del contrato sin la cláusula abusiva corresponde al juez nacional teniendo en cuenta el ordenamiento interno en su conjunto. La apreciación que lleve a cabo, efectuada desde una perspectiva objetiva, habrá de evaluar, entre otras circunstancias, si la cláusula abusiva es accesorio o, por el contrario, regula una prestación esencial del contrato, pero el hecho de que pertenezca a esta categoría no conlleva automáticamente la imposibilidad de continuación del contrato. El mantenimiento del contrato en

vigor sin la cláusula abusiva no parece deparar excesivas dificultades. En ese sentido, es irrelevante que la desaparición de la cláusula abusiva deje sin sanción la actuación de un consumidor incumplidor. Es más, ello escenifica la finalidad disuasoria de la Directiva 93/13 y contribuye a conseguir el objetivo del cese del uso de cláusulas abusivas. Ahora bien, las dificultades aparecen si el contrato no puede subsistir. Como veremos a continuación, cuando ello sucede y comporta consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor –el ejemplo más representativo sería la necesidad de devolver el préstamo cuando el contrato de préstamo no puede continuar sin la cláusula abusiva–, la jurisprudencia del TJUE, a partir de *Kasler*⁹⁰, ofrece al juez nacional como solución la sustitución de la cláusula abusiva por una disposición nacional supletoria. Cuando no existe en el Derecho nacional esa disposición supletoria el problema se complica extraordinariamente y las diversas alternativas recogidas en la jurisprudencia del TJUE no garantizan, a nuestro juicio, la certeza de que en todas las situaciones la protección de los derechos del consumidor estará asegurada. La renuncia a invocar la naturaleza abusiva de la cláusula, posibilidad al alcance del consumidor, en ningún caso debe ser aceptada como una solución eficaz, desde nuestro punto de vista. Hay alternativas que, aun pudiendo ser eficaces, no siempre van a conducir a resolver la solución. Así sucede con la posibilidad de que el juez nacional emplace a las partes a negociar con el fin de determinar la sustitución de la cláusula abusiva, debiendo establecer el marco para dichas negociaciones y que estas vayan encaminadas a instaurar un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de consumidor y profesional. Parece evidente que si estas negociaciones no fructifican la situación permanecerá sin resolver. Como vemos, el Tribunal de Justicia ha tratado de responder a las múltiples situaciones que le han sido planteadas elaborando una doctrina –que continúa en construcción– comprensiva de un conjunto de indicaciones para los jueces nacionales relativas a los efectos de la identificación de una cláusula abusiva.

12.5.1 Los posibles efectos de la identificación de una cláusula abusiva

Como se acaba de anunciar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE, los efectos de la identificación de una cláusula abusiva son más amplios que la mera no vinculación o anulación de la cláusula prevista en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13. En concreto, se han admitido como soluciones supletorias de la anterior,

⁹⁰ C-26/13. STJUE de 30 de abril de 2014, *Kaslér y Kaslerné Rabai*.

la sustitución por el juez de la cláusula abusiva por una norma nacional supletoria; la anulación total del contrato; la mediación judicial; o la supresión únicamente del elemento abusivo de una cláusula en determinadas circunstancias.

A continuación, se muestra por separado la jurisprudencia relativa a cada una de estas soluciones, teniendo en cuenta que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, definir las condiciones en que procederá declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual y aplicar los efectos jurídicos de tal declaración. En cualquier caso, dicha declaración deberá permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva, puesto que el objetivo primordial e inmediato de la Directiva 93/13 consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes, siendo su segundo objetivo lograr a largo plazo el cese del uso de cláusulas abusivas por los profesionales (*M. B. y otros*⁹¹). El restablecimiento de la situación del consumidor conlleva la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor y ese efecto restitutorio ha de reconocerse igualmente en los supuestos en los que el carácter abusivo de la cláusula da lugar a la invalidez de la totalidad del contrato. Por tanto, se establece otra premisa en el sentido de que las normas nacionales que regulen las consecuencias prácticas de la nulidad de un contrato son compatibles con el Derecho de la Unión si permiten restablecer de hecho y de Derecho la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido el contrato declarado nulo (*Bank M.*⁹²). Conforme a lo indicado, los posibles efectos de detectar una cláusula abusiva son los siguientes:

12.5.1.1 LA ANULACIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

Para determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas el juez nacional debe adoptar un enfoque objetivo, no pudiendo basarse en el carácter eventualmente favorable para el consumidor de la anulación de dicho contrato en su conjunto, sin perjuicio de que la Directiva 93/13 permite que un Estado miembro eleve el nivel de protección de los consumidores estableciendo, con el debido respeto del Derecho de la Unión, que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o

⁹¹ Asunto C- 6/22. STJUE de 16 de marzo de 2023, *M. B. y otros*.

⁹² Asunto C-520/21. STJUE de 15 de junio de 2023, *Bank M.*

varias cláusulas abusivas es nulo en su conjunto cuando ello garantice una mejor protección del consumidor (*Perenicova y Perenic*⁹³).

Una cláusula contractual declarada abusiva debe considerarse como que nunca ha existido, de manera que no puede tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Así, por ejemplo, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

El juez nacional debe tener la posibilidad de comprobar, en el ejercicio de su poder soberano de apreciación y sin que la voluntad manifestada por el consumidor pueda prevalecer sobre este, que la aplicación de las medidas previstas por la legislación nacional permite efectivamente restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva (*OTP Jelzálogbank y otros*⁹⁴).

Cuando el contrato controvertido puede persistir sin la cláusula abusiva no cabe plantearse la alternativa de que lo previsto en la cláusula abusiva en beneficio del profesional se revierta en favor del consumidor. Lo único que procede es la eliminación de la cláusula abusiva, aunque ello no reporte beneficio económico para el consumidor. Constituye un ejemplo de esa situación una cláusula que atribuye al profesional la facultad de convertir a moneda nacional el contrato de préstamo denominado en francos suizos (*S*⁹⁵). El beneficio para el consumidor se contempla en un sentido genérico, en la medida en que el profesional se ve disuadido de incluir esa cláusula en sus contratos e, incluso, en buena lógica, los restantes profesionales operando en el mismo campo deberían actuar de la misma forma con lo que se contribuiría al objetivo a largo plazo del artículo 7.1 de la Directiva 93/13. Consideramos muy adecuado este planteamiento del TJUE, pero estimamos que para que sea verdaderamente efectivo debe estar complementado con la existencia de registros nacionales de cláusulas abusivas y, además, con medidas sancionatorias para los profesionales que, una vez declarada la naturaleza abusiva de una cláusula y figurando dicha circunstancia en el registro público de cláusulas abusivas,

⁹³ Asunto C-453/10. STJUE de 15 de marzo de 2012. *Pereničová y Perenič*.

⁹⁴ C-932/19. STJUE de 2 de septiembre de 2021, *OTP Jelzálogbank y otros*.

⁹⁵ C-566/21. Auto del TJUE de 7 de diciembre de 2022, *S*.

siguieran manteniendo el uso de estas, desnaturalizando así el contenido del artículo 7.1. de la Directiva 93/13.

Cuando el tribunal nacional ha podido examinar el contrato de crédito sobre el que se basa una petición de requerimiento de pago y ha apreciado la naturaleza abusiva de algunas cláusulas en las que se sostiene la reclamación no emitirá el requerimiento de pago por la totalidad de la deuda reclamada, sino por la resultante una vez tenidas en cuenta las consecuencias de la inaplicación de las cláusulas abusivas y si el tribunal nacional no puede distinguir las cantidades correspondientes a uno y otro concepto, ya que el profesional no ha facilitado esa diferenciación a la hora de presentar la petición, el tribunal nacional está obligado a desestimar íntegramente la demanda (*TBI Bank*⁹⁶).

12.5.1.2 LA SUSTITUCIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA POR UNA NORMA NACIONAL

La posibilidad de que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho nacional es reconocida por primera vez en *Kasler*. Según el TJUE, ello no se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, dado que, si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. Para que el juez nacional pueda efectuar la sustitución de la cláusula abusiva por la disposición supletoria de Derecho nacional han de concurrir dos premisas: anulación del contrato en su totalidad por imposibilidad de subsistencia sin la cláusula abusiva y riesgo de consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor.

No cabe plantearse la aplicación de disposición supletoria del Derecho nacional en sustitución de cláusula abusiva cuando el contrato puede subsistir. Ni siquiera cuando una parte de la cláusula abusiva coincide con una disposición supletoria del Derecho nacional, dado que la cláusula ha de ser apreciada en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta la otra parte de la cláusula, por lo que no resulta de aplicación el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 (*GUPFINGER Einrichtungsstudio*).

La sustitución de la cláusula abusiva es una excepción a la regla general según la cual el contrato en cuestión solo seguirá obligando a las partes si

⁹⁶ As. C-379/21. Auto del TJUE de 17 de enero de 2013, *TBI Bank*.

puede subsistir sin las cláusulas abusivas que contiene. La excepción, en principio, está limitada a las disposiciones de Derecho interno de carácter supletorio o aplicables en caso de acuerdo entre las partes y se basa, en particular, en que se presume que tales disposiciones no contienen cláusulas abusivas⁹⁷. En ese sentido, las lagunas de un contrato, provocadas por la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en este, no pueden suplirse mediante disposiciones nacionales de carácter general que dispongan que los efectos expresados en un acto jurídico son completados, en particular, por los efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos, puesto que no son disposiciones supletorias ni disposiciones aplicables en caso de acuerdo entre las partes del contrato (*Dziubak*).

Si el contrato puede subsistir sin la cláusula nula no cabe la sustitución por la disposición supletoria del Derecho nacional y, en consecuencia, no procede la indemnización legal establecida por la disposición supletoria para el incumplimiento del consumidor (*Dexia*⁹⁸ y *GUPFINGER Einrichtungsstudio*⁹⁹).

Las disposiciones supletorias que pueden sustituir a las cláusulas abusivas en casos excepcionales –cuando la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales– no pueden ser de naturaleza genérica y deben sustituir útilmente la cláusula abusiva mediante una mera sustitución por el juez nacional que no requiera una acción por parte de dicho juez que equivalga a revisar el contenido de una cláusula abusiva de dicho contrato (*AxFina Hungary*¹⁰⁰).

Un dictamen no vinculante de un tribunal supremo de un Estado miembro, como el dictamen de la Kúria, no puede asimilarse a una disposición supletoria de Derecho nacional que sustituya a una cláusula de un contrato de préstamo considerada abusiva (*Lombard Lizing*¹⁰¹). Por tanto, a los efectos de

⁹⁷ La presunción de que las disposiciones supletorias de Derecho interno no contienen cláusulas abusivas tiene su fundamento, aunque no lo diga expresamente el TJUE, en el contenido del decimotercer considerando de la Directiva 93/13. Así, al comienzo de dicho considerando el legislador comunitario se refiere a que «se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros [...] no contienen cláusulas abusivas» y, al final del considerando, establece que «la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo». La situación descrita constituye un ejemplo de la relación entre el artículo 6.1 (concerniente a los efectos de la identificación de la cláusula abusiva), el artículo 1.2 (que excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 a las disposiciones imperativas) y, finalmente, el considerando decimotercero (que incluye a esos efectos las disposiciones supletorias dentro de las imperativas), todos de la Directiva 93/13.

⁹⁸ As. acumulados C-229/19 y C-289/19. STJUE de 27 de enero de 2021, *Dexia*.

⁹⁹ As. C-625/21. STJUE de 8 de diciembre de 2022, *GUPFINGER Einrichtungsstudio*.

¹⁰⁰ As. C-705/21. STJUE de 27 de abril de 2023, *AxFina Hungary*.

¹⁰¹ As. C-472/20. STJUE de 31 de marzo de 2022, *Lombard Lizing*.

la sustitución de cláusula abusiva por disposición supletoria, el TJUE acota este último concepto con arreglo a su significado literal, sin que proceda una interpretación amplia del mismo que permita la inclusión dentro de este concepto de actos jurídicos de otra índole.

Al declarar el TJUE en *Topaz*¹⁰² que «el juez nacional no puede remediar la nulidad de tales cláusulas abusivas sustituyéndolas por su propia decisión, a menos que este contrato no pueda subsistir en caso de supresión de estas cláusulas abusivas y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales», podría entenderse *a sensu contrario* que, caso de concurrir las dos premisas, el juez va a poder sustituir las cláusulas abusivas por su propia decisión, es decir, por la medida que considere oportuna el juez, no teniendo necesariamente que ser una norma nacional supletoria. Sin embargo, no encontramos en la jurisprudencia del TJUE resoluciones posteriores a este auto en las que desarrolle esa línea expositiva, razón por la cual no podemos atribuirle trascendencia alguna a nuestro pesar, puesto que entendemos que podría constituir un mecanismo para solventar determinadas situaciones –inexistencia de disposición supletoria– a las que el TJUE no ha podido dar una solución que asegure la protección del consumidor.

Al manifestar el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 *Caixabank (contra CY)*¹⁰³ que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes supone una excepción a la regla adoptada habitualmente por parte del TJUE de exigir la concurrencia de dos requisitos (imposibilidad de subsistencia del contrato y riesgo de perjuicio importante para el consumidor) para la aplicación de las disposiciones supletorias nacionales. El TJUE no facilita los argumentos que conducen a ese tratamiento diferenciado, si bien, a nuestro juicio, podría explicarse por el hecho de que la cláusula abusiva se refiere a pagos efectuados a terceros distintos al profesional por lo que, aun eliminada la cláusula que impone esos gastos al consumidor, subsiste la obligación de pagar a los terceros afectados (notario, registro, órganos administrativos que perciben el impuesto de Actos Jurídicos Documentados) por lo que resulta necesario aplicar las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de dichos gastos.

¹⁰² As. C-211/17. Auto del TJUE de 24 de octubre de 2019, *Topaz*.

¹⁰³ As. acumulados C-224/19 y C-259/19. STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank (contra CY)*.

A nuestro modo de ver, cabe separarse de la doctrina de la no integración cuando hay un motivo para ello como puede ser que la eliminación de la cláusula abusiva afecte a intereses de terceros o concurra cualquier otra circunstancia que haga necesario colmar la laguna dejada por la cláusula abusiva nula, aunque se trate de una cláusula accesorio. Si se elimina por abusiva una cláusula que obliga al consumidor a pagar los gastos notariales de la escritura de constitución, el problema no está resuelto porque la eliminación no implica que el profesional tenga que pagar la factura del notario. Existe un vacío que hay que colmar puesto que el notario tiene que cobrar y para ello hay que acudir al Derecho supletorio. En cambio, si la eliminación afecta a una cláusula penal de índole accesorio que establece una indemnización en favor del profesional la nulidad de la cláusula abusiva conlleva simple y llanamente la eliminación de la penalización, teniendo todo su sentido la aplicación de la doctrina de la no integración como mecanismo disuasorio a fin de que el profesional deje de utilizar cláusulas abusivas.

La respuesta que ha de dar el juez nacional debe adaptarse a las circunstancias concurrentes. La doctrina de la no integración ha de ser aplicada de forma flexible garantizando la protección del consumidor, pero a la vez resolviendo los problemas planteados de manera efectiva. Lo difícil será decidir cuándo procede la flexibilización y cuándo no.

12.5.1.3 LA ANULACIÓN TOTAL DEL CONTRATO

Abordamos diferentes situaciones. En el supuesto de que la cláusula abusiva define el objeto principal del contrato y este no puede subsistir sin ella, la consecuencia sería la nulidad del contrato, lo que comportaría, en principio, la obligación de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Si, en estas circunstancias, se hubiera realizado una prestación, por ejemplo, de servicios jurídicos, como sucede en *D. V.*¹⁰⁴, no cabe la restitución de la prestación. En ese supuesto, en principio, no cabrá conceder al profesional los honorarios reclamados sobre la base de una cláusula abusiva, por lo que el profesional habría realizado un conjunto de prestaciones sin recibir la correspondiente remuneración. Tampoco resultaría fácil la estimación de una nueva demanda apoyada en la existencia de un enriquecimiento injusto porque es posible que fuese desestimada por el juez al considerar que existe

¹⁰⁴ As. C-395/21. STJUE de 12 de enero de 2023, *D. V.*

efecto de cosa juzgada por cumplirse las tres identidades con respecto a la primitiva acción (identidad subjetiva, identidad objetiva e identidad de la causa de pedir).

El artículo 6.1 de la Directiva no se opone a una legislación procesal nacional que impide al juez que conoce del asunto estimar una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al diferencial de tipos de cambio siempre que la apreciación del carácter abusivo de tal cláusula permita restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva (*Dunai*¹⁰⁵). La clave, por tanto, es el restablecimiento de la posición del consumidor a la situación fáctica y jurídica que hubiera tenido de no existir la cláusula abusiva.

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación húngara que impide al juez que conoce de un asunto estimar una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, cuando se aprecie su carácter abusivo y la imposibilidad de que el contrato subsista sin ella (*Dunai*).

Puede suceder que en un mismo contrato concurren varias cláusulas que tengan naturaleza abusiva. En tal caso, puede ocurrir que una de ellas pueda ser sustituida por una disposición supletoria del Derecho nacional si concurren las dos circunstancias (imposibilidad de subsistencia y consecuencias perjudiciales para el consumidor por la eliminación del contrato). Pero, con respecto a otra cláusula, cuya naturaleza abusiva haya sido apreciada por el juez, este debe tener la posibilidad de anular el contrato en su conjunto (*Dunai* constituye un ejemplo de esa situación).

Existe una importante relación entre la primera categoría de cláusulas prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 –aquellas que definen el objeto principal del contrato– y la eventual anulación del contrato como consecuencia de la identificación de una cláusula abusiva al no poder subsistir el contrato sin ella, en aplicación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13. En la generalidad de los casos, si la cláusula abusiva pertenece a la primera categoría prevista en el artículo 4.2 por regular una prestación esencial del contrato, el mantenimiento de este no será jurídicamente posible y procederá su anulación¹⁰⁶. Esa valoración corresponde al órgano jurisdiccional nacional,

¹⁰⁵ As. C-118/17. STJUE de 14 de marzo de 2019, *Dunai*.

¹⁰⁶ Por el contrario, si la cláusula abusiva regula una prestación accesorio, el contrato continuará vigente sin ella. La decisión sobre la imposibilidad de subsistencia del contrato ha de ser adoptada por el juez nacional, con un enfoque objetivo, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto.

existiendo ejemplos, como el criterio de nuestro Tribunal Supremo con respecto a las cláusulas suelo, en los que esa regla no se cumple ¹⁰⁷.

Las consecuencias sobre la situación del consumidor provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad deben apreciarse a la luz de las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, para tener en cuenta sus intereses actuales y reales y para evaluar las consecuencias resultantes de la anulación del contrato existentes o previsibles en el momento del litigio (*Dziubak*) ¹⁰⁸.

Una vez el juez ha determinado que el contrato no puede subsistir sin las cláusulas abusivas y que la anulación del contrato en su conjunto puede producir consecuencias perjudiciales significativas al consumidor, antes de proceder a la anulación, el juez debe informar al consumidor sobre esas circunstancias y habrá de tener en cuenta la eventual manifestación de este sobre su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tales cláusulas, dado que la voluntad que el consumidor exprese a este respecto es determinante (*Dziubak*). Es muy importante no confundir este punto con el referido a la posibilidad de subsistencia o no de un contrato tras la identificación de la cláusula abusiva, cuestión que ha de ser decidida previamente por el juez y en cuya resolución la voluntad del consumidor no puede prevalecer sobre la evaluación objetiva del juez. En definitiva, la voluntad del consumidor influye una vez ha sido decidido por el juez que procede la anulación del contrato, porque el consumidor puede, en ese momento, expresar su voluntad de que no opere la exclusión de la cláusula abusiva, otorgando un consentimiento libre e informado a esa cláusula.

El juez nacional no puede negarse a declarar la anulación del contrato en caso de que el consumidor la haya solicitado expresamente tras haber sido informado de manera objetiva y exhaustiva de las consecuencias jurídicas y de las consecuencias económicas especialmente perjudiciales que esta puede producirle (*M. B. y otros*) ¹⁰⁹.

Una vez que se declara la anulación de un contrato de préstamo hipotecario en su totalidad, el consumidor puede reclamar a la entidad bancaria otros perjuicios sufridos, con independencia del derecho que le asiste a recibir el reembolso de las cuotas mensuales abonadas, los gastos abonados y los

¹⁰⁷ El Tribunal Supremo considera que la cláusula suelo de un contrato de préstamo hipotecario define el objeto principal del contrato (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 189) y al ser declarada nula por abusiva no supone la imposibilidad de subsistencia del contrato (STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 275), sino que conlleva la eliminación de la cláusula abusiva.

¹⁰⁸ Asunto C-260/18. STJUE de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*.

¹⁰⁹ Asunto C- 6/22. STJUE de 16 de marzo de 2023, *M. B. y otros*.

intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que dicha reclamación respete los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el profesional no tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido y los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, puesto que no puede ser indemnizado por las desventajas provocadas por su propio comportamiento ilícito (*Bank M*).

12.5.1.4 LA MEDIACIÓN JUDICIAL (NEGOCIACIÓN DE LAS PARTES)

Es compatible con la Directiva 93/13 que el juez nacional emplace a las partes a negociar con el fin de determinar la sustitución de la cláusula abusiva (por ejemplo, la relativa al modo de cálculo del tipo de interés), siempre que establezca el marco para dichas negociaciones y estas últimas vayan encaminadas a establecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de consumidor y profesional (*Banca B* ¹¹⁰).

Esta alternativa surge cuando la eliminación de la cláusula abusiva produce la anulación del contrato en su conjunto por no poder subsistir sin la cláusula abusiva, conllevando consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor –como ejemplo, la obligación de devolver de manera inmediata el importe pendiente de un contrato de préstamo tras la anulación de este– y el juez nacional carece de una disposición supletoria de Derecho nacional que pueda sustituir a la cláusula abusiva. Dado que si esos efectos perjudiciales penalizan más al consumidor que al profesional no se cumpliría con la finalidad disuasoria que preconiza la Directiva 93/13 (conseguir el cese del uso de las cláusulas abusivas), el TJUE admite la vía de las negociaciones entre las partes como solución a la situación. Se constata así que los escenarios que surgen tras la identificación de la cláusula abusiva no representan una lista cerrada y taxativa, sino que constituyen un elenco abierto, partiendo de la adopción por parte del juez nacional de las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias de la anulación, teniendo en cuenta el ordenamiento en su conjunto. Sin embargo, esta alternativa se vuelve ineficaz si las partes no alcanzan un acuerdo. Por ese motivo, parece que sería necesario una fuerte implicación del órgano jurisdiccional, estableciendo los márgenes de las negociaciones, instando a las partes a la consecución del acuerdo y advirtiéndoles de los efectos de la ausencia de ese

¹¹⁰ Asunto C-269/19. STJUE de 25 de noviembre de 2020, *Banca B*.

acuerdo, cuyos términos servirían como sustituto de la cláusula abusiva. En el desempeño de esa labor de mediación el juez nacional no puede perder su objetividad e imparcialidad. No obstante, a nuestro modo de ver, el corolario de la mediación debería ser la posibilidad del juez de arbitrar una solución en caso de que las partes no alcanzaran finalmente el acuerdo. No sería una integración de la cláusula abusiva, puesto que el juez dispondría de libertad absoluta para encontrar un mecanismo que sustituyese la cláusula abusiva a fin de que el contrato mantuviera su validez. Al instar a las partes a agotar las posibilidades de encontrar una solución pactada en el marco de una mediación activa y efectiva del juzgador con el objetivo del restablecimiento del equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes, se está fortaleciendo la independencia de estas. La decisión final del juez, en caso de falta de acuerdo de las partes, vendría justificada por la necesidad de adopción por parte de este de las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación del contrato controvertido podría provocar. Nuestra propuesta difiere de la expuesta por Farina¹¹¹, dado que este autor no considera adecuada la alternativa de la negociación, sino que propone que el contrato sea suplementado mediante la intervención judicial, de forma que el juez que declara la cláusula abusiva como no vinculante la sustituye por una nueva disposición redactada sobre la base del asunto concernido y que sea adecuada para restablecer el equilibrio justo entre las obligaciones y derechos de las partes. En nuestro caso, abogamos por una mediación activa y efectiva por parte del juez y, agotadas las posibilidades de alcanzar un acuerdo es cuando procedería, como propone Farina, que el juez configurase una nueva disposición redactada sobre la base del asunto concernido, o bien, a nuestro juicio, un mecanismo que sustituyese la cláusula abusiva.

12.5.1.5 LA SUPRESIÓN ÚNICAMENTE DEL ELEMENTO ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA

Es compatible con la Directiva 93/13 que el juez nacional suprima únicamente el elemento abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor siempre que ese elemento consista en una obligación contractual diferenciada y susceptible de ser objeto de un exa-

¹¹¹ FARINA, M., «Unfair Terms and Supplementation of the Contract», *European Review of Private Law*, 3-2021, Kluwer Law International BV., 2021, p. 456.

men individualizado de su carácter abusivo. En cambio, los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 se oponen a que el juez nacional suprima únicamente el elemento abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia. Corresponde al juez nacional comprobar si estamos ante uno u otro supuesto (*Bank BPH*¹¹² y *D. B. P.*¹¹³).

12.5.2 Pautas para la fijación de efectos por parte del juez nacional

Una vez cumplimentados los pasos a los que nos hemos referido en capítulos anteriores hasta llevar a cabo el juicio de abusividad, habiendo llegado el juez nacional a la conclusión de la naturaleza abusiva de una cláusula y en orden a fijar los efectos de dicha declaración, a nuestro modo de ver, el planteamiento judicial adecuado sería el siguiente:

Primera: El juez habrá de determinar, bajo un criterio objetivo y con arreglo al ordenamiento nacional, si el contrato puede subsistir o no sin la cláusula abusiva. La regla general es que el contrato siga obligando a las partes si puede subsistir sin las cláusulas abusivas, incluso cuando ello suponga que el incumplimiento del consumidor quede sin sanción. La posibilidad excepcional de sustituir una cláusula abusiva anulada por una disposición nacional de carácter supletorio podrá hacerse efectiva en los supuestos en los que concurran dos circunstancias: a) la supresión de la cláusula abusiva obligaría al juez nacional a anular el contrato en su totalidad y b) ello expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que este sería penalizado.

Segunda: En caso de que el contrato pueda subsistir –lo que ocurrirá en términos generales cuando la cláusula abusiva regule aspectos accesorios–, no cabe sustitución alguna, sino que el juez se limitará a eliminar la cláusula abusiva, salvo que esa eliminación afecte intereses de terceros u otras circunstancias excepcionales que hagan necesario suplir la laguna dejada por la cláusula abusiva nula, en cuyo caso el juez habría de sustituir la cláusula abusiva por la norma dispositiva de Derecho nacional que regule lo previsto en la cláusula abusiva en defecto de acuerdo entre las partes. En caso de duda sobre

¹¹² Asunto C-19/20. STJUE de 29 de abril de 2021, *Bank BPH*.

¹¹³ Asuntos acumulados C-80/21 a C-82/21. STJUE de 8 de septiembre de 2022, *D. B. P.*

esos extremos, el juez debería plantear cuestión prejudicial, ya que el único supuesto que hemos detectado en la jurisprudencia del TJUE al respecto sería la sustitución de la cláusula abusiva de atribución de gastos de la constitución y cancelación de hipotecas por las disposiciones supletorias reguladoras de la cuestión en la legislación española.

Tercera: En el supuesto de que el juez llegue a la conclusión de que el contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva y la nulidad no conlleve consecuencias perjudiciales para el consumidor, aquel se limitará a anular el contrato en su conjunto.

Cuarta: Las consecuencias sobre la situación del consumidor provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad deben apreciarse a la luz de las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio.

Quinta: La posibilidad de sustitución está limitada, en principio, a las normas de Derecho interno dispositivas o de carácter supletorio –las que se aplican entre las partes cuando no existe ningún otro acuerdo– y se basa en que se presume que tales disposiciones no contienen cláusulas abusivas.

Sexta: No se pueden suplir las lagunas de un contrato, provocadas por la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en este, sobre la única base de disposiciones nacionales de carácter general, que no son disposiciones supletorias ni disposiciones aplicables en caso de acuerdo entre las partes del contrato. Por tanto, es función del juez nacional evaluar si las disposiciones de aplicación en sustitución de las cláusulas abusivas cumplen esos requisitos o no.

Séptima: También es función del juez evaluar si la aplicación de las disposiciones nacionales supletorias permite restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva.

Octava: Una vez apreciada la procedencia de la nulidad del contrato –y no antes–, el juez tendrá en cuenta la voluntad del consumidor para evaluar si dicha nulidad produce consecuencias perjudiciales a este.

Novena: Cuando los consumidores son informados de las consecuencias derivadas de la anulación íntegra de los contratos de crédito (por ejemplo, la exigencia de devolución de un préstamo) y las aceptan, siendo a esos fines determinante la voluntad de los consumidores, no parece que se cumpliría el requisito de que la anulación del contrato en su totalidad exponga a los consumidores interesados a consecuencias especialmente perjudiciales, requisito exigido para que el juez nacional pueda sustituir la cláusula abusiva anulada por una disposición de Derecho interno de carácter supletorio. No obstante, corresponde al juez nacional comprobar ese extremo.

Décima: Sin mencionarlo el TJUE expresamente, en el supuesto de plantearse la nulidad del contrato en su conjunto –por resultar imposible la subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva– y la posibilidad de sustituir la cláusula abusiva nula por una disposición supletoria de Derecho nacional, para poder evaluar la concurrencia del segundo requisito (que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales), consideramos que el juez debería informar al consumidor sobre las consecuencias de la anulación del contrato en su conjunto y preguntarle si acepta esas consecuencias, o más bien, si se ve expuesto o no a consecuencias especialmente perjudiciales, de forma que si el consumidor contesta que acepta las consecuencias, o dicho más claramente, que la anulación no le expone a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez no podría sustituir la cláusula abusiva por la disposición nacional supletoria, sino que debería limitarse a anular el contrato en su conjunto.

Decimoprimera: Por tanto, la voluntad del consumidor no puede ser determinante a la hora de que el juez evalúe si procede o no la anulación del contrato en su conjunto al faltar las cláusulas abusivas; tampoco es determinante para evaluar si las disposiciones nacionales supletorias dejan al consumidor en la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría de no haber existido la cláusula abusiva, sino que la voluntad del consumidor es determinante una vez que el juez ha considerado que procede la anulación del contrato en su conjunto. Así, puede suceder que el consumidor, tras haber sido informado por el juez, manifieste su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula, otorgando un consentimiento libre e informado a esa cláusula, en cuyo caso el juez no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula en cuestión.

También puede suceder que, informado el consumidor de que el contrato en su conjunto no puede subsistir al faltar la cláusula abusiva y que esta puede ser sustituida por una disposición nacional de carácter supletorio, el consumidor se manifieste en el sentido de que la anulación del contrato en su conjunto no le expone a consecuencias especialmente perjudiciales y, por tanto, en ese caso, no procedería la sustitución de la cláusula abusiva, sino la anulación del contrato en su conjunto.

Decimosegunda: De esta forma, desde nuestro punto de vista, parece que las legislaciones procesales de los Estados miembros deberían disponer una especie de incidente procesal a fin de que el juez pueda conocer la voluntad del consumidor en las situaciones antes descritas.

En definitiva, a resultas de lo declarado por el TJUE, a nuestro juicio, una vez identificada la cláusula abusiva, el juez debe evaluar si el contrato

puede subsistir sin la cláusula anulada o su anulación conlleva la anulación del contrato en su conjunto. Si llega a esta última conclusión y en el caso de que aprecie que existe una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio cuya aplicación permite restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva, el juez debería dictar una resolución en virtud de la cual informe al consumidor: a) que procede la anulación del contrato en su conjunto; b) cuáles son las consecuencias derivadas de la anulación del contrato en su conjunto; c) que, a su juicio, la aplicación de una determinada disposición de Derecho nacional de carácter supletorio –identificándola– permite restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva. En la misma resolución debería requerir al consumidor para que manifieste cuál es su voluntad sobre los siguientes extremos: a) si manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo de la cláusula (esta pregunta no sería procedente en el supuesto de que en actos procesales anteriores el consumidor haya invocado el carácter abusivo de la cláusula); b) si acepta las consecuencias derivadas de la anulación del contrato en su conjunto por no resultarle especialmente perjudiciales, o bien, si la anulación del contrato en su conjunto le expone a consecuencias especialmente perjudiciales por lo que procedería la sustitución de la cláusula abusiva anulada por la disposición supletoria de Derecho nacional identificada, manteniéndose el contrato en su conjunto, o bien, si exponiéndole a consecuencias especialmente perjudiciales la anulación del contrato en su conjunto considera que la sustitución de la cláusula abusiva por la disposición supletoria de Derecho nacional identificada no le dejan en la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría de no haber existido la cláusula abusiva, en cuyo caso podrá exponer qué medidas resultan adecuadas, a juicio del consumidor, para que recupere la situación de hecho y de derecho que tendría de no haber existido la cláusula abusiva. Antes de adoptar cualquier decisión, el juez deberá oír las alegaciones del profesional sobre todas las cuestiones planteadas.

Decimotercera: Por otro lado, afectando la cláusula nula al objeto principal del contrato, pero disponiendo el ordenamiento nacional de una norma que ha sido promulgada para obligar al juez a sustituir la cláusula declarada nula, el juez nacional no puede declarar la nulidad del contrato en su conjunto, aunque la pida el consumidor, siempre y cuando esa disposición permita efectivamente restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría dicho consumidor de no haber existido esa cláusula abusiva.

12.5.3 **Propuesta de actuación por parte del juez ante la inexistencia de una solución clara y efectiva por parte del TJUE a la situación en la que el ordenamiento nacional no prevé disposición supletoria para sustituir la cláusula abusiva**

Cuando concurren las dos circunstancias, es decir, procede la nulidad del contrato y esta conlleva consecuencias perjudiciales para el consumidor –por ejemplo, la devolución de la totalidad del préstamo–, a fin de evitar la desaparición del contrato el juez sustituirá la cláusula abusiva por la disposición supletoria de Derecho nacional. En el caso de que el ordenamiento nacional no prevea disposición supletoria para sustituir lo regulado en la cláusula abusiva, a nuestro juicio, no existe una respuesta clara y eficaz por parte del TJUE. Por ello, proponemos que sea articulado un primer trámite procedimental consistente en una mediación activa y efectiva –sin abandonar en ningún caso la objetividad e imparcialidad– por parte del juez, emplazando a las partes a negociar con el fin de determinar la sustitución de la cláusula abusiva, cumpliendo con los requisitos determinados por el TJUE en *Banca B*, es decir, estableciendo el marco para dichas negociaciones y siendo necesario que vayan encaminadas a establecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de consumidor y profesional. En el marco de ese emplazamiento a negociar, el juez debería advertir a las partes que en el caso de que no lleguen a un acuerdo, será el propio juez el que teniendo en cuenta el ordenamiento en su conjunto y las circunstancias concurrentes elaborará la cláusula o mecanismo en sustitución de la cláusula abusiva. Terminada la mediación activa y efectiva por parte del juez sin haberse alcanzado un acuerdo entre las partes, el juez llevaría a cabo un segundo y definitivo trámite procedimental, en el que, previa audiencia de las partes de forma contradictoria, el propio juez nacional, teniendo en cuenta el ordenamiento en su conjunto y las circunstancias concurrentes, elaboraría la cláusula o mecanismo que sustituyese a la cláusula declarada abusiva, estableciendo un equilibrio real entre los derechos y obligaciones del profesional y del consumidor. Esta medida excepcional vendría justificada por la necesidad de protección del consumidor.

Hacemos constar que la posición actual del TJUE no estaría en consonancia con la propuesta formulada, ya que tiene afirmado que por lo que respecta a la posibilidad de sustituir una cláusula abusiva anulada por una interpretación judicial debe excluirse tal posibilidad (*D. B. P.*). Sin embargo, el estudio de la jurisprudencia del TJUE en la materia nos indica que, en ciertas ocasiones, en función de las circunstancias concurrentes, modifica su postura. Así ha sucedido en relación con la sustitución de la cláusula abusiva de atribución de

gastos de constitución y cancelación de hipotecas por las normas supletorias previstas en la legislación española, a pesar de que el contrato de préstamo podía subsistir sin la cláusula abusiva. Por tanto, en ese supuesto el TJUE ha operado la sustitución a pesar de no concurrir la exigencia que el propio TJUE impone sistemáticamente consistente en la imposibilidad de subsistencia del contrato controvertido.

12.5.4 Implicaciones adicionales expuestas por el TJUE en las resoluciones analizadas con relación a los efectos de la identificación de una cláusula abusiva

Primera: De lo dicho por el TJUE en *Dunai*, puede deducirse que si un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro adopta, en aras de una interpretación uniforme del Derecho, una resolución vinculante acerca de las condiciones de ejecución de la Directiva 93/13 y un órgano inferior estima que dicha resolución es contraria a esta, el juez competente debe asegurar la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva 93/13, dejando inaplicada si fuera necesario, y por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, aun posterior –incluida cualquier práctica judicial contraria–, no debiendo solicitar o esperar su previa eliminación por vía legislativa o judicial, o mediante cualquier otro procedimiento constitucional, pudiendo ejercer, así mismo, la facultad de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Por tanto, los tribunales supremos nacionales al ejercer su función de armonización en la interpretación de la Directiva 93/13 establecen criterios con los que los tribunales inferiores pueden no estar de acuerdo por entender que no aseguran la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva 93/13 y, en ese caso, tienen la obligación de actuar en consecuencia, es decir, resolver el correspondiente asunto con arreglo a su propio criterio –apartándose de la postura del tribunal supremo nacional–, o bien, si tienen dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión, plantear cuestión prejudicial. Por tanto, a nuestro juicio, es legítima la actuación de juzgados y tribunales que discrepan de la interpretación que efectúa el Tribunal Supremo tanto de la Directiva 93/13 como de las sentencias del TJUE interpretadoras de esta, con la consecuencia de que estos juzgados y tribunales plantean nuevas cuestiones prejudiciales –quizá, la solución más adecuada– o dictan sentencias en sentido diferente a los criterios emanados del Tribunal Supremo. También es legítima la postura del Tribunal Supremo cuando, en base a las funciones que le corresponden

como juez supremo nacional, sin apartarse de las premisas establecidas por el TJUE, las interpreta teniendo en cuenta el ordenamiento interno, como máximo intérprete de este.

Segunda: No es obstáculo para la aplicación del artículo 6 de la Directiva 93/13 el hecho de que los antecedentes del caso no presenten ningún elemento transfronterizo, dado que dicha disposición constituye legislación de la Unión que armoniza en los Estados miembros un ámbito específico del Derecho que está constituido por las cláusulas abusivas en contratos entre profesionales y consumidores (*Sziber*¹¹⁴). Esta idea es fundamental y se explica sobre la base de que la Unión Europea tiene competencia compartida con los Estados miembros en materia de protección de consumidores con arreglo al artículo 4 del TFUE. En ejercicio de esa competencia la Unión Europea ha legislado y ha adoptado actos jurídicamente válidos como la Directiva 93/13, que ha armonizado en los Estados miembros un ámbito específico del Derecho. Por ese motivo, en un litigio ante un juez nacional sobre cláusulas abusivas en un contrato celebrado entre un consumidor y un empresario, aunque se trate de una situación puramente interna en la que no existan elementos transfronterizos, el juez aplica la Directiva 93/13, que tiene el mismo rango que las normas nacionales de orden público.

Tercera: En principio, es compatible con el principio de tutela judicial efectiva el hecho de que se le exija al consumidor como requisito procedimental que presente determinados datos y cálculos en el marco de una demanda interpuesta por el consumidor contra el profesional (*Sziber*). En la medida en que el TJUE utiliza la expresión «en principio», ello da pie a pensar que en el supuesto de que el juez nacional considerase que esos datos y cálculos son excesivamente complejos, sí podría entender que el requisito procedimental vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor.

Cuarta: La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento, entre otros, en los que el juez competente puede basar, conforme al artículo 4.1 de la Directiva 93/13, su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor, sin que ello suponga automáticamente la calificación de la cláusula como abusiva, sino que será un elemento más a tener en cuenta junto con todas las restantes circunstancias concurrentes (*Perenicova y Perenic*).

Quinta: La Directiva 93/13 no contiene ninguna disposición relativa a la responsabilidad extracontractual (*Kanyeba*)¹¹⁵.

¹¹⁴ As. C-483/16. STJUE de 31 de mayo de 2018, *Sziber*.

¹¹⁵ Asuntos acumulados C-349/19 a C-351/18. STJUE de 7 de noviembre de 2019, *Kanyeba*.

Sexta: Cuando el TJUE analiza cláusulas penales eventualmente abusivas parte de la idea de que su eliminación no da lugar a la anulación del contrato en su conjunto, sin perjuicio de las comprobaciones que el juez nacional deba realizar. Entre otras resoluciones, así lo expone el Tribunal de Justicia en *Kanyeba*. Por pura lógica, en la generalidad de los casos, las cláusulas que sancionan determinadas conductas del consumidor mediante la imposición de una indemnización en favor del profesional han de ser eliminadas en el supuesto de que resulten abusivas, subsistiendo el contrato. Si nos movemos en un ámbito que puede ser regulado por normativa administrativa como sucedía en *Woonhaven Antwerpen*¹¹⁶ y posiblemente ocurra en *Kanyeba* —el juez nacional no lo aclara— entonces, al comprobar si la cláusula refleja una disposición imperativa o supletoria, probablemente lleguemos a la conclusión de que es así, con lo cual la cláusula queda fuera del ámbito de la Directiva 93/13 y no hay lugar a plantearse la eliminación de la cláusula supuestamente abusiva. Sería otro ejemplo de interrelación entre diversos preceptos de la Directiva 93/13. En este caso, se proyecta la relación entre el artículo 1.2 y el artículo 6.1, ambos de la Directiva 93/13.

Séptima: Las circunstancias a las que se refiere el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 son aquellas que el profesional podía conocer en el momento de la celebración del contrato y que podían influir en la posterior ejecución de este, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que solo se manifieste cuando se ejecuta el contrato.

Octava: Es incompatible con la Directiva 93/13 el régimen de costas previsto por el artículo 394.2 de nuestra LEC porque permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales (*Caixabank –contra CY–*¹¹⁷).

Tras la sentencia *Caixabank (contra CY)*, en caso de estimación de la acción de declaración del carácter abusivo de una cláusula y de estimación parcial de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas a resultas de la cláusula abusiva, el órgano judicial debe condenar en las costas del procedimiento al profesional inaplicando el artículo 394.2 LEC.

¹¹⁶ Asunto C-446/17. Auto del TJUE de 7 de diciembre de 2017, *Woonhaven Antwerpen*.

¹¹⁷ Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank (contra CY)*.

Novena: Tratándose de un contrato aleatorio habrá que comprobar si la cláusula controvertida puede causar un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes durante la ejecución del contrato, aun cuando ese desequilibrio solo pudiera producirse si se diesen determinadas circunstancias mientras que, en otras circunstancias, dicha cláusula pudiera incluso beneficiar al consumidor, justificadas dichas circunstancias por el carácter aleatorio del contrato en el que está enmarcada la cláusula controvertida (*Dexia*).

Décima: La cláusula relativa a la retribución de los servicios jurídicos, que se basa en una tarifa por hora y que determina la obligación del mandante de pagar los honorarios del abogado e indica la tarifa de estos, forma parte de las cláusulas que definen la esencia misma de la relación contractual y, por tanto, definen el objeto principal del contrato, y, además, se refiere a la adecuación entre precio y servicio prestado a cambio, según el TJUE (*D. V.*). Al haberlo declarado el TJUE de manera rotunda constituye una indicación útil para que los jueces nacionales puedan evaluar lo que es objeto principal del contrato y adecuación entre precio y servicio a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

Decimoprimera: Para que una cláusula que estipula el precio de los servicios jurídicos por hora sea transparente debe incluir indicaciones que permitan al consumidor apreciar el coste total aproximado de esos servicios. Pueden considerarse como indicaciones válidas una estimación del número previsible o mínimo de horas necesarias para prestar un determinado servicio o bien un compromiso de enviar, a intervalos razonables, facturas o informes periódicos que indiquen el número de horas de trabajo realizadas (*D. V.*). Por tanto, sea en el ámbito de prestación de servicios jurídicos o de otro tipo de servicios, el profesional no puede limitarse a indicar el precio por hora o por otra unidad, de forma que el consumidor, en el momento de celebración del contrato, carezca de una orientación mínima sobre el precio que va a tener que abonar por la prestación de unos servicios. En otras palabras, el consumidor no puede ir «a ciegas» en el desarrollo de la relación contractual en cuanto a las consecuencias o coste económico del contrato suscrito. Partiendo de las bases establecidas por el TJUE, el juez nacional habrá de evaluar si unas determinadas indicaciones facilitadas por el profesional dotan a la cláusula de transparencia. En cualquier caso, las dos indicaciones facilitadas por el TJUE deberían resultar muy útiles a los profesionales (abogados, consultores, etc.), puesto que reflejándolas en el contrato muy probablemente conseguirían que el juez nacional aprecie como transparente la cláusula controvertida.

Decimosegunda: La exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales tiene el mismo alcance en virtud del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y en

virtud del artículo 5 de esta, por lo que no procede tratar de forma diferente las consecuencias de la falta de transparencia de una cláusula contractual en función de si se refiere al objeto principal del contrato o a otro aspecto de este (*D. V.*).

Decimotercera: A mi modo de ver, el tratamiento que otorga el Derecho lituano a la falta de transparencia de una cláusula no negociada individualmente en un contrato entre consumidor y profesional a través del artículo 6.228, apartado 6, de su Código Civil («Las cláusulas escritas de los contratos celebrados con consumidores deberán redactarse de manera clara y comprensible. Las cláusulas contrarias a esta exigencia se considerarán abusivas») es el mismo que prevé el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor del nuevo párrafo segundo del artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios («Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho¹¹⁸»). Es decir, la falta de transparencia conlleva la consideración de la cláusula como abusiva y, por tanto, nula. Por ello, la conclusión del TJUE en *D. V.* en el sentido de que la Directiva 93/13 no se opone a que un Estado miembro establezca en su Derecho interno un mayor nivel de protección, de forma que la falta de transparencia de una cláusula dé lugar de manera automática a la declaración de su carácter abusivo, también es aplicable a nuestro Derecho interno. En definitiva, en aquellos contratos celebrados por consumidores en nuestro país antes del día 16 de junio de 2019 una cláusula no negociada individualmente no debe considerarse abusiva por el mero hecho de que no cumple el requisito de transparencia mientras que en aquellos celebrados a partir del día 16 de junio de 2019 la falta de transparencia de una cláusula no negociada individualmente da lugar automáticamente a su nulidad.

12.6 EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES RESTITUTORIAS A RESULTAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA POR ABUSIVA

Partimos de la premisa tantas veces reiterada por el Tribunal de Justicia en el sentido de que la declaración de la naturaleza abusiva de una cláusula contractual debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de

¹¹⁸ Incorporado en virtud de la disposición final octava de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva como una exigencia ineludible para la consecución del objetivo primordial e inmediato de la Directiva 93/13, que es la protección del consumidor y la reposición del equilibrio entre las partes. El restablecimiento de la situación del consumidor conlleva la constitución de un derecho a la recuperación de lo obtenido ilegítimamente por el profesional, materializándose ese derecho a través del ejercicio de la acción restitutoria. Por ello, es esencial que las normas nacionales que regulen ese ejercicio permitan al consumidor la efectiva recuperación de lo abonado indebidamente. Uno de los problemas más importantes que presenta actualmente en los diferentes Estados miembros la acción restitutoria a resultas de la declaración de la naturaleza abusiva de una cláusula es fijar el día de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción. Por ese motivo, algunos tribunales nacionales han formulado peticiones de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para aclarar esa cuestión y otras relacionadas con ella. A continuación, se exponen algunas conclusiones derivadas del análisis de las sentencias del TJUE en respuesta a esas cuestiones prejudiciales, sin perjuicio de advertir que se encuentran en tramitación al menos cinco asuntos ¹¹⁹ relativos a la misma temática –que probablemente serán acumulados en dos– y que cuando sean resueltos darán posiblemente una contestación definitiva a los interrogantes existentes.

12.6.1 Conclusiones con carácter general

Primera. Es necesario diferenciar dos ideas o conceptos: plazo de prescripción de la acción declarativa de la naturaleza abusiva de una cláusula y plazo de prescripción de la acción restitutoria para recuperar las cantidades abonadas indebidamente a resultas de una cláusula abusiva. En cuanto a la acción declarativa de la naturaleza abusiva de una cláusula, al amparo de los artículo 6.1 (no vinculan al consumidor las cláusulas abusivas) y 7.1 (obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para el cese de cláusulas abusivas) de la Directiva 93/13, el TJUE llega a la conclusión de que para garantizar una protección efectiva de los derechos que la Directiva 93/13

¹¹⁹ Asunto C-484/21, *Caixabank contra FCC y MAB*, planteado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona, asunto C-561/21, *Banco Santander contra GP y BG*, planteado por el Tribunal Supremo, asuntos C-812/21, *Banco Santander contra SA y OG* así como C-813/21, *Banco Sabadell*, planteados ambos por la sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona y, finalmente, asunto C-28/22, *Getin Noble Bank (Délai de prescription des actions en restitution)* planteado por el tribunal polaco Sąd Okręgowy w Warszawie.

confiere al consumidor, este debe poder invocar en todo momento el carácter abusivo de una cláusula contractual no solo como medio de defensa, sino también a efectos de que el juez declare el carácter abusivo de una cláusula contractual, de modo que una acción ejercitada por el consumidor para que se declare el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede estar sujeta a ningún plazo de prescripción, es decir, es imprescriptible, tanto cuando el consumidor opone esa naturaleza abusiva como demandado (como ocurría en *Cofidis* ¹²⁰) como cuando el consumidor es demandante. Esta declaración tiene suma importancia porque si bien hay Estados miembros en los que la imprescriptibilidad de esa acción ha sido declarada por los tribunales como sucede en España o en Rumanía (así consta en *Raiffeisen Bank* ¹²¹), hay otros Estados en los que la cuestión ofrece dudas, como sucede en Francia, motivo por el que el juez remitente pregunta específicamente por ello. En cuanto a la acción restitutoria para recuperar las cantidades abonadas indebidamente a resultas de una cláusula abusiva, la oposición de un plazo de prescripción es compatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, siempre que respete los principios de equivalencia y efectividad (*BNP Paribas Personal Finance –contra VB y otros–* ¹²²). En los asuntos analizados sobre esta cuestión el TJUE se detiene en analizar si la legislación nacional controvertida cumple con ambos principios y para ello tiene en cuenta diferentes aspectos del plazo de prescripción, entre otros, su duración y la fecha de inicio de su cómputo. Es en este segundo aspecto en el que el TJUE radica el incumplimiento del principio de efectividad en los cuatro asuntos analizados: *Raiffeisen Bank*, *Caixabank (contra CY)* ¹²³, *Profi Credit Slovakia* ¹²⁴ y *BNP Paribas Personal Finance (contra VB y otros)*, sin perjuicio de que en el primero de estos asuntos también entiende que el ordenamiento nacional infringe el principio de equivalencia.

Segunda: La obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables implica, en particular en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13, una exigencia de tutela judicial efectiva, consagrada también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal

¹²⁰ Asunto C-473/00. STJUE de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*.

¹²¹ Asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18. STJUE de 9 de julio de 2020, *Raiffeisen Bank*.

¹²² Asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, STJUE de 10 de junio de 2021, *BNP Paribas Personal Finance (contra VB y otros)*.

¹²³ Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank (contra CY)*.

¹²⁴ Asunto C-485/19. STJUE de 22 de abril de 2021, *Profi Credit Slovakia*.

relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos (*BNP Paribas Personal Finance –contra VB y otros–*¹²⁵). Esa declaración del Tribunal de Justicia no es baladí, sino que, a nuestro modo de ver, constituye la perspectiva desde la que el TJUE ha de contemplar y solucionar los problemas que se presentan en este ámbito y es reiterada posteriormente en las cuatro relevantes sentencias dictadas en Gran Sala el día 17 de mayo de 2022: *Unicaja Banco*, C-869/19 (apdo. 29), *Ibercaja Banco*, C-600/19 (apdo. 45), *Impuls Leasing Romania* C-725/19 (apdo. 46) y *SPV Project 1503*, C-693/19 y C-831/19 (apdo. 61). En esa declaración, el Tribunal de Justicia parece contemplar la exigencia de tutela judicial efectiva como una consecuencia del principio de efectividad de los derechos que el Derecho de la Unión concede a los justiciables. Ello constituye una configuración diferente a la que defendemos en el presente trabajo consistente en que el principio de efectividad del Derecho de la Unión representa una cara o aspecto dentro de las diferentes vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. Se contemplen desde una u otra perspectiva, lo trascendental es la vinculación entre el principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva a la hora de materializar los derechos de los consumidores recogidos en la Directiva 93/13 y, entre ellos, el derecho a la restitución de las cantidades abonadas de más por el consumidor a resultas de una cláusula abusiva.

Tercera: La protección del consumidor no es absoluta y la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión. El plazo de prescripción de la acción reparatoria debe respetar el principio de efectividad y el principio de equivalencia. Cuando se analiza un plazo de prescripción hay que tener en cuenta los diferentes elementos que juegan en el funcionamiento de dicho plazo, debiendo observarse, entre otros aspectos, la duración del plazo y las modalidades para su aplicación, incluyendo el mecanismo previsto para determinar el inicio de tal plazo. Por ejemplo, un plazo de prescripción de tres años parece, en principio, materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo, siempre y cuando se establezca y se conozca con antelación. No obstante, si ese plazo de prescripción de tres años empieza a correr a partir de la fecha del cumplimiento íntegro del contrato no se puede garantizar al consumidor una protección efectiva, puesto que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en dicho contrato. Un plazo de tal naturaleza hace, por tanto, excesivamente difícil el

¹²⁵ As. acumulados C-776/19 a C-782/19, STJUE de 10 de junio de 2021, *BNP Paribas Personal Finance (contra VB y otros)*.

ejercicio de los derechos del consumidor conferidos por la Directiva 93/13, no respetando el principio de efectividad (*Raiffeisen Bank*).

12.6.2 Alternativas rechazadas por el TJUE como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución

Primera y única. A resultados de lo declarado por el TJUE hay que descartar como inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución: la fecha del cumplimiento íntegro del contrato (*Raiffeisen Bank*), la fecha de celebración del contrato (*Caixabank –contra CY–*), la fecha en la que se produce el enriquecimiento injusto –que es el día en el que se realiza el pago– (*Profi Credit Slovakia*) y la fecha de aceptación de la oferta de préstamo (*BNP Paribas Personal Finance*).

12.6.3 Sobre la aplicación del principio de equivalencia a las normas nacionales relativas al plazo de prescripción de la acción reparatoria

Primera: La observancia del principio de equivalencia exige que la disposición nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes, correspondiendo al juez nacional apreciar la similitud de los recursos de que se trate. Por ejemplo, dado que en el ordenamiento jurídico rumano la inoponibilidad de las cláusulas abusivas se asimila al régimen de la nulidad absoluta, cuyo efecto es el restablecimiento de la situación anterior (lo que, tratándose de contratos sinalagmáticos, se logra por medio de una acción de restitución de lo pagado indebidamente, comenzando a correr el plazo de prescripción para estas acciones en la fecha de la declaración judicial de la causa de esas acciones), si el plazo para la restitución de las cantidades pagadas a consecuencia de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado con un consumidor empieza a correr desde la fecha del cumplimiento íntegro de ese contrato, deduce el TJUE que, de comprobarse la similitud de las acciones en cuestión –tarea que incumbe en exclusiva al juez nacional– se estarán admitiendo modalidades procesales diferentes que tratan de modo menos favorable las acciones basadas en el sistema de protección previsto en la Directiva 93/13, es decir, no se respetaría el principio de equivalencia (*Raiffeisen Bank*).

Segunda: Por tanto, a nuestro juicio, si una legislación interna de cualquier Estado miembro prevé que el plazo de prescripción de la acción reparatoria para recuperar las cantidades abonadas indebidamente a resultas de una obligación declarada nula de pleno derecho comienza a correr desde la declaración judicial de la causa de esa acción, esa misma legislación, a fin de cumplir con el principio de equivalencia, tendrá que disponer que el plazo de prescripción de la acción reparatoria para recuperar las cantidades abonadas indebidamente como consecuencia de una cláusula declarada abusiva comienza a correr desde la declaración judicial de la naturaleza abusiva de la cláusula. Aquella legislación nacional que no lo cumpla estará infringiendo el principio de equivalencia y, en consecuencia, será contraria al Derecho de la Unión Europea.

12.6.4 **Razones que justifican, a nuestro juicio, la fijación de la fecha de la declaración judicial firme de abusividad como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción reparatoria**

Primera: El inicio del plazo de prescripción de la acción reparatoria es determinado por el TJUE en el momento en el que «el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato» (entre otras, *Raiffeisen Bank*). Por tanto, el TJUE se refiere a «conocimiento del carácter abusivo de la cláusula», no a la posibilidad de que la cláusula sea abusiva, lo que, a nuestro modo de ver, determina un matiz en cuanto a la exigencia de que ese conocimiento sea cabal, no simplemente que el consumidor considere que existen posibilidades de que la cláusula sea abusiva. Teniendo en cuenta que, conforme a lo prevenido en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 93/13, el juicio de abusividad es un examen individualizado en función de las específicas circunstancias concurrentes en la relación de consumo controvertida (naturaleza de los bienes o derechos objeto del contrato, circunstancias concurrentes en la celebración del contrato y restantes cláusulas del contrato controvertido o de otro del que este dependa), puede deducirse de ello que no se conoce con plenitud de certeza si una cláusula concreta de una relación contractual concreta es abusiva o no hasta que no existe la declaración judicial firme de abusividad, por lo que, en nuestra opinión, ese debería ser el momento en que comience a contar el plazo de prescripción de la acción reparatoria a fin de que el consumidor pueda recuperar lo abonado indebidamente a resultas una cláusula abusiva de cualquier naturaleza.

Segunda: Otro argumento que justifica la fijación del *dies a quo* de la acción reparatoria en la fecha de la declaración firme de abusividad es que el Tri-

bunal de Justicia –como antes indicamos– afirma que un plazo de tres años es suficiente para permitir al consumidor interesado preparar e interponer un recurso efectivo siempre y cuando ese lapso de tiempo se establezca y se conozca con antelación (*Raiffeisen Bank*). Esa condición impuesta por el TJUE es determinante porque si contemplamos el problema desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español la propia existencia de las cuestiones prejudiciales planteadas para aclarar las dudas al respecto (entre ellas, la del Alto Tribunal –órgano jurisdiccional supremo en la interpretación del Derecho nacional–) demuestra que el comienzo del lapso de tiempo ni se ha establecido por el legislador ni se ha conocido por los consumidores con antelación. En base a este argumento y al contenido en la conclusión precedente, en nuestra opinión, para dotar de la necesaria seguridad jurídica a la situación, el TJUE debería fijar el *dies a quo* en la fecha de la declaración judicial firme de abusividad y, además, el legislador nacional debería promulgar una disposición legal que así lo recogiera, a fin de cumplir la exigencia establecida por el Tribunal de Justicia: que el lapso de tiempo se establezca y conozca con antelación (apdo. 64 de *Raiffeisen Bank*), lo que en buena lógica incluye que se establezca y conozca con antelación el día a partir del cual se cuenta ese lapso de tiempo. Además, la situación resultante del enfrentamiento entre el principio de seguridad jurídica, por un lado, y los principios de efectividad y de respeto de la tutela judicial efectiva, por otro, ha de ser interpretada teleológicamente, pudiéndose considerar que la finalidad de la declaración de la naturaleza abusiva de una cláusula es el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por ello, cualquier limitación a la consecución de esa finalidad ha de tener un papel residual, reducida a la mínima expresión, a lo estrictamente necesario para evitar producir un resultado injusto.

12.7 EL EFECTO *ERGA OMNES* DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA INSCRITA EN UN REGISTRO FRENTE AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL PROFESIONAL QUE NO HA INTERVENIDO EN EL PROCEDIMIENTO: CÓMO DEBE CONFIGURARSE UN REGISTRO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Abordamos un problema de gran trascendencia en el contexto de los efectos de la identificación de una cláusula abusiva que radica en determinar la posible extensión a otros asuntos de los efectos de las resoluciones judiciales que declaran la naturaleza abusiva de una cláusula.

12.7.1 Sobre el posible efecto *erga omnes* de la declaración judicial de abusividad de una cláusula

El punto de partida estaría constituido por la sentencia *Invitel*¹²⁶ con arreglo a la cual los efectos de la declaración de abusividad se extienden a todos los consumidores que hayan celebrado un contrato con las mismas cláusulas y con el mismo profesional sin haber sido parte en el procedimiento. En esa sentencia, el TJUE no se pronunciaba sobre qué ocurriría con respecto a esas mismas cláusulas utilizadas por otros profesionales que no habían sido parte en el procedimiento y que, por tanto, no habían podido defenderse al respecto. En el asunto *Biuro podrózy «Partner»*¹²⁷ el TJUE tenía que decidir si era compatible con la Directiva 93/13, con la Directiva 2009/22 relativa a acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y con el artículo 47 de la Carta, la normativa polaca relativa al registro de condiciones generales ilícitas, gestionado por un órgano administrativo –la «Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores»– y que recoge las cláusulas declaradas abusivas en los litigios celebrados en Polonia. El Abogado General se mostró contrario a la compatibilidad exponiendo un conjunto de argumentos de gran calado, entre otros: a) la imposibilidad de conciliar ese régimen –que establece con carácter general la naturaleza abusiva de una cláusula– con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 que exige que la apreciación del carácter abusivo sea concreta y se base en circunstancias particulares; b) que el derecho del profesional a ser oído es objeto de una restricción particularmente grave y c) que la expresión «adopte disposiciones» que figura en los artículos 8 y 8 bis, apartado 1, de la Directiva 93/13 legitima al legislador para establecer la lista nacional de cláusulas abusivas, pero no habilita a los tribunales nacionales. El TJUE «desoye» al Abogado General y resuelve que se considerará comportamiento ilícito la utilización de aquella cláusula que sea equivalente a la incluida en el registro de condiciones abusivas tras una sentencia judicial firme dictada en un procedimiento en el que no ha participado el profesional concernido, a condición de que el registro sea gestionado de manera transparente, estructurado con claridad y actualizado convenientemente, así como que se asegure el derecho a la tutela judicial efectiva del profesional, que debe tener la posibilidad de recurrir la resolución que le afecta, tanto en cuanto a la equivalencia material de la cláusula con respecto a la declarada abusiva, como en cuanto a la proporcionalidad de la sanción (*Biuro podrózy «Partner»*).

¹²⁶ Asunto C-472/10. STJUE de 26 de abril de 2012, *Invitel*

¹²⁷ Asunto C-119/15. STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Biuro podrózy «Partner»*.

Por tanto, el TJUE confirma el efecto expansivo de la declaración judicial de la naturaleza abusiva de una cláusula cuando ha sido plasmada en un registro que cumple con las garantías exigidas por dicho tribunal, extendiéndose a las relaciones entre consumidores y profesionales que no han sido parte en el procedimiento judicial donde se ha efectuado la declaración de abusividad. En consecuencia, se produce una nueva extensión subjetiva a añadir a la que dio lugar la sentencia *Invitel*.

12.7.2 Criterios para la configuración de un registro de cláusulas abusivas

En el marco de las diversas medidas dispuestas para contribuir a alcanzar el objetivo de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores –previsto por el artículo 169 del TFUE y por el artículo 38 de la Carta–, dentro del específico ámbito de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales, a nuestro modo de ver, debería tener cabida en cada Estado miembro un registro de las cláusulas declaradas abusivas que pudiera difundir el efecto de la declaración judicial de la naturaleza abusiva de una cláusula, de forma que ese pronunciamiento, fruto de la iniciativa y el esfuerzo de un consumidor o de una asociación de consumidores, pueda redundar en interés de los consumidores y competidores profesionales –utilizando la misma expresión que el artículo 7.1 de la Directiva 93/13–, en definitiva, en beneficio del conjunto de la sociedad.

No obstante, la configuración de ese instrumento ha de ser especialmente cuidadosa para que no infrinja el derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos profesionales que, a pesar de no haber sido parte en el procedimiento judicial en el que se ha declarado la naturaleza abusiva, van a ser afectados por la inscripción en el registro como abusiva de una cláusula con un contenido idéntico o equivalente a la que ellos utilizan. En el diseño de un sistema que respete el derecho a la tutela judicial efectiva de los profesionales y que, simultáneamente, contribuya eficazmente a la difusión de las cláusulas abusivas y, en consecuencia, a la protección de los consumidores, es imprescindible tener en cuenta las indicaciones facilitadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Biuro podróży «Partner»*. A través de los siguientes puntos sintetizamos estos criterios orientadores del TJUE.

Primero: La interpretación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y de la Directiva 2009/22 relativa a las acciones de cesación en materia de

protección de los intereses de los consumidores a la luz del artículo 47 de la Carta debe tener en cuenta que toda persona [física o jurídica] cuyos derechos garantizados por el Derecho de la Unión puedan resultar vulnerados está amparada por la tutela judicial efectiva, lo que atañe no únicamente a los consumidores, sino también a un profesional que alega que la cláusula contractual controvertida no puede calificarse de ilícita y que no debe ser sancionado con una multa (*Biuro podrózy «Partner»*). Ello nos sirve para recordar que en cualquier relación de consumo es necesario tener en cuenta el derecho a la tutela judicial efectiva de ambos sujetos, consumidor y profesional, no únicamente del consumidor.

Segundo: El establecimiento de una lista o registro de cláusulas consideradas abusivas por parte de los Estados miembros es compatible con el Derecho de la Unión sobre la base del artículo 8 de la Directiva 93/13 (posibilidad de los Estados miembros de adoptar disposiciones que eleven el nivel de protección previsto en la Directiva 93/13) respondiendo, en principio, al interés de proteger a los consumidores, si bien su creación y gestión deben cumplir con las exigencias de esa Directiva y, en general, del Derecho de la Unión. En consecuencia, el registro de cláusulas abusivas ha de ser gestionado de manera transparente, en interés no solo de los consumidores, sino también de los profesionales, debiendo ser estructurado con claridad y actualizado convenientemente, lo que implica que se mantenga al día y que se retiren sin demora aquellas cláusulas que deban dejar de figurar en él (*Biuro podrózy «Partner»*).

Tercero: Los efectos de la declaración judicial firme de la naturaleza abusiva de una cláusula inscrita en un registro de cláusulas abusivas pueden extenderse a cláusulas equivalentes utilizadas por otros profesionales, aunque no hayan sido parte en el procedimiento judicial donde se ha declarado esa naturaleza abusiva, condicionado ello a que para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva del profesional exista un mecanismo procesal para que este pueda recurrir tanto la consideración de la equivalencia de su cláusula con respecto a la cláusula inserta en el registro como en cuanto al importe de la eventual sanción económica, que debe cumplir con el principio de proporcionalidad.

12.8 EL REGISTRO ESPAÑOL DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

En la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, nuestro legislador dedicó un conjunto de disposiciones a la creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Esas disposiciones fueron desarrolladas reglamentariamente a través del Real Decreto 1828/1999,

de 3 de diciembre, por el que quedó aprobado el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Actualmente, constituye una sección dentro del Registro de Bienes Muebles llevado por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles bajo la dependencia del Ministerio de Justicia.

Las modificaciones adoptadas a través de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario deberían contribuir a mejorar el funcionamiento del Registro tanto en cuanto al obligado depósito de formularios en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios –hasta ahora la voluntariedad daba lugar a un escaso uso del Registro por los profesionales– como en cuanto a una generalizada inscripción de todas las sentencias firmes por las que se declare la nulidad, cesación o retractación de condiciones generales abusivas.

No obstante, nuestro Registro de Condiciones Generales de la Contratación en su configuración actual no representa una herramienta útil para los consumidores, presentando un funcionamiento deficiente, desde nuestro punto de vista.

Para que el Registro se convierta en un instrumento realmente útil para los consumidores, asociaciones y abogados que defienden los intereses de estos, son necesarios cambios profundos. Si efectuamos una simple consulta del Registro los resultados son decepcionantes, en nuestra opinión. Así, no existe posibilidad de búsqueda temática (préstamos, seguros, vivienda, etc.), búsqueda por conceptos (gastos, intereses, etc.) u otros criterios que ayuden al consumidor a localizar de forma sencilla y rápida aquellas cláusulas que han sido declaradas abusivas en los aspectos en los que esté interesado para poder comparar su contenido con el de la cláusula de su contrato. Además, si comprobamos ficha por ficha –lo que nunca sería un método atractivo para el consumidor– correspondientes a sentencias firmes de nulidad, nos encontramos con frecuentes y graves deficiencias ¹²⁸.

Dentro del presente trabajo, concretamente, dentro del epígrafe «Otras medidas» de las «Propuestas a nivel nacional» del capítulo 13 («La integración de la doctrina del TJUE pendiente de consolidarse: propuestas a nivel

¹²⁸ Hay ocasiones en las que no se incluye el contenido de la cláusula abusiva, ni tampoco los datos del órgano jurisdiccional. La irracionalidad llega a extremos insospechados al incluirse el número de procedimiento pero no el juzgado o tribunal que ha dictado la sentencia, ni tampoco el contenido de la cláusula, o bien se detalla la sentencia del Tribunal Supremo relativa al recurso de casación, pero indicando que no se han enviado las sentencias de los órganos inferiores que contienen las cláusulas declaradas abusivas, por lo que se carece de información sobre las cláusulas declaradas nulas en cualquiera de las instancias anteriores. También, a veces, hay pestañas que llevan a notas donde se indica «fuera de servicio». En definitiva, un funcionamiento deficiente, a nuestro juicio, que no resulta provechoso para los consumidores.

nacional y propuesta a nivel europeo») incluimos un apartado relativo a la mejora del Registro de Condiciones Generales de la Contratación y, asimismo, proponemos la creación en España de un órgano consultivo y divulgativo al estilo de la «Commission des clauses abusives» existente en Francia. Por tanto, para evitar innecesarias repeticiones, nos remitimos a dicho apartado en el que se exponen nuestras ideas para elevar la protección de los consumidores en el ámbito concernido.

12.9 RELACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13 CON NORMATIVAS SECTORIALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Únicamente hemos examinado dos asuntos bajo esta temática (*Air Berlin*¹²⁹ y *DelayFix*¹³⁰). No obstante, ambos asuntos nos han proporcionado varias conclusiones de gran relevancia. El primero al constatar el TJUE que la Directiva 93/13 ha de aplicarse conjuntamente con la normativa sectorial de la Unión, salvo que esta disponga expresamente otra cosa. En *DelayFix*, que versa sobre la aplicación de la Directiva 93/13 junto con el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y con el Reglamento 261/2004 sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, la idea más importante que nos aporta no se refiere a esa aplicación conjunta, sino en relación con el problema que se produce cuando el consumidor cede su crédito a una empresa de gestión de cobros. El TJUE traslada a la Directiva 93/13 lo que ya tenía dicho en relación con la Directiva 2008/48 sobre contratos de crédito al consumo. Se aplica el instrumento de protección de consumidores, aunque el procedimiento judicial contra el profesional se inste por una persona jurídica a la que le ha cedido el crédito el consumidor.

A partir del análisis de ambas sentencias, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

Primera: El objetivo de la Directiva 93/13 no es restringir la libertad de fijación de precios de las compañías aéreas, sino que persigue obligar a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar

¹²⁹ Asunto C-290/16. STJUE de 6 de julio de 2017, *Air Berlin*.

¹³⁰ Asunto C-519/19. STJUE de 18 de noviembre de 2020, *DelayFix*.

su eventual carácter abusivo, en aras de la protección que debe concederse al consumidor por hallarse en situación de inferioridad respecto del profesional, tanto en lo que atañe a la capacidad de negociación como al nivel de información. En ese contexto, únicamente cabría admitir que la Directiva 93/13 no es aplicable en el ámbito de los servicios aéreos regulado por el Reglamento núm. 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad si así lo establecieran con claridad las disposiciones de dicho Reglamento, lo que no sucede. En concreto, no cabe deducir que el artículo 22.1 de dicho Reglamento se oponga a la aplicación de una normativa nacional que transpone disposiciones del Derecho de la Unión en materia de protección de consumidores como las de la Directiva 93/13 (*Air Berlin*).

Segunda: Las declaraciones efectuadas por el TJUE en *Air Berlin* son trasladables a cualquier debate que se produzca con respecto a otra norma sectorial y su relación con la Directiva 93/13. En definitiva, la Directiva 93/13 es una directiva general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de la actividad económica, por lo que para que no resulte de aplicación –ya sea directamente o ya sea mediante la aplicación de la normativa nacional que la transpone– a un ámbito concreto es necesario que existan disposiciones del Derecho de la Unión que expresa y claramente así lo dispongan.

Tercera: En supuestos de cesión de créditos a una agencia de gestión de cobro el hecho de que los litigios se sustancien únicamente entre profesionales no impide la aplicación de la Directiva 93/13 en la medida en que el ámbito de aplicación de esta no depende de la identidad de las partes del litigio, sino de la calidad de las partes en el contrato (*DelayFix*).

CAPÍTULO 13. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO PROCESAL

SUMARIO:

- 13.1 Introducción.
- 13.2 La doctrina de la obligada tutela judicial de oficio.
 - 13.2.1 Visión de conjunto.
 - 13.2.2 Los pilares en la construcción de la doctrina en el marco de la Directiva 93/13 y la situación actual.
- 13.3 Competencia judicial.
- 13.4 Reglas y principios procesales especiales.
 - 13.4.1 Acciones colectivas y asociaciones de consumidores: su relación con acciones individuales.
 - 13.4.2 El principio de equivalencia de orden público.
 - 13.4.3 El principio de igualdad de armas.
 - 13.4.4 El principio de cosa juzgada.
 - 13.4.5 Cuestiones relativas al plazo para formular oposición.
 - 13.4.6 Exigencia de fianza para suspender la ejecución.
 - 13.4.7 Adopción de medidas cautelares.
 - 13.4.8 *Reformatio in peius*.
 - 13.4.9 Cuestiones sobre condena en costas al profesional.
 - 13.4.10 Introducción de nuevo recurso y de instancia adicional.
- 13.5 El examen de los procedimientos judiciales y extrajudiciales nacionales, así como del proceso monitorio europeo por parte del TJUE.
 - 13.5.1 El procedimiento de ejecución hipotecaria.
 - 13.5.2 El procedimiento de ejecución extrajudicial.

- 13.5.3 El proceso monitorio nacional y el proceso monitorio europeo.
- 13.5.4 El procedimiento de jura de cuentas español.
- 13.5.5 El procedimiento concursal, en particular, y los procedimientos (en general).
- 13.5.6 Reformas legislativas realizadas.

13.1 INTRODUCCIÓN

Tal y como se defiende a lo largo de nuestro estudio, la interpretación de la Directiva 93/13 por parte del Tribunal de Justicia ha sido tan extraordinariamente rica que ha trascendido la esfera sustantiva, alcanzando de lleno el Derecho procesal. Hemos llevado a cabo un extenso análisis de la irrupción de la doctrina del TJUE en el ámbito procesal examinando un conjunto de resoluciones del Tribunal de Justicia que han tenido una especial incidencia en el Derecho adjetivo de los Estados miembros, por lo que en el presente capítulo vamos a tratar de sintetizar dicho impacto exponiendo las ideas estructurales por encima de los aspectos coyunturales. Utilizando el mismo orden seguido para el análisis, abordaremos las principales premisas que surgen de la jurisprudencia del TJUE en relación con la doctrina de la obligada tutela de oficio del juez, los diferentes aspectos de la competencia judicial, los principios procesales y, finalmente, la incidencia en concretos tipos de procedimientos (ejecución hipotecaria, ejecución extrajudicial, monitorios nacional y europeo, jura de cuentas y concursal).

13.2 LA DOCTRINA DE LA OBLIGADA TUTELA JUDICIAL DE OFICIO

13.2.1 Visión de conjunto

El origen de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio hay que situarlo en el hecho de que el TJUE atribuye a las normas comunitarias sobre Derecho de la competencia el mismo rango que tienen las normas nacionales de orden público y deben recibir el mismo tratamiento procesal que estas.

En el marco del Derecho de consumidores la premisa que despliega la actuación de oficio del juez es la calificación de parte débil del consumidor frente al profesional y el correlativo desequilibrio entre ambas posiciones, que solo puede ser corregido a través de la actuación de oficio del juez al existir un interés social en la protección del consumidor.

Por tanto, la actuación judicial de oficio en el ámbito de consumidores viene justificada por la necesidad de protección del consumidor y del restablecimiento de la igualdad en la relación entre profesional y consumidor. En definitiva, esa actuación de oficio del juez es la que restituye la situación de igualdad procesal, que forma parte del genérico derecho a la tutela judicial efectiva.

El componente que da lugar a la extensión de la doctrina es el sentido social que la misma adquiere, particularmente a través de los asuntos provenientes de los Estados miembros en los que la especial gravedad de la crisis económica –iniciada en 2008 y que se prolongó hasta 2014-2016 en función de la situación de cada país– generó situaciones de extrema angustia para los consumidores (en especial, pérdida de la vivienda familiar), tal y como sucedió en España, Hungría, Eslovaquia y, con diferente incidencia, en otros Estados miembros. El concepto de interés social que va implícito al Derecho de consumidores se convierte en extrema necesidad social cuando nos situamos en esos asuntos de consumidores en riesgo de perder su vivienda familiar que, a su vez, son representativos de la situación de cientos de miles de consumidores, por lo que el TJUE es consciente de que la resolución que dé a cada uno de esos asuntos puede afectar la vida de cientos de miles de ciudadanos de la Unión en situación de gran dificultad económica. El contexto social y económico en el que se han dictado las resoluciones del TJUE ha sido clave para determinar su evolución.

Es esa función o motivación social que imprime el TJUE a sus resoluciones sobre la tutela judicial de oficio en materia de consumidores el motor que hace avanzar a gran velocidad la doctrina, sirviéndose del principio de equivalencia –y, dentro de este, del subprincipio de equivalencia de orden público– y del principio de efectividad –sustituido o acompañado en los últimos años en muchas ocasiones por el principio de tutela judicial efectiva–, frente al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, que ha cedido progresivamente su virtualidad y que aparece cada vez más desdibujado, sobre todo, frente al derecho a la tutela judicial efectiva que, directa o indirectamente, asume el protagonismo y se erige en el cauce sobre el que discurre el juicio valorativo. Como es sabido, con arreglo al principio de equivalencia, el ordenamiento jurídico nacional no puede tratar las reclamaciones basadas en el Derecho de la Unión Europea de manera menos favorable que las reclamaciones similares de Derecho interno y, en virtud del principio de efectividad, la regulación procesal no puede estar articulada de tal manera que haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

En el contexto de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio de consumidores nos encontramos con el subprincipio de equivalencia de orden público que comprende la aplicación de oficio de normas imperativas de Derecho de consumidores por parte del juez nacional al conferírseles el mismo rango que las normas nacionales de orden público cuando, según la legislación nacional, estas han de aplicarse de oficio.

La aplicación de la doctrina de la tutela judicial de oficio en el marco del procedimiento conllevará que el juez habrá de adaptar los principios procesales tradicionales como el principio dispositivo, el principio de proposición de prueba de parte, el principio de congruencia e, incluso, en determinadas circunstancias, el principio de cosa juzgada, a las exigencias de la doctrina de la tutela judicial de oficio, tal y como han sido declaradas por el TJUE.

13.2.2 Los pilares en la construcción de la doctrina en el marco de la Directiva 93/13 y la situación actual

Las resoluciones a las que nos referimos a continuación son consideradas por el autor del presente trabajo como las bases sobre las que se ha ido construyendo la doctrina de la tutela de oficio de los consumidores, suponiendo cada una de ellas un avance de distinta naturaleza en la configuración de esta. A lo largo del presente trabajo, hemos estudiado numerosas resoluciones en las que se aplica la doctrina, algunas de ellas especialmente trascendentales como *Aziz*¹, que constituyó un auténtico «terremoto» jurídico en el Derecho procesal nacional afectado. Una parte de esas resoluciones –como la mencionada *Aziz*– son estudiadas en otros capítulos por razones sistemáticas al tener mayor vinculación con otras cuestiones.

La sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*² constituye el punto de partida. En ella, por vez primera, el Tribunal de Justicia establece la facultad del juez nacional para apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula en un contrato de consumidores como medio idóneo para alcanzar una protección efectiva del consumidor con arreglo al resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva 93/13 que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, así como para que se logre el objetivo contemplado en el artículo 7 de la Directiva 93/13, dado

¹ C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.

² Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98. STJUE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*.

que ese examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya al cese del uso de las cláusulas abusivas.

A partir de *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* se va a desarrollar la doctrina del TJUE sobre la actuación de oficio del juez en materia de protección de consumidores, extendiéndose desde la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas a otros instrumentos del ámbito de consumo (Directiva 87/102/CEE en materia de crédito al consumo, Directiva 85/577/CEE referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, entre otros) y afectando a distintos tipos de procedimientos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En *Cofidis*³ el TJUE declara que en aquellos procedimientos que tengan por objeto el cumplimiento de cláusulas abusivas, incoados por profesionales contra consumidores, la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para no aplicar tales cláusulas, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, puede atentar contra la efectividad de la protección que es objeto de los artículos 6 y 7 de la Directiva, por lo que debe considerarse que una norma procesal, que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, vulnera el principio de efectividad y, por tanto, es incompatible con la Directiva 93/13. Esta declaración servirá de base para que casi veinte años después, en *BNP Paribas Personal Finance –contra VB y otros–*⁴, el TJUE constata que el consumidor puede invocar en todo momento el carácter abusivo de una cláusula contractual, no solo como medio de defensa –como ocurría en *Cofidis*–, sino también cuando solicita la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula, consagrando de esta forma la imprescriptibilidad de esa acción declarativa.

En *Mostaza Claro*⁵, el TJUE afirma que en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo. Esta sentencia representa, por tanto, una manifestación del llamado principio de

³ Asunto C-473/00. STJUE de 21 noviembre de 2002, *Cofidis*.

⁴ As. acumulados C-776/19 a C-782/19, STJUE de 10 de junio de 2021, *BNP Paribas Personal Finance (contra VB y otros)*.

⁵ Asunto C-168/05. STJUE de 26 octubre de 2006, *Mostaza Claro*.

equivalencia de orden público⁶ y en ella, además, el TJUE señala que la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Es muy significativo que la propia sentencia se refiere a que la Directiva 93/13 tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores dentro de la misión confiada a la Comunidad de elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de esta. Ello representa una visión de la Comunidad menos mercantilista y más próxima a la Europa de los ciudadanos y constituye un ejemplo del papel desempeñado por el Tribunal de Justicia en ese proceso de acercamiento de las instituciones europeas a los ciudadanos.

Si bien no estaba claramente determinada si la apreciación de oficio por parte del juez nacional era una facultad o una obligación de este, es a partir de *Pannon GSM*⁷, dictada el 4 junio de 2009, cuando esa apreciación se configura claramente como una obligación del juez nacional. Así resulta del criterio del propio TJUE, puesto de manifiesto en la sentencia *Tomášová*⁸.

Por tanto, en *Pannon GSM* ya está establecida por parte del TJUE la obligación de que el juez nacional debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Y cuando considere que la cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo que el consumidor se oponga a ello, es decir, que el consumidor, tras haber sido informado al respecto por el juez, manifieste su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula.

Esta sentencia constituye el punto de inflexión, según el propio TJUE ha explicado en *Tomášová*, a partir del cual ya no existe ninguna duda ni reticencia en cuanto a que el juez nacional está obligado a actuar de oficio a la hora de apreciar la posible abusividad de una cláusula una vez dispone de los elementos fácticos y jurídicos para dicha apreciación, por lo que cuando esa obligación no es cumplida por el juez nacional surgiría la posibilidad de reclamar al Estado los perjuicios derivados de tal incumplimiento sufridos por el consumidor en el marco de la doctrina *Köbler*⁹, es decir, debiendo concurrir

⁶ El TJUE se apoya en *Eco Swiss* (STJUE de 1 de junio de 1999, C-126/97) dictada en materia de Derecho de la competencia y traslada las consecuencias de la naturaleza de orden público comunitario de las normas sobre competencia al ámbito de la protección de consumidores.

⁷ Asunto C-243/08. STJUE de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*.

⁸ Asunto C-168/15. STJUE de 28 de julio de 2016, *Tomášová*.

⁹ Asunto C-224/01. STJUE de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*.

los demás requisitos que el propio TJUE ha ido configurando en su jurisprudencia relativa a la responsabilidad del Estado-juez por infracción del Derecho de la Unión Europea.

El establecimiento de la obligación en lugar de la facultad contribuye a una aplicación uniforme del Derecho de la Unión ya que la configuración como facultad provocaría que, en función del criterio de cada juez, las normas comunitarias se interpretarían de forma dispar en los diferentes Estados miembros e incluso dentro del mismo Estado, según el criterio de cada órgano jurisdiccional.

Posteriormente, fue dictada por el Tribunal de Justicia la sentencia *VB Pénzügyi Lízing*¹⁰ en la que declaró la obligación del juez nacional de acordar de oficio diligencias de prueba para determinar, cuando ello sea necesario, si una cláusula es abusiva. Se trataba de determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figuraba en el contrato controvertido, estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula. En esa situación el juez tiene la obligación de acordar de oficio las diligencias de prueba que sean necesarias para poder llevar a cabo la apreciación. La decisión fue adoptada a pesar de que la Abogada General sra. Trstenjak propuso al TJUE que resolviera en sentido contrario, es decir, que la Directiva 93/13 no impone al tribunal nacional la obligación de acordar de oficio diligencias de prueba. Ello demuestra cómo la doctrina sobre la obligada actuación de oficio del juez ha ido avanzando lentamente y con dificultades, sorteando obstáculos en forma de posturas diferentes basadas en la preponderancia del principio dispositivo del proceso civil. La Abogada General analizó incluso el principio de tutela judicial efectiva en relación con la cuestión de la diligencia de prueba de oficio, estimando que de dicho principio no se infiere que el Derecho comunitario exija renunciar al principio de soberanía de las partes en el procedimiento y lo sustituya por el principio de oficialidad e inquisitorio. Afortunadamente, el TJUE no siguió su postura y la doctrina se vio fortalecida por esta sentencia, lo que consideramos ha influido positivamente en la elevación del nivel de protección de los consumidores.

En *Banif Plus Bank*¹¹ el TJUE añade una exigencia a las premisas elaboradas en las sentencias anteriores que consiste en que el juez debe informar a las partes del posible carácter abusivo de una o varias cláusulas y ofrecerles la

¹⁰ Asunto C-137/08. STJUE de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lízing*.

¹¹ Asunto C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*.

posibilidad de debatir de forma contradictoria la cuestión conforme a las normas procesales nacionales antes de tomar la pertinente decisión sobre la naturaleza abusiva de la cláusula o cláusulas controvertidas. Para llegar a esta trascendental conclusión el TJUE parte de que al aplicar el Derecho de la Unión, el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aclarando que, entre esas exigencias, figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular, cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio, recordando que, con carácter general, el principio de contradicción no confiere únicamente a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales este tiene intención de fundamentar su decisión. Sobre esa base, el Tribunal de Justicia infiere que en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado—sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto— que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales. Esta importante declaración incorpora el principio *audi alteram partem* y viene a completar las premisas elaboradas en las sentencias anteriores añadiendo una nueva exigencia: la información a las partes y el debate contradictorio conforme a las normas procesales nacionales. Es muy significativo que el TJUE se haya amparado en el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 47 de la Carta para fundamentar la declaración contenida en esa sentencia. Desde nuestro punto de vista, existe falta de precisión en la forma de expresarse el TJUE cuando se refiere a que el principio de contradicción obliga «al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual» a informar a las partes y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria la cuestión. Entendemos que debería referirse «al juez nacional que haya comprobado de oficio el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual», por cuanto que si ya ha comprobado la naturaleza abusiva de la cláusula de nada serviría el debate contradictorio. En particular, no tendría sentido oír al profesional sobre la naturaleza abusiva de la

cláusula si la decisión sobre el carácter abusivo ha sido ya tomada. Ese debate tiene su razón de ser en el hecho de que el juez nacional tiene una fundada creencia del «eventual» carácter abusivo de la cláusula; informa a las partes de su creencia y las llama a debatir de forma contradictoria para que expongan sus razonamientos al respecto antes de adoptar la decisión.

Desde esa resolución está conformado el esqueleto o armazón de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio del consumidor. De esta forma, ya están configurados los requisitos para la aplicación de la doctrina en el ámbito de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Consideramos que dichos requisitos son los siguientes:

1) Que el juez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para la actuación judicial de oficio en orden a poder comprobar la posible existencia de cláusulas abusivas.

2) En caso de no disponer de los elementos fácticos el juez nacional tiene la obligación de acordar de oficio diligencias de prueba para determinar, cuando ello sea necesario, si una cláusula es abusiva, es decir, el juez debe disponer de oficio que se practiquen diligencias de prueba para investigar la situación y obtener esos elementos fácticos de los que carece.

3) Que, antes de adoptar la decisión, el juez haya informado a las partes sobre la eventual naturaleza abusiva de la cláusula controvertida, habiendo ofrecido a las partes la posibilidad de debatir de forma contradictoria sobre la cuestión conforme a las normas procesales nacionales.

4) La cláusula abusiva puede aplicarse si el consumidor, después de haber sido informado por el juez de la naturaleza abusiva de la misma, muestra expresamente su voluntad de que la cláusula abusiva le sea aplicada. La doctrina refuerza la protección, pero no impone la protección porque si el consumidor muestra su voluntad contraria a la eliminación de la cláusula abusiva, esta no se produce.

Una vez configurado el esqueleto o armazón de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio, el TJUE fue elaborando nuevas premisas en desarrollo de esta.

La sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*¹² debe entrar –a nuestro juicio– dentro de ese reducido grupo de resoluciones que han resultado clave para el desarrollo de la doctrina, incorporando, además, declaraciones particularmente interesantes en diferentes aspectos que le confieren un carácter didáctico.

¹² Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

Un primer aspecto digno de mención se refiere a que cuando haya dudas sobre el significado de un determinado concepto en la lengua del Estado miembro en el que se plantee la cuestión, la solución pasa por comparar las diferentes versiones lingüísticas del instrumento comunitario, en este caso la Directiva 93/13, para deducir cuál era la intención y finalidad del legislador comunitario. En este asunto la conclusión es que, aunque en los artículos 1.1 y 2.c) –entre otros– de la versión neerlandesa de la Directiva 93/13 se utilice la expresión «*verkoper*» que literalmente significa vendedor debe ser interpretada de manera uniforme en el mismo sentido que figura en las demás versiones lingüísticas como «profesional», es decir, un concepto más amplio que el de «vendedor». Otra idea interesante de esta sentencia es dejar patente que el contrato de arrendamiento se refiere a una necesidad esencial del consumidor y económicamente representa habitualmente una de las partidas más importantes de su presupuesto, dándose además la circunstancia de que desde el punto de vista jurídico es un contrato regulado por lo general por una normativa nacional compleja, poco conocida por los particulares. Una declaración de notoria importancia es que, a reserva de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas (y supletorias) del Derecho nacional, la Directiva 93/13 se aplica a los contratos de arrendamientos de vivienda entre profesional-arrendador y consumidor-arrendatario. Además, dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, su artículo 6 debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de orden público, debiendo considerarse que esa calificación se extiende a todas las disposiciones de la Directiva 93/13 que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por su artículo 6, es decir, se sitúan al mismo nivel y con el mismo rango que las normas nacionales de orden público (*Asbeek Brusse y de Man Garabito*).

Como manifiesta el considerando décimo de la Directiva 93/13, las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a «todos los contratos» celebrados entre un profesional y un consumidor, sin importar de qué tipo de actividad profesional se trata (*Asbeek Brusse y de Man Garabito*). A partir de esta sentencia queda claro que la Directiva 93/13 resulta de aplicación a los contratos de cualquier índole que celebren un profesional y un consumidor, sin perjuicio de las dos exclusiones que afectan al ámbito material de aplicación de la Directiva 93/13. La primera exclusión comprende las cláusulas que hayan sido negociadas individualmente (art. 3.1 y considerando decimosegundo de la Directiva 93/13) y la segunda exclusión afecta a las cláusulas que reflejen

disposiciones imperativas o supletorias de los Estados miembros (art. 1.2 y considerando decimotercero de la Directiva 93/13).

Especialmente importante ha sido la aportación de la sentencia *Lintner*¹³, dictada por el TJUE el 11 de marzo de 2020, que facilita la respuesta a determinadas cuestiones pendientes en la doctrina de la tutela judicial de oficio, estableciendo, en particular, dónde se sitúan en la actualidad los límites del obligado examen de oficio del juez. En cualquier caso, la doctrina está en evolución, por lo que tenemos la convicción de que el TJUE va a ir alumbrando nuevas aportaciones al respecto.

La efectividad de la protección que el juez nacional debe conceder al consumidor mediante una intervención de oficio no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él. De esta forma, están sujetas a la obligación de examen de oficio que incumbe al juez nacional que conoce del asunto únicamente aquellas cláusulas contractuales que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido, a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos, y que tales cláusulas deben ser examinadas para verificar su eventual carácter abusivo, tan pronto como el juez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto (*Lintner*).

Para llegar a esas conclusiones el TJUE se apoya tanto en el principio dispositivo –según el cual las partes definen el objeto del litigio– como en el principio *ne ultra petita* –conforme al cual el juez no puede pronunciarse más allá de las pretensiones de las partes–. A nuestro modo de ver, estas declaraciones contradicen lo sentado por el TJUE en diferentes sentencias dictadas con base en la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio como *Duarte Hueros*¹⁴ y *Asbeek Brusse y de Man Garabito*¹⁵, entre otras. En la primera de ellas, el principio dispositivo y el principio de congruencia son apartados en beneficio de la necesidad de conceder al consumidor una protección eficaz, hasta tal punto que los artículos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶ que proclaman esos principios son considerados opuestos a la Directiva 1999/44

¹³ Asunto C-511/17. STJUE de 11 de marzo de 2020, *Lintner*.

¹⁴ Asunto C-32/12. STJUE de 3 de octubre de 2013. *Duarte Hueros*.

¹⁵ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

¹⁶ El artículo 216 LEC establece el principio dispositivo o de justicia rogada y el artículo 218 LEC dispone el principio de congruencia.

sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo en el marco de las particulares circunstancias concurrentes en el litigio principal. En *Asbeek Brusse y de Man Garabito* el TJUE le indicó al tribunal remitente que anulara la cláusula, eliminando, por tanto, la pena contractual, lo que no había sido solicitado por el consumidor, quedando desvirtuado el principio de congruencia. Ello supuso una ampliación del litigio más allá de las pretensiones formuladas y que se sobrepasaran los límites del objeto del litigio tal como las partes lo habían definido en sus pretensiones. Por tanto, la sentencia *Lintner* y los fundamentos sobre los que se asienta (principio dispositivo y principio *ne ultra petita*), desde nuestro punto de vista, suponen una cierta involución de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio. La conclusión del TJUE es que corresponde al juez nacional decidir cuáles son las cláusulas vinculadas al objeto principal del litigio tal y como las partes lo han definido a la vista de las pretensiones que hayan formulado, no debiendo efectuar el juez una lectura formalista de las pretensiones de las que conoce. Esas serían las cláusulas sujetas a la obligación de examen de oficio para verificar su eventual carácter abusivo, tan pronto como el juez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto. Ello genera un cierto riesgo de inmovilizar la iniciativa del juez en su deseo de proteger al consumidor. Es cierto que el TJUE deja abierta la posibilidad de que el consumidor formule una nueva demanda relativa a las cláusulas que no fueron objeto de su demanda inicial o trate de ampliar el objeto del litigio *motu proprio* o a instancia del juez, siempre y cuando la legislación procesal nacional se lo permita. Sin embargo, estas opciones se nos antojan insuficientes y no nos parece que constituyan medios eficaces para conseguir el cese del uso de las cláusulas abusivas. Creemos que el TJUE podía haber encontrado una solución que, sin implicar que el juez nacional tenga la obligación de examinar el carácter abusivo de todas y cada una de las cláusulas de un contrato controvertido –lo que conllevaría una gran complejidad y dedicación difíciles de gestionar por parte del juez– sí podía haber encontrado una alternativa a medio camino entre ambas posiciones, por ejemplo, la necesidad de apreciación de oficio de aquellas cláusulas que puedan afectar de forma directa y cualitativamente importante a la situación del consumidor. Con ello se facultaría al juez para que pueda proteger al consumidor en situaciones en las que se ve verdaderamente necesitado de dicha tutela judicial.

En *Lintner*, el TJUE también delimita dos conceptos o ideas: por un lado, la obligación del juez de «tener en cuenta» las restantes cláusulas del contrato controvertido –mandato impuesto por el artículo 4.1 de la Directiva 93/13– como ejercicio imprescindible para poder evaluar el efecto acumulativo de todas las

cláusulas del contrato a fin de llevar a cabo el juicio de abusividad frente a, por otro lado, un supuesto deber de apreciar de manera autónoma la eventual naturaleza abusiva de las restantes cláusulas del contrato, obligación que no le corresponde al juez nacional según deja el TJUE claramente expuesto.

En cuanto a la obligación del juez de adoptar de oficio diligencias de prueba para completar los elementos fácticos necesarios para llevar a cabo su examen, el TJUE ha ido completando lo declarado en *VB Pénzügyi Lízing*. Así, se pronunció al respecto en la ya citada sentencia *Lintner*, que puede considerarse matizada por dos resoluciones dictadas también en el año 2020, la sentencia *Kancelaria Medius*¹⁷ y el auto pronunciado en el asunto *STING Reality*¹⁸ (esta resolución gira fundamentalmente en torno al concepto de cláusula no negociada individualmente).

Si los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos ante el juez nacional suscitan serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que no fueron mencionadas por el consumidor, pero que guardan relación con el objeto del litigio, sin que sea posible realizar apreciaciones definitivas al respecto, incumbe al juez nacional acordar, si es necesario de oficio, diligencias de prueba con el fin de completar los autos, requiriendo a las partes, con plena observancia del principio de contradicción, para que le aporten las aclaraciones y los documentos necesarios al efecto (*Lintner*).

A nuestro juicio, el Tribunal de Justicia parece limitar en *Lintner* el tipo de diligencias de prueba que puede acordar de oficio el juez a aquellas consistentes en que el juez requiera a las partes la aportación de aclaraciones o documentos. En ese sentido, *Lintner* parece suponer un paso atrás en la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio, ya que la sentencia *VB Penzügyi Lízing* no acotaba el tipo de diligencia de prueba. Tampoco en la sentencia *Profi Credit Polska*¹⁹, citada por el TJUE en *Lintner*, existe una acotación del tipo de diligencias de prueba que debe acordar el juez nacional. No obstante, en *Kancelaria Medius* el TJUE se refiere a diligencias de prueba «necesarias», por lo que parece que no cabe la limitación de los medios de prueba.

El calificativo de «serias» utilizado en *Lintner* para determinar la intensidad o envergadura de las «dudas» del juez nacional desaparece en *Kancelaria Medius*, de forma que el TJUE se refiere únicamente a que el juez nacional albergue «dudas».

¹⁷ Asunto C-495/19. STJUE de 4 de junio de 2020, *Kancelaria Medius*.

¹⁸ Asunto C-853/19. Auto del TJUE de 2 de julio de 2020, *STING Reality*.

¹⁹ Asuntos C-419/18 y C-483/18. STJUE de 7 de noviembre de 2019, *Profi Credit Polska*.

Así, en esta última sentencia, el TJUE declara que para apreciar el carácter abusivo de la cláusula contractual que sirve de base a las pretensiones de un consumidor han de tenerse en cuenta todas las demás cláusulas del contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, si bien ello no implica la obligación del juez nacional que conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de todas esas otras cláusulas.

A ello añade el TJUE que, pese a la incomparecencia del consumidor, dada la obligación del juez nacional de verificar las cláusulas contractuales en las que el profesional ha basado su demanda, en caso de que albergue dudas sobre el carácter abusivo de dichas cláusulas, el juez nacional debe adoptar de oficio las diligencias de prueba que le permitan llevar a cabo el control de oficio de las cláusulas. La aportación de esta sentencia es muy valiosa porque el demandado se encontraba en rebeldía. Se puede deducir de *Kancelaria Medius* que, en esa situación, cuando el juez nacional se enfrenta a una norma procesal nacional que puede ser un obstáculo para la adopción de oficio de las diligencias de prueba, con arreglo al principio de interpretación conforme, le corresponde comprobar si es posible plantear una interpretación conforme de la norma procesal nacional que le permita adoptar las diligencias de prueba necesarias, con el límite de no llevar a cabo una interpretación *contra legem* de ese precepto nacional. Si el juez nacional llega a la conclusión de que no puede llevar a cabo una interpretación y una aplicación de la norma nacional conformes con las exigencias de la Directiva 93/13, dada su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para llevar a cabo el examen de oficio de la naturaleza abusiva de las cláusulas, el juez nacional habrá de inaplicar, si ello fuera necesario, cualquier disposición o jurisprudencia nacionales que se opongan a ese examen de oficio. En definitiva, la norma procesal nacional que le impide la adopción de las diligencias de prueba de oficio será inaplicada.

Del examen de estas tres resoluciones (*Lintner*, *Kancelaria Medius* y *STING Reality*) relativas a la obligación del juez nacional de adoptar de oficio diligencias de prueba que le permitan llevar a cabo el control de oficio de las cláusulas resulta que el juez debe actuar con plena observancia del principio de contradicción. Sin embargo, el TJUE no aclara cómo se va a reflejar dicho principio en la tramitación procesal del incidente de adopción de oficio de la diligencia de prueba.

A nuestro juicio, el requisito relativo a la información a las partes y al debate contradictorio de estas, establecido con carácter previo para que el juez pueda apreciar de oficio la naturaleza abusiva de una cláusula, también debería ser aplicado al supuesto en el que el juez pretenda adoptar de oficio una diligencia de prueba, de manera que, en tal caso, el juez, con arreglo a las normas procesales nacionales, debería informar a las partes sobre su intención, dándoles

la posibilidad de un debate contradictorio sobre la cuestión para que puedan exponer las ventajas y los inconvenientes de la adopción de la diligencia de prueba cuya práctica considera necesaria el juez, pudiendo incluso las partes proponer medios de prueba alternativos y/o adicionales. En eso debería consistir, en nuestra opinión, el respeto del principio de contradicción al que se refiere el Tribunal de Justicia.

Al margen de todo lo dicho, en *STING Reality* echamos en falta un mayor esfuerzo explicativo por parte del TJUE a la hora de facilitarle al tribunal nacional las indicaciones pertinentes, dado que en el pleito principal se debate en torno a si las cláusulas controvertidas han sido negociadas individualmente o no, habiéndose negado el profesional a aportar al juzgado contratos similares celebrados con otros consumidores. Consideramos que el TJUE debería haberle indicado al tribunal nacional que son cláusulas no negociadas individualmente no solo aquellas que han sido redactadas para ser incluidas en una pluralidad de contratos, sino también aquellas que, aun figurando en un único contrato, han sido redactadas previamente por el profesional sin que el consumidor haya tenido la oportunidad de influir en su contenido. Esta indicación puede ser muy útil para los jueces nacionales cuando están discutiendo, como sucede en el asunto *STING Reality*, sobre la existencia de más contratos que incluyan esa cláusula, habiéndose negado el profesional a aportar contratos celebrados con otros consumidores. En ese escenario, resultan claves dos ideas. Por un lado, lo ya expuesto que se infiere del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, de forma que el juez nacional puede encontrarse con una cláusula no negociada individualmente que figure única y exclusivamente en el contrato controvertido y no haya sido incluida en otros contratos. Por otro lado, que el párrafo tercero del apartado segundo del artículo 3 de la Directiva 93/13 establece que el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. La segunda idea sí es transmitida por el TJUE, pero no así la primera. A nuestro juicio, el TJUE debería haber constatado en su resolución que se aprecia la inexistencia de negociación individualizada no solo cuando hay varios contratos con el mismo contenido, sino también cuando un contrato ha sido redactado *exprofeso* para una determinada operación comercial y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido, limitándose a adherirse al mismo. La Directiva 93/13 ha de contemplarse con una visión de conjunto de manera que, dentro de los márgenes que el asunto lo permita, el Tribunal de Justicia debe vincular los diferentes aspectos en juego, relacionando, cuando ello sea útil para el juzgado remitente, cuestiones como la obligación de adoptar de oficio diligencias de prueba con los razonamientos necesarios para determinar si una cláusula no ha sido negociada individualmente, aunque figure en un solo contrato.

13.3 COMPETENCIA JUDICIAL

El examen de la compatibilidad de las normas nacionales sobre competencia con la Directiva 93/13 tiene su razón de ser en el hecho de que estas normas determinan el alcance de las competencias del órgano jurisdiccional nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, de forma que, si el órgano jurisdiccional tiene sus facultades limitadas por esas normas, se está desvirtuando la aplicabilidad de la Directiva 93/13.

El análisis de las resoluciones del Tribunal de Justicia que se han centrado en aspectos relativos a la compatibilidad con la Directiva 93/13 de normas nacionales sobre competencia judicial nos ha permitido obtener un conjunto de conclusiones que exponemos a continuación:

Primera: El TJUE considera que las asociaciones de consumidores no deben recibir los privilegios procedimentales de los consumidores individuales porque no se encuentran en situación de inferioridad con respecto a los profesionales. Ello se refleja, entre otros aspectos, en que no pueden recibir el mismo tratamiento procesal que los consumidores en materia de competencia judicial. Así, según el TJUE, una acción de cesación que enfrenta una asociación con un profesional no se caracteriza por el desequilibrio que existe en el contexto de un recurso individual en el que estén implicados un consumidor y el profesional con el que contrata (*Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*²⁰). En nuestra opinión, el artículo 52.1 LEC, en sus apartados 14 y 16, al obligar a la asociación de consumidores a acudir al juzgado del domicilio del profesional para ejercitar la acción de cesación no estaría en consonancia con el artículo 7.2 de la Directiva 93/13 y su considerando vigesimotercero, ya que estos establecen que los Estados miembros deben prever medios adecuados y eficaces que permitan a las asociaciones de consumidores acudir a los órganos judiciales con el fin de determinar si ciertas cláusulas contractuales son abusivas. Si se trata de asociaciones de consumidores con un volumen pequeño de miembros los inconvenientes que supone pleitear en la ciudad del domicilio social del profesional pueden disuadir a la asociación de formular la acción de cesación, por lo que quizá cabría una solución más flexible por parte de nuestro legislador en función del número de miembros de la asociación que constituiría un índice objetivo de los medios con los que cuenta la asociación de consumidores litigante.

²⁰ Asunto C-413/12. STJUE de 5 de diciembre de 2013, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*.

Segunda: La remisión general al Derecho nacional aplicable efectuada en una cláusula contractual en lo que atañe a la determinación de la competencia judicial para conocer de los litigios que puedan surgir entre las partes del contrato no constituye reflejo de una disposición legal o reglamentaria imperativa en los términos de la exclusión prevista en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 (*Aqua Med*²¹).

Tercera: La tutela judicial efectiva ha de extenderse tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el Derecho de la Unión como a la definición de la regulación procesal de tales demandas. El juez nacional debe determinar si la disposición procesal nacional garantiza la tutela judicial efectiva y llevar a cabo tal apreciación teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición procesal en el conjunto del procedimiento, el desarrollo de este y sus particularidades ante los distintos órganos nacionales. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye que se garantice al consumidor la posibilidad de participar en un proceso basado en una demanda presentada contra él por un profesional, en condiciones procesales razonables, de manera que no existan requisitos –especialmente de plazo o relacionados con los gastos o la distancia– que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por la Directiva 93/13 (*Aqua Med*).

Cuarta: El TJUE es competente para establecer los criterios que sirven de base para la calificación de la naturaleza abusiva de una cláusula, correspondiendo su apreciación a la competencia del juez nacional en función de las circunstancias concurrentes en el asunto enjuiciado. Ello se explica por el hecho de que el Tribunal de Justicia, en el marco de la competencia para interpretar el Derecho comunitario, reconocida en el artículo 234 CE –actualmente 267 TFUE–, puede interpretar los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva, pero no puede pronunciarse sobre la aplicación de estos criterios generales a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto (*Freiburger Kommunalbauten*²²). A nuestro juicio, el criterio sentado por el TJUE en *Freiburger Kommunalbauten* es el más adecuado en la medida que permite al juez nacional tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el asunto litigioso. Sin perjuicio de ello, consideramos importante que esas pautas o indicaciones generales que debe proporcionar el TJUE sean lo suficientemente precisas para servir de guía al tribunal nacional, puesto que, si no lo son, como sucede en algunas ocasiones,

²¹ Asunto C-266/18. STJUE de 3 de abril de 2019, *Aqua Med*.

²² Asunto C-237/02. STJUE de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*.

se desvirtúa la finalidad de la cuestión prejudicial y se deteriora la deseable interpretación uniforme del Derecho de la Unión.

13.4 REGLAS Y PRINCIPIOS PROCESALES ESPECIALES

Pasamos a exponer las conclusiones resultantes del análisis que ha tenido por objeto un conjunto de resoluciones de diversa índole vinculadas entre sí por haber tratado el TJUE cuestiones procesales de gran calado como las relaciones entre acciones colectivas y acciones individuales, el principio de equivalencia de orden público, el principio de igualdad de armas, el principio de cosa juzgada, el plazo para formular oposición, la exigencia de fianza para suspender la ejecución, la adopción de medidas cautelares en un litigio de consumidores, la *reformatio in peius*, la condena en costas al profesional y la introducción de un nuevo recurso y de una instancia adicional. En todos los casos el TJUE ha tenido que comprobar si la disposición nacional controvertida es compatible con la Directiva 93/13 y, en definitiva, con el Derecho de la Unión, en la medida en que dicha disposición afecta de alguna forma las facultades del juez nacional a la hora de apreciar la naturaleza abusiva de una cláusula o bien disuade al consumidor de acudir a los órganos judiciales a fin de reclamar los derechos derivados de la Directiva 93/13. En unos supuestos el TJUE ha considerado que la normativa nacional es compatible con la Directiva 93/13 y en otros casos ha resuelto en sentido contrario, dando lugar en determinadas ocasiones a reformas legislativas de las disposiciones procesales nacionales.

13.4.1 Acciones colectivas y asociaciones de consumidores: su relación con acciones individuales

Primera: Cuando en el marco de una acción de cesación haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula (*Invitel*²³).

²³ Asunto C-472/10. STJUE de 26 de abril de 2012, *Invitel*.

Segunda: Una normativa nacional que obligue al juez a suspender la acción individual de declaración de abusividad de cláusula en espera de sentencia firme en una acción colectiva es contraria al artículo 7 de la Directiva 93/13 (*Sales Sinués*²⁴).

Tercera: Dado que el TJUE considera que una normativa nacional no viola el principio de efectividad al no establecer la posibilidad de que una asociación para la defensa de los consumidores intervenga en un procedimiento de ejecución de una resolución judicial o de un laudo arbitral firme y que para ello se basa, entre otros argumentos, en el hecho de que ni la Directiva 93/13 ni las directivas que la sucedieron, que completan el régimen normativo de protección de los consumidores, contienen disposición alguna que regule el papel que pueden o deben desempeñar las asociaciones para la defensa de los consumidores en el marco de litigios individuales que afecten a un consumidor (*Pohotovost II*²⁵), desde nuestro punto de vista, el legislador comunitario, en consonancia con la declaración genérica contenida en el artículo 7.2 de la Directiva 93/13²⁶, debería incorporar expresa y claramente el derecho de las asociaciones de consumidores a litigar en dichos procedimientos.

13.4.2 El principio de equivalencia de orden público

Primera y única: Cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa cuestión no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva (*Jörös*²⁷). Ello representa la aplicación del principio de equivalencia de orden público que tiene su razón de ser en el hecho de que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 tienen el mismo rango que las normas nacionales de orden público.

²⁴ As. C-381/14 y C-385/14. STJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués*.

²⁵ Asunto C-470/12. STJUE de 27 de febrero de 2014, *Pohotovost' II*.

²⁶ Artículo 7.2 Directiva 93/13: «Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas».

²⁷ Asunto C-397/11. STJUE de 30 de mayo de 2013, *Jörös*.

13.4.3 El principio de igualdad de armas

Primera y única: Una norma procedimental nacional que disponga –como sucedía con el artículo 695 de la LEC en su antigua redacción– la posibilidad de recurrir en apelación por parte del profesional-acreedor-ejecutante contra la resolución dictada en la instancia, denegando al consumidor-deudor-ejecutado esa misma facultad de apelar con base en la naturaleza abusiva de las cláusulas del título que fundamenta la ejecución del profesional, habrá de ser considerada contraria al Derecho de la Unión por vulnerar el principio de igualdad de armas y, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva dispuesto por el artículo 47 de la Carta en relación con la Directiva 93/13 (*Sánchez Morcillo*²⁸).

13.4.4 El principio de cosa juzgada

Primera: Teniendo el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 el mismo rango que las normas nacionales de orden público, si en el marco de una ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada el juez es competente para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula del convenio arbitral por ser contraria a las normas nacionales de orden público, también lo será por ser contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 –principio de equivalencia de orden público–, correspondiendo al juez nacional extraer las consecuencias para que el consumidor no esté vinculado por la cláusula abusiva (*Asturcom Telecomunicaciones*²⁹).

Segunda: Incluso habiéndose adoptado una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de una o varias cláusulas cuando no haya llevado a cabo el juicio de abusividad de esa cláusula o cláusulas en el control judicial anterior del contrato controvertido que dio lugar a la resolución firme (*Banco Primus*³⁰). No obstante, según lo manifestado posteriormente en *Ibercaja Banco (contra MA)*³¹, parece que ese nuevo examen no podrá realizarse en el marco de la ejecución hipotecaria si se ha transmitido la propiedad a un tercero.

²⁸ Asunto C-169/14. STJUE de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo*.

²⁹ Asunto C-40/08. STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*.

³⁰ Asunto C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.

³¹ Asunto C-600/19 STJUE de 17 de mayo de 2022, *Ibercaja Banco (contra MA)*.

Tercera: La resolución judicial que despacha la ejecución debería contener una motivación sucinta acreditativa de la existencia del examen de abusividad por parte del juez y la advertencia al consumidor ejecutado de que la apreciación efectuada por el juez al término de ese examen no podrá cuestionarse si no se formula oposición dentro del plazo legal de diez días (*Ibercaja Banco –contra MA–*). Parece que sería conveniente introducir una modificación en la LEC para que el auto despachando ejecución contuviese ambas referencias a fin de evitar litigiosidad al respecto.

Cuarta: Cuando en un procedimiento de ejecución los derechos de propiedad respecto del bien han sido transmitidos a un tercero, el juez, ya sea actuando de oficio o a instancia de parte, ya no puede proceder a un examen del carácter abusivo de cláusulas contractuales, sin perjuicio de que el consumidor debe poder invocar en un procedimiento posterior distinto el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario con el fin de obtener la reparación del perjuicio económico causado por la aplicación de dichas cláusulas (*Ibercaja Banco –contra MA–*).

Quinta: En cuanto a la determinación del momento de la adquisición del derecho de propiedad por un tercero como «punto de no retorno» o momento procesal en el que no cabe el examen de abusividad, habida cuenta de que en un procedimiento hipotecario, aunque se haya producido la transmisión de la propiedad, pueden estar abiertos incidentes como el relativo a la liquidación de los intereses en los que es determinante la aplicación o no de una cláusula abusiva, a nuestro juicio, en *Ibercaja Banco –contra MA–*, el Tribunal de Justicia debería haber añadido un condicionante similar a «salvo que en el procedimiento de ejecución de la garantía hipotecaria se encuentren pendientes de resolver incidentes cuya resolución vendría determinada directamente por la existencia de cláusulas abusivas, como sería el caso de un incidente sobre la liquidación de los intereses, en cuyo supuesto sí cabría oponer en dicho incidente la naturaleza abusiva de la cláusula en cuestión, y todo ello, sin perjuicio de que el consumidor pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación».

Sexta: Un requerimiento de pago expedido por un juez a instancia de un acreedor-profesional y contra el cual el deudor-consumidor no ha formulado oposición debe estar motivado para considerarse que se ha llevado a cabo el control de oficio de las cláusulas abusivas y la ausencia de motivación tiene como consecuencia que el juez que ejecuta ese requerimiento de pago, en palabras del TJUE, «puede» llevar a cabo el control de abusividad, de forma que si una legislación nacional –como ocurre con la italiana– impide ese control, resultaría incompatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 (SPV

*Project 1503*³²). A nuestro juicio, en las circunstancias antes especificadas, el juez que conoce la ejecución no solo «puede», sino que «debe» realizar el control de abusividad. Lo que se viene a añadir en *SPV Project 1503*, en sentido similar al expuesto en *Ibercaja Banco (contra MA)*, es que el control tiene que ser real y no un mero control formal. Por ello, no basta con que en el requerimiento de pago o en el auto de despacho de ejecución se afirme haber llevado a cabo el control, sino que debe motivarse, aunque sea sucintamente, ese control. Podría decirse que ese requisito del control motivado –al menos, sucintamente– es añadido por *Ibercaja Banco (contra MA)* y por *SPV Project 1503*. En consecuencia, las legislaciones de los Estados miembros deberían modificarse a fin de prever la obligación del control motivado –al menos, sucintamente– en el requerimiento de pago y en orden a derogar aquellas disposiciones que impidan a los jueces de la ejecución realizar el control de abusividad cuando no se haya llevado a cabo un control motivado en la fase de expedición del requerimiento de pago.

13.4.5 Cuestiones relativas al plazo para formular oposición

Primera: En la medida en que la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social prevé que el plazo preclusivo para formular el incidente extraordinario de oposición contra la ejecución basado en la existencia de cláusulas abusivas en el título que fundamenta la ejecución comienza a correr a partir del día siguiente a la publicación de dicha ley en el BOE sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición, dicha disposición no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión, por lo que vulnera el principio de efectividad y es incompatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 (*BBVA*³³).

Segunda: El legislador español tardó más de tres años en corregir la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 declarada por el TJUE en la sentencia *BBVA*. Este retraso supuso un serio despropósito que causó graves perjuicios a un número

³² Asuntos acumulados C-693/19 y C-831/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *SPV Project 1503*.

³³ Asunto C-8/14. STJUE de 29 de octubre de 2015, *BBVA*.

importante de consumidores. Ello se explica por el hecho de que la nueva norma (disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario) afecta a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente, siendo precisamente en el periodo transcurrido desde el dictado de la sentencia *BBVA* hasta la entrada en vigor de la disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019 (es decir, durante los años 2016, 2017 y 2018) en el que se han ido produciendo los actos de la entrega de la posesión de los inmuebles a los adjudicatarios en un enorme número de ejecuciones hipotecarias, por lo que, a la entrada en vigor de la reforma legislativa, esta ha quedado totalmente desvirtuada, privando a cientos o miles de ejecutados hipotecarios de haber interpuesto el incidente y a una buena parte de ellos de haber evitado el lanzamiento de sus viviendas³⁴.

Tercera: Partiendo de que el TJUE considera contraria a la Directiva 93/13 la legislación procesal rumana que concede al consumidor un plazo de únicamente quince días para formular la oposición a la demanda ejecutiva por impago de un préstamo, con base en la existencia de cláusulas abusivas en el título en el que se funda la ejecución (*BNP Paribas Personal Finance –y MF–*³⁵), puede deducirse que determinados plazos de oposición previstos en la legislación española también serán contrarios al Derecho de la Unión cuando afecten relaciones de consumo (así, entre otros, el plazo de diez días para oponerse a la ejecución). A nuestro juicio, en *Ibercaja Banco (contra MA)*, dada la trascendencia de la brevedad del plazo para la oposición a la ejecución –que no fue formulada por ninguno de los dos consumidores en el litigio principal, habiendo fallecido uno de los dos al poco tiempo–, el TJUE tendría que, al menos, haber mencionado dicha circunstancia. Ello se desprende de resoluciones como *BNP Paribas Personal Finance (y MF)*, *Profi Credit Polska*³⁶ y *EOS KSI Slovensko*³⁷.

³⁴ En ese sentido, es de señalar que en los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado en relación con la norma prevista en el anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se consideraba que el plazo de un mes previsto en el anteproyecto para que se notificase al deudor ejecutado su posibilidad de oponerse era muy amplio por el riesgo de que durante ese mes la posesión de la vivienda hubiese sido entregada al adquirente. De hecho, la norma redujo finalmente ese plazo a quince días naturales. Por tanto, tanto el CGPJ como el Consejo de Estado eran conscientes de que cada día que pasara se corría el riesgo de que la vivienda fuese entregada al adquirente, dejando sin efecto la norma. A pesar de ello, el legislador tardó nada menos que más de tres años en promulgar la norma.

³⁵ Asunto C-75/19, auto del TJUE de 6 de noviembre de 2019, *BNP Paribas Personal Finance –y MF–*.

³⁶ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska*.

³⁷ Asunto C-448/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko*.

13.4.6 Exigencia de fianza para suspender la ejecución

Primera y única: En la misma línea que lo declarado por el TJUE con respecto a un procedimiento de ejecución hipotecaria en *Addiko Bank*³⁸, puede deducirse de *Impuls Leasing Romania*³⁹ que la exigencia de constitución de fianza en el marco de un proceso declarativo sobre el carácter abusivo de cláusulas de un contrato con el fin de suspender el procedimiento de ejecución que ha sido instado sobre la base de ese contrato es incompatible con la Directiva 93/13. Visto desde la otra cara de la moneda, resultaría contrario al Derecho de la Unión que se impida al juez que conoce una ejecución que sustancie la oposición a la ejecución motivada por la existencia de cláusulas abusivas en el título que sirve de base a la ejecución, porque se supone que el consumidor puede solicitar la declaración de la naturaleza abusiva de las cláusulas a través de un procedimiento declarativo y solicitar en este la suspensión de la ejecución. La razón de esa incompatibilidad con la Directiva 93/13 estriba en que la legislación nacional dispone que para instar la suspensión de la ejecución el juez del declarativo tiene que exigir al consumidor la constitución de una fianza, lo que puede desincentivar a este para el ejercicio de su acción.

13.4.7 Adopción de medidas cautelares

Primera: Es contrario al Derecho de la Unión el artículo 721.2 LEC en la medida en que no permite al juez la adopción de oficio de medidas cautelares en litigios de consumidores, lo que es incompatible con la jurisprudencia del TJUE sobre la obligada actuación de oficio del juez en materia de consumidores (*Fernández Oliva*⁴⁰). Al amparo del artículo 4 bis 1 de la LOPJ, tras el auto dictado por el TJUE en el asunto *Fernández Oliva*, cualquier juez o tribunal español debe adoptar de oficio la medida cautelar de protección del consumidor que considere conveniente a fin de asegurar la eficacia de la sentencia que sea dictada cuando las circunstancias así lo permitan y a pesar de la prohibición taxativa del artículo 721 LEC.

Segunda: La protección garantizada a los consumidores por la Directiva 93/13, en particular por los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de esta,

³⁸ Asunto C-407/18. STJUE de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*.

³⁹ Asunto C-725/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *Impuls Leasing Romania*.

⁴⁰ Asuntos C-568/14 a C-570/14. Auto del TJUE de 26 de octubre de 2016, *Fernández Oliva*.

requiere que el órgano jurisdiccional nacional pueda adoptar una medida cautelar apropiada si ello es necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución que se dicte en cuanto al carácter abusivo de las cláusulas contractuales (*Getin Noble Bank*⁴¹). Esa «plena eficacia» estaría constituida por el restablecimiento del consumidor en la situación de hecho y de Derecho en que se encontraría si no hubiera existido la cláusula abusiva. Ese es el nexo de unión entre la justicia cautelar y la Directiva 93/13 y que, a nuestro juicio, permite al TJUE «relajar» el tradicional requisito del *periculum in mora* y presentar una visión menos estricta de la justicia cautelar.

Tercera: La exigencia de interpretación conforme incluye, en particular, la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, una jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva (*Getin Noble Bank*).

13.4.8 *Reformatio in peius*

Primera: La prohibición de la *reformatio in peius* no opera en el marco de una apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva, por lo que el tribunal sentenciador de la apelación debe examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este (*Unicaja Banco*⁴²).

Segunda: Con arreglo a lo declarado en *Unicaja Banco*, cabría la posibilidad de que en procedimientos en los que esté en juego la aplicación de la Directiva 93/13 (u otras disposiciones del Derecho de consumidores que formen parte de las normas de orden público comunitario) y que no han finalizado con sentencia firme, bien a instancia de parte o bien de oficio, el tribunal pueda resolver en beneficio del consumidor sobre un pronunciamiento, aunque este haya quedado firme al no haber sido impugnado por el consumidor en el marco del recurso de apelación, cuando la falta de impugnación no pueda imputarse a una pasividad total del consumidor.

⁴¹ Asunto C-287/22. STJUE de 15 de junio de 2023, *Getin Noble Bank*.

⁴² Asunto C-869/19 STJUE de 17 de mayo de 2022, *Unicaja Banco*.

13.4.9 Cuestiones sobre condena en costas al profesional

Primera: En el marco de litigios de consumidores, a luz de lo declarado por el TJUE en *Caixabank (contra EL y TP)*⁴³, a pesar de la limitación de la tercera parte de la cuantía litigiosa dispuesta por el artículo 394.3 LEC para establecer los honorarios de abogado en la tasación de costas, en base a las circunstancias concurrentes, el juez podría dejar sin efecto ese límite de la tercera parte, si considera que como consecuencia de dicho límite el consumidor no va a conseguir el reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente a results del procedimiento instado.

Segunda: A partir de *Servicios Prescriptor y Medios de Pago, E. F. C. S. A. U.*⁴⁴, en los litigios de consumidores, viene a asimilarse en materia de costas el tratamiento de la satisfacción extraprocésal (art. 22 LEC) al del allanamiento previsto en el artículo 395 LEC, de forma que, incluso cuando el profesional presente un escrito alegando satisfacción extraprocésal y acreditando el pago –podría decirse que «disfrazando» de satisfacción extraprocésal lo que no deja de ser un allanamiento–, el juez, interpretando el Derecho de la Unión conforme a la jurisprudencia del TJUE (art. 4 bis 1 de la LOPJ), tiene la obligación de condenar en costas al profesional demandado, si ha existido mala fe de este, lo que habrá de ser considerado en el supuesto de requerimiento recibido por el profesional anteriormente a la presentación de la demanda.

13.4.10 Introducción de nuevo recurso y de instancia adicional

Primera y única: La promulgación de una norma que modifica el sistema de recursos internos y que se aplica a un procedimiento en curso, introduciendo un recurso y una instancia adicionales, no se opone a los principios de seguridad jurídica y efectividad porque el nuevo recurso está abierto tanto al profesional como al consumidor (*SC Banca E*⁴⁵).

⁴³ Asunto C-385/20. STJUE de 7 de abril de 2022, *Caixabank (contra EL, TP)*,

⁴⁴ Asunto C-215/21. STJUE de 22 de septiembre de 2022, *Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U.*,

⁴⁵ Asunto C-381/19. Auto del TJUE de 15 de enero de 2020, *SC Banca E SA*.

13.5 EL EXAMEN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES NACIONALES, ASÍ COMO DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO POR PARTE DEL TJUE

Enumeramos a continuación las conclusiones obtenidas del análisis de un conjunto de resoluciones en las que el Tribunal de Justicia ha comprobado la posible incompatibilidad con la Directiva 93/13 de regulaciones procesales nacionales relativas al procedimiento de ejecución hipotecaria, procedimiento de ejecución extrajudicial, el proceso monitorio, la jura de cuentas y el procedimiento concursal. También ha sido objeto de nuestro análisis y, por tanto, exponemos las conclusiones pertinentes con respecto a la sentencia *Bondora*⁴⁶ en la que el TJUE debatió sobre el Reglamento 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo y la normativa procesal española que facilita su aplicación en España.

13.5.1 El procedimiento de ejecución hipotecaria

Primera: El «terremoto jurídico» que provoca *Aziz*⁴⁷ parte de la declaración del TJUE en el sentido de que la Directiva 93/13 se opone a la normativa procesal española porque al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final. A resultas de *Aziz* el legislador español modificó el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, así como las normas ordinarias aplicables a toda ejecución judicial e incluso las reglas del procedimiento de venta extrajudicial ante notario. Estos cambios normativos fueron llevados a cabo a través de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social (*BOE* núm. 116, de 15-5-2013).

⁴⁶ Asuntos acumulados C-543/18 y C-494/18. STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Bondora*.

⁴⁷ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.

Segunda: La relevancia del auto dictado en el caso *Banco Popular Español*⁴⁸ radica en el hecho de que las trascendentales declaraciones efectuadas por el TJUE en *Aziz* fueron reiteradas en un asunto cuyo litigio principal no era un procedimiento ordinario de declaración de la naturaleza abusiva de cláusulas contractuales como sucedía en *Aziz*, sino un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Tercera: A pesar de la trascendencia de *Aziz*, seis años después del dictado de dicha sentencia, en *Addiko Bank*⁴⁹, el TJUE interpretó la Directiva 93/13, con arreglo al principio de efectividad, en el sentido de que se oponía a la legislación eslovena porque el tribunal esloveno que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un contrato de crédito hipotecario, celebrado entre un profesional y un consumidor mediante un documento notarial directamente ejecutivo, no dispone de la posibilidad de examinar, ni a instancia del consumidor ni de oficio, si las cláusulas contenidas en ese documento presentan un carácter abusivo, en el sentido de dicha Directiva, ni dispone en la práctica de la posibilidad de suspender sobre esta base la ejecución forzosa solicitada, dado que la suspensión está supeditada al cumplimiento de requisitos procesales muy estrictos y la constitución de una garantía a instancia del acreedor. Ello da una idea de que los legisladores nacionales no adaptan sus legislaciones a los pronunciamientos del TJUE realizados a resultados de asuntos en los que se dilucidan disposiciones de ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros.

13.5.2 El procedimiento de ejecución extrajudicial

Primera: En los tres asuntos enjuiciados relativos al procedimiento de ejecución extrajudicial (*Kusionová*⁵⁰, *ERSTE Bank Hungary*⁵¹ y *Banco Santander –contra Cristobalina Sánchez López–*⁵²) el TJUE llega a la conclusión de que las respectivas regulaciones nacionales (eslovaca, húngara y española) son compatibles con la Directiva 93/13. Se infiere de las declaraciones efectuadas por el TJUE en las tres sentencias mencionadas que no es obligatorio el

⁴⁸ Asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13. Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013, *Banco Popular Español*.

⁴⁹ Asunto C-407/18. STJUE de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*.

⁵⁰ Asunto C-34/13. STJUE de 10 de septiembre de 2014, *Kusionová*.

⁵¹ Asunto C-32/14. STJUE de 1 de octubre de 2015, *ERSTE Bank Hungary*.

⁵² Asunto C-598/15. STJUE de 7 de diciembre de 2017, *Banco Santander (contra Cristobalina Sánchez López)*.

control jurisdiccional en el proceso de ejecución extrajudicial. Lo que resulta preceptivo es que la legislación nacional habilite medios procesales para que el consumidor pueda acudir a la tutela judicial para denunciar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que sirve de base a la ejecución extrajudicial y, además, en orden a que el juez que conoce de esa reclamación pueda adoptar medidas provisionales a fin de suspender la continuación de la ejecución extrajudicial.

Segunda: No cabe la extensión de la doctrina de la obligada actuación de oficio a los notarios, sino que es únicamente en el marco de la función jurisdiccional donde reside la capacidad para controlar la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales, no siendo aplicable a la función notarial, habida cuenta de las diferencias fundamentales que existen entre ambos tipos de funciones (*ERSTE Bank Hungary*).

Tercera: En el procedimiento de ejecución notarial la tutela judicial efectiva de los consumidores está garantizada cuando se les ofrece la posibilidad de impugnar ante los tribunales la validez del contrato de que se trate, incluso en la fase relativa a la ejecución forzosa de este, y ello, en condiciones razonables en cuanto al procedimiento, de manera que no existan requisitos —especialmente de plazo o relacionados con los gastos— que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los Derechos que les confiere la Directiva 93/13 (*ERSTE Bank Hungary*).

Cuarta: En la sentencia *Banco Santander (contra Cristobalina Sánchez López)* el TJUE considera compatible con la Directiva 93/13 la utilización del procedimiento de ejecución notarial previsto en la legislación española para conseguir e inscribir el título de propiedad en combinación con el procedimiento judicial del artículo 250.1.7.º de la LEC para obtener, posteriormente, la posesión de la vivienda, sin que ni en uno ni en otro exista control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

Quinta: A nuestro juicio, analizado el asunto *Banco Santander (contra Cristobalina Sánchez López)* desde la perspectiva del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva —que implica que los medios de protección a disposición del consumidor le confieran una tutela real, adecuada y efectiva—, podría, y debería, haber deparado una sentencia del TJUE más garantista para el consumidor, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias concurrentes, las siguientes:

- La legislación aplicable al procedimiento de ejecución extrajudicial cuando fue tramitado por el notario no permitía su suspensión por la causa de impugnar el consumidor las cláusulas abusivas ante un juez (redacción del

artículo 129 L. H. en su versión vigente desde 8 de enero de /2001 a 15 de mayo de 2013).

– El plazo de un mes de la disp. transitoria 5.^a se cuenta desde la entrada en vigor de la ley sin que exista notificación personal infringiendo el principio de efectividad (sentencias *BBVA* y *Banco Primus*) y, en consecuencia, ese régimen transitorio para las ejecuciones extrajudiciales podía (y, en mi opinión, debería) haber sido declarado incompatible con el Derecho de la Unión.

– Podría considerarse la vulneración del artículo 47.3 de la Carta en relación con la Directiva 93/13, ya que dicha disposición de la Carta prevé la obligación de asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, cuando ello sea necesario para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. La legislación española prevé la obligación del juzgado cuando notifica una demanda de cualquier índole al demandante de hacer constar en la cédula de emplazamiento su derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita y el plazo para solicitarla, tal y como dispone el artículo 155 LEC. Esta información, de vital importancia para el deudor ejecutado, no se incluye en el requerimiento que le efectúa el notario al deudor para notificarle la ejecución extrajudicial instada por la entidad bancaria.

– El régimen transitorio dispuesto por el legislador nacional no permite al ejecutado extrajudicialmente conseguir la suspensión del procedimiento de ejecución extrajudicial mediante la interposición del incidente extraordinario de oposición ante el juez si se ha producido la adjudicación del bien (disp. transitoria 5.^a), frente a la situación del ejecutado judicialmente que puede conseguir la suspensión del procedimiento de ejecución judicial mientras no haya existido la entrega de posesión del inmueble al adjudicatario. Ello supone una discriminación del ejecutado extrajudicialmente con relación al ejecutado judicialmente, teniendo además en cuenta que la condición de ser ejecutado judicial o extrajudicialmente recae en la sola voluntad del acreedor hipotecario al imponer al consumidor en la escritura de constitución de préstamo hipotecario el derecho de la entidad prestamista a decidir entre una serie de diversos procedimientos previstos en dicha escritura.

– La caución solicitada de 10.000 euros a la justiciable en el litigio principal del asunto *Banco Santander (contra Cristobalina Sánchez López)* como requisito para que pudiera oponerse en el procedimiento de entrega de posesión parece que vulnera el principio de proporcionalidad, dadas las circunstancias personales de la consumidora–demandada que ha perdido su casa por no poder hacer frente a las cuotas del préstamo hipotecario, infringiéndose en consecuencia su derecho a la tutela judicial efectiva.

Las vulneraciones a la tutela judicial producidas en el primer procedimiento se proyectan sobre el segundo procedimiento. Al coincidir adjudicatario del inmueble en la subasta con el banco ejecutante no hay tercero de buena fe. Consecuentemente, el TJUE podría haber establecido la posibilidad de que el juez del segundo procedimiento hubiera evaluado las cláusulas abusivas del título ejecutado en el primer procedimiento –aunque dicha causa de oposición no se recoja en el artículo 444.2 LEC– o hubiera adoptado otras medidas en orden a salvaguardar los derechos del consumidor ejecutado que no habían sido cumplidamente protegidos en el procedimiento de ejecución extrajudicial del que traía causa el procedimiento del artículo 250.1.7.º LEC, toda vez que las irregularidades del primer procedimiento se proyectan sobre el segundo.

Sexta: Desde nuestro punto de vista, en *Banco Santander (contra Cristobalina Sánchez López)*, el Tribunal de Justicia comete un grave error al declarar la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales segunda, cuarta y quinta al considerar que «en virtud de la Ley 1/2013 las modificaciones que esta Ley introduce se aplican a los procedimientos de venta extrajudicial de bienes hipotecados que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor, producida el 15 de mayo de 2013», cuando es lo cierto que la disposición transitoria primera de la Ley 1/2013 reza literalmente:

«Disposición transitoria primera. Procedimientos en curso.

Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento». A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 213/2016 de 15 de diciembre (ES: TC:2016:213) señala que las disposiciones transitorias primera y segunda regulan la aplicación de la Ley 1/2013 a los «procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que estuvieran iniciados a la entrada en vigor de la misma en tanto que no se hubiera ejecutado el lanzamiento [...]». Por tanto, en la medida en que en el asunto principal no se había producido el lanzamiento y teniendo en cuenta el tenor literal de la disposición transitoria primera de la Ley 1/2013, esta ley sí resultaba de aplicación temporalmente a dicho asunto y el Tribunal de Justicia debería haber admitido las tres preguntas que versaban sobre la misma y haber entrado a resolver sobre el fondo de dichas preguntas, con las eventuales consecuencias que ello hubiera ocasionado.

13.5.3 El proceso monitorio nacional y el proceso monitorio europeo

Primera: En *Banco Español de Crédito*⁵³ el TJUE extendió la doctrina sobre la actuación de oficio del juez para apreciar la naturaleza abusiva de las cláusulas en contratos de consumidores a los procedimientos monitorios o acelerados antes de que el consumidor formule una eventual oposición, anteponiendo –en contra de la opinión de la Abogada General Sra. Trstenjak– la garantía de protección de los derechos de los consumidores a la agilidad procesal que caracteriza el procedimiento monitorio o acelerado.

Segunda: Existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la petición de juicio monitorio presentada por los profesionales, y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen (*Finanmadrid*⁵⁴).

Tercera: Analizando conjuntamente los tres asuntos «españoles» (*Banco Español de Crédito*, *Finanmadrid* y *Aktiv Kapital Portfolio*⁵⁵) hay que señalar que *Banco Español de Crédito* se caracteriza por situarse en la primera fase del procedimiento monitorio, antes de que se formule la oposición, centrándose el TJUE en la imposibilidad de control de oficio por parte del juez, cuestión que también ocupa un papel esencial en *Finanmadrid*, pero motivada por el hecho de que el control del juez es sustituido por el del secretario judicial, que no tiene su competencia, en relación con el sistema de aplicación del principio de cosa juzgada al adquirir ese efecto la resolución del secretario judicial. En *Aktiv Kapital Portfolio* adquiere aún mayor protagonismo el sistema de aplicación del principio de cosa juzgada porque se contempla el monitorio cuando ya ha terminado, en la fase de ejecución del decreto de terminación del proceso monitorio. En los tres casos el TJUE determina la incompatibilidad con la Directiva 93/13 del proceso monitorio de la LEC en su redacción aplicable a los hechos del asunto respectivo.

⁵³ Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012. *Banco Español de Crédito*.

⁵⁴ Asunto C-49/14. STJUE de 18 de febrero de 2016. *Finanmadrid*.

⁵⁵ Asunto C-122/14. Auto del TJUE de 21 de junio de 2016, *Aktiv Kapital Portfolio*.

En cualquier caso, a resultas del primer asunto –*Banco Español de Crédito*– el legislador español llevó a cabo una importante modificación del proceso monitorio para adaptarlo a lo declarado por el Tribunal de Justicia en dicha sentencia mediante la Ley 42/2015 de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en cuya exposición de motivos se hizo constar dicha circunstancia.

Cuarta: A pesar de que el TJUE tiene declarado en *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*⁵⁶ que «una protección efectiva de los derechos que la Directiva confiere a los consumidores solo puede garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permita, en el marco del proceso monitorio o en el del procedimiento de ejecución del requerimiento de pago, un control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate», desde esa misma sentencia el TJUE sitúa la clave para determinar si la regulación procesal nacional del monitorio es compatible con el Derecho de la Unión en el hecho de que no existan obstáculos para que el consumidor pueda ejercer el derecho a formular oposición al requerimiento, lo que a su vez desplegaría el control de oficio por parte del juez. Por ello, el TJUE no parece exigir que la legislación procesal prevea un control de oficio puro por parte del juez.

Quinta: En *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)* los obstáculos para formular oposición son dos. Un primer problema es que el consumidor solo dispone de dos semanas para expresar los motivos de oposición y excepciones y para manifestar los hechos y la proposición de prueba. Un segundo problema está constituido por las tasas judiciales que debe pagar el consumidor demandado, ascendiendo a las tres cuartas partes de las tasas judiciales al formular oposición al requerimiento mientras que el profesional solo debe pagar una cuarta parte de dichas tasas. Ello supone que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule oposición, por lo que el juez que conoce de una demanda de procedimiento monitorio no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, lo que conlleva la incompatibilidad de la regulación nacional polaca con la Directiva 93/13.

Sexta: El hecho de que la normativa nacional eslovaca confiera competencia, en materia de expedición de requerimientos de pago, a funcionarios que no tengan la condición de magistrado no menoscaba la preservación de la eficacia de la Directiva 93/13, siempre que el control por un juez de la

⁵⁶ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*.

inexistencia de cláusulas abusivas en el contrato de que se trate se prevea en la fase de la ejecución del requerimiento de pago o en caso de oposición a este (*EOS KSI Slovensko*⁵⁷). Si únicamente existe control por parte del juez en la fase de oposición, entonces el efecto útil de la Directiva 93/13 solo se puede preservar si no se disuade al consumidor de formular la oposición. Al ser el plazo de oposición de solamente quince días –debiéndose motivar en cuanto al fondo–, ello constituye un riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule oposición y, en consecuencia, el TJUE considera que la normativa nacional es incompatible con la Directiva 93/13.

Séptima: El TJUE considera conforme al Derecho de la Unión la legislación polaca que prevé la licitud del pagaré en blanco cuando se haya celebrado previamente un acuerdo cambiario que determine las condiciones en las que el pagaré podrá ser completado, siempre que la cláusula que lo estipule y el acuerdo en el que esté contenida la cláusula se ajusten a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y al artículo 10 de la Directiva 2008/48/CE (*Profi Credit Polska– contra Bogumiła Włostowska y otros*–⁵⁸). Esa postura del TJUE es menos garantista que la del Tribunal Supremo español que tiene fijada como doctrina jurisprudencial desde la STS número 466/2014, de 12 de septiembre (ES: TS:2014:3892), que la condición general de los contratos de préstamo concertados con los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario de un pagaré, en garantía de aquel, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula.

Octava: La conciliación efectuada por el TJUE en *Bondora*⁵⁹ entre el Reglamento 1896/2006 sobre el procedimiento monitorio europeo y la doctrina sobre el obligado control judicial de oficio de las cláusulas abusivas es insuficiente, desde nuestro punto de vista, porque se concluye la facultad del juez de solicitar de oficio información complementaria para llevar a cabo el control de las cláusulas abusivas, pero no se declara claramente el deber del juez de pedir al acreedor la documentación que sirve de base a fin de proceder al obligado control de oficio de la posible naturaleza abusiva de las cláusulas contenidas en ese documento, una vez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

⁵⁷ Asunto C-448/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko*.

⁵⁸ Asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18. STJUE de 7 de noviembre de 2019. *Profi Credit Polska (contra Bogumiła Włostowska y otros)*.

⁵⁹ Asuntos acumulados C-543/18 y C-494/18. STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Bondora*.

13.5.4 El procedimiento de jura de cuentas español

Primera y única: Inicialmente, el TJUE analizó el proceso de jura de cuentas de la Ley de Enjuiciamiento Civil española en los asuntos *Margarit Panicello*⁶⁰ y *Barba Giménez*⁶¹ llegando a la conclusión de que era incompetente en el primer caso y de que la petición era manifiestamente inadmisibile en el segundo. Posteriormente, el Tribunal de Justicia ha podido entrar en el fondo del asunto y examinar la compatibilidad con la Directiva 93/13 del proceso de jura de cuentas en el asunto *Vicente*⁶², llegando a la conclusión de que la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que se opone al procedimiento sumario de pago de honorarios de abogado en virtud del cual la demanda presentada contra el cliente consumidor es objeto de una resolución dictada por una autoridad no jurisdiccional en la fase del eventual recurso contra dicha resolución, sin que el órgano jurisdiccional ante el que el mencionado recurso se interpone pueda controlar –de oficio si es necesario– si las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados tienen carácter abusivo y sin admitir que las partes aporten pruebas distintas de las documentales ya presentadas ante la autoridad no jurisdiccional (*Vicente*). Por todo ello, a resultas del asunto *Vicente* el legislador español está obligado a reformar el proceso de jura de cuentas en el ámbito de las relaciones de consumo para adaptarlo a las exigencias de la Directiva 93/13 y del Derecho de la Unión.

13.5.5 El procedimiento concursal, en particular, y los procedimientos (en general)

Primera y única: En la medida en que el TJUE extiende la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio en materia de consumidores a un procedimiento tan específico como es el concursal en el asunto *Radlinger y Radlingerova*⁶³, cabe deducir que la doctrina es aplicable a cualquier tipo de procedimiento sea cual sea su naturaleza, cuando se den las circunstancias exigidas para ello.

⁶⁰ Asunto C-503/15. STJUE de 16 de febrero de 2017, *Margarit Panicello*.

⁶¹ Asunto C-426/17. Auto del TJUE de 25 de octubre de 2018, *Barba Giménez*.

⁶² Asunto C-335/21. STJUE de 22 de septiembre de 2022, *Vicente*.

⁶³ Asunto C-377/14. STJUE de 21 de abril de 2016, *Radlinger y Radlingerová*.

13.5.6 Reformas legislativas realizadas

Primera y única: Las reformas legislativas, ya mencionadas, operadas como consecuencia de las sentencias *Aziz*⁶⁴ y *Banco Español de Crédito*⁶⁵ no han sido las únicas abordadas por el legislador español a resultas de sentencias del Tribunal de Justicia interpretadoras de la Directiva 93/13. A ellas hay que añadir, entre otras, la reforma del artículo 695.4 LEC⁶⁶ que confiere una nueva regulación a la apelación del deudor hipotecario en el procedimiento de ejecución hipotecaria, dado que en su redacción anterior infringía el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 en relación con el principio de igualdad de armas, tal y como había sido declarado por el TJUE en la sentencia *Sánchez Morcillo*. Tampoco hay que olvidar la tardía concesión de un nuevo plazo de diez días⁶⁷ para formular el incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas en el título que fundamenta la ejecución, a fin de dar cumplimiento a las sentencias *BBVA* y *Banco Primus* en las que el TJUE declaró la vulneración del principio de efectividad e incompatibilidad con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 por parte de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 que preveía que el plazo preclusivo para formular el incidente extraordinario de oposición comenzase a correr a partir del día siguiente a la publicación de dicha ley en el BOE.

⁶⁴ Modificación del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, así como de las normas ordinarias aplicables a toda ejecución judicial y del procedimiento de venta extrajudicial ante notario mediante la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

⁶⁵ Modificación del proceso monitorio mediante la Ley 42/2015 de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁶ La disposición final tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal modificó el apartado 4 del artículo 695 LEC para adaptarlo a la sentencia *Sánchez Morcillo*, de forma que el deudor hipotecario puede interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si esta se funda en la existencia de una cláusula contractual abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o la cantidad exigible.

⁶⁷ La disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario reguló la tramitación procesal del nuevo plazo para formular la oposición determinando los supuestos en los que no procedía.

SECCIÓN 2

PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*

CAPÍTULO 14. LA INTEGRACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE PENDIENTE DE CONSOLIDARSE: PROPUESTAS A NIVEL NACIONAL Y PROPUESTA A NIVEL EUROPEO

SUMARIO:

14.1 Introducción.

14.2 Propuestas a nivel nacional.

14.2.1 Medidas genéricas.

14.2.1.1 La doctrina del TJUE sobre la obligada tutela judicial de oficio de consumidores y su reflejo normativo.

14.2.1.1.1 Introducción en el libro I («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles») de la Ley de Enjuiciamiento Civil de un nuevo título dedicado a la obligada tutela judicial de oficio de los consumidores conteniendo un primer capítulo con disposiciones estructuradas en tres secciones: 1.^a) la apreciación de oficio de la eventual naturaleza abusiva de una cláusula en las relaciones de consumidores; 2.^a) la apreciación de oficio de una norma imperativa del Derecho de consumidores; 3.^a) la apreciación de oficio de la cualidad de consumidor que no ha sido invocada por el litigante.

14.2.1.1.2 Introducción en el libro I («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles») de la Ley de Enjuiciamiento Civil de una o varias disposiciones sobre la obligación del juez de adoptar de oficio diligencias de prueba cuando no dispone de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para llevar a cabo su apreciación, que constituirían el capítulo segundo del nuevo título.

- 14.2.1.1.3 La doctrina de la obligada intervención judicial de oficio y los principios dispositivo, de congruencia y de cosa juzgada.
- 14.2.1.2 La ampliación del plazo de diez días para formular oposición.
- 14.2.1.3 La aplicación de la Directiva 93/13 a los contratos de arrendamientos entre profesional y consumidor: conveniencia de introducir una disposición en la Ley de Arrendamientos Urbanos que prevea la obligación del juez de actuar de oficio en materia de cláusulas abusivas cuando se den las circunstancias necesarias para ello.
- 14.2.2 Medidas sobre determinados procedimientos.
 - 14.2.2.1 La reforma del proceso monitorio: explicación de los motivos relativos a la no apreciación y advertencia de los efectos de la falta de oposición.
 - 14.2.2.2 Modificación del apartado 2 de la disposición final vigésima tercera de la LEC y otras medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento que establece el proceso monitorio europeo.
 - 14.2.2.3 La obligada adaptación del juicio cambiario español a la jurisprudencia del TJUE: ampliación del plazo de oposición y advertencia de las consecuencias de no formular oposición.
 - 14.2.2.4 La necesaria modificación del procedimiento de jura de cuentas previsto en los artículos 34 y 35 LEC para que exista control de oficio por parte del juez de la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales suscritas entre procurador o abogado, por una parte, y consumidor, por otra.
 - 14.2.2.5 El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria: algunas propuestas para su mejora.
 - 14.2.2.6 Necesidad de excepcionar en el ámbito de consumidores la prohibición impuesta al juez por el artículo 721 LEC de adoptar de oficio medidas cautelares.
 - 14.2.2.7 La reforma del artículo 551.2 de la LEC sobre el contenido del auto despachando ejecución.
 - 14.2.2.8 Sobre la modificación del proceso de desahucio por falta de pago: introducción del control judicial de oficio de cláusulas abusivas y de nueva causa de oposición al desahucio consistente en la naturaleza abusiva de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la demanda o que hubiese determinado el importe de las rentas o cantidades asimiladas a ella adeudadas.
- 14.2.3 Otras medidas.
 - 14.2.3.1 Sobre la conveniencia de que se incorpore en el Código Civil una disposición que refleje el plazo de prescripción de la acción restitutoria derivada de la declaración de la naturaleza abusiva de una cláusula, así como el día que comienza el cómputo de dicho plazo.

14.2.3.2 Sobre la mejora del Registro de Condiciones Generales de la Contratación y sobre la creación de un órgano consultivo y divulgativo al estilo de la «Commission des clauses abusives» existente en Francia desde 1978.

- 14.3 Propuesta a nivel europeo: adaptación del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo a la doctrina del TJUE sobre el obligado control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.
- 14.4 Recapitulación.

14.1 INTRODUCCIÓN

Hasta aquí hemos analizado la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia en la interpretación de la Directiva 93/13. A partir de este momento nos adentramos en la parte que este trabajo dedica a presentar la proposición que mantenemos –la esencia del mensaje que pretendemos demostrar a través de esta tesis– con los correspondientes razonamientos. Esa propuesta consiste en la integración de la doctrina del TJUE mediante la normativización de sus pronunciamientos, es decir, la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de disposiciones que reflejen los logros alcanzados por el TJUE en pos de la protección del consumidor. Sin perjuicio de que ello proporcionaría a los operadores jurídicos un conocimiento más directo y tangible de la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas, la positivización de determinadas declaraciones del TJUE contribuiría a reforzar la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en el ámbito de las relaciones de consumidores en orden a elevar la protección de estos. En algunos casos nuestras propuestas tienen como finalidad la modificación de normas que han sido declaradas incompatibles con la Directiva 93/13 por parte del TJUE, constituyendo, por tanto, una obligación del Estado español que está siendo incumplida mientras que el legislador no adopte esa modificación¹. Las propuestas que se exponen a continuación van dirigidas fundamentalmente al legislador nacional y, en menor medida, al legislador europeo.

¹ Así lo recoge la Comunicación de la Comisión Europea titulada «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores» (2019/C 323/04), publicada en el *DOUE* el 27 de septiembre de 2019 en su apartado 2.2 al afirmar: «[...] los Estados miembros están obligados a modificar las normas que no respeten la Directiva 93/13, incluso en los casos en que exista incertidumbre sobre su interpretación». La comunicación se remite al asunto *Comisión/Países Bajos*, C-144/99, STJUE de 10 de mayo de 2001, EU: C:2001:257, apartado 21, señalando que el Tribunal destacó la exigencia de seguridad jurídica en relación con la transposición de la Directiva 93/13.

A resultas de sentencias como las pronunciadas en los asuntos *Banco Español de Crédito*², *Aziz*³, *Sánchez Morcillo*⁴ y *BBVA*⁵, entre otros, el legislador español ha modificado las normas procesales, adaptándolas al Derecho de la Unión tal y como ha sido interpretado por el TJUE. Sin embargo, se echa en falta la introducción de disposiciones normativas que reflejen en nuestro Derecho procesal civil otros importantes pronunciamientos. A continuación, vamos a tratar de exponer la conveniencia de llevar estas reformas a otros aspectos. Así, defenderemos la introducción de normas que incorporen la doctrina del TJUE sobre la obligada tutela judicial de oficio en el libro I («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles») de la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de un nuevo título. También abogaremos por ampliar el genérico plazo de oposición de diez días que prevén diferentes procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por la introducción de una disposición en la Ley de Arrendamientos Urbanos relativa a la obligación del juez de actuar de oficio en materia de cláusulas abusivas cuando se den las circunstancias necesarias para ello. Tendría como finalidad dar mayor visibilidad a la doctrina en el campo de los arrendamientos urbanos donde parece tener un escaso recorrido a diferencia de lo que ha ocurrido en materia de productos financieros —en especial, los préstamos bancarios—. Una vez mostradas esas propuestas genéricas, abordaremos una serie de medidas específicas referidas a determinados procedimientos que, a nuestro juicio, necesitan cambios como consecuencia de los pronunciamientos del TJUE. En ese sentido, nos detendremos, entre otros, en el juicio cambiario, en la jura de cuentas y en el proceso monitorio. Así mismo, dentro de este grupo de medidas específicas abordaremos algunas que responden tanto a pronunciamientos muy recientes (art. 551.2 LEC a resultas de la sentencia *Ibercaja Banco —contra MA—* de 17 de mayo de 2022, C-600/19) como a resoluciones con cierta antigüedad (auto *Fernández Oliva* de 26 de octubre de 2016, C-568/14 a C-570/14, sobre la incompatibilidad del artículo 721.2 LEC con la Directiva 93/13) que no han tenido reflejo normativo; finalmente, examinaremos un tercer grupo de medidas que referenciamos como «otras medidas» al tener una índole diferente: incorporación en el Código Civil de disposiciones sobre el plazo de prescripción de la acción restitutoria a resultas de la declaración de naturaleza abusiva de cláusula y el *dies a quo* de la acción, así como la mejora del Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la creación de un órgano consultivo y divulgativo sobre

² Asunto C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*.

³ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.

⁴ Asunto C-169/14. STJUE de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo*.

⁵ Asunto C-8/14. STJUE de 29 de octubre de 2015, *BBVA*.

cláusulas abusivas. Completaremos el capítulo con una propuesta dirigida al legislador europeo a fin de que adapte el Reglamento 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo a la doctrina del TJUE sobre el obligado control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

14.2 PROPUESTAS A NIVEL NACIONAL

La adaptación de nuestro ordenamiento a la Directiva 93/13 requiere la adopción de un conjunto de medidas que, a efectos sistemáticos, hemos dividido en tres grupos. Un primer grupo estaría constituido por medidas genéricas, un segundo por medidas específicas para determinados procedimientos y un tercer grupo estaría formado por medidas de índole diferente a las previstas en los otros dos grupos –reforma del Código Civil en materia de plazo de prescripción de la acción restitutoria y mejora del Registro de Condiciones Generales de la Contratación junto a la creación de un órgano consultivo y divulgativo sobre cláusulas abusivas– por lo que lo hemos referenciado como «otras medidas».

14.2.1 Medidas genéricas

Se incluyen dentro de este grupo de medidas aquellas que van destinadas a prever la apreciación de oficio de la eventual naturaleza abusiva de una cláusula, la apreciación de oficio de una norma imperativa del Derecho de consumidores, la apreciación de oficio de la cualidad de consumidor, la adopción de oficio de diligencias de prueba, la flexibilización de los principios procesales de congruencia, dispositivo y de cosa juzgada en el ámbito del Derecho de consumo, la ampliación del plazo de diez días para formular oposición y la introducción de una disposición en la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre la obligada actuación judicial de oficio cuando se den las circunstancias necesarias para ello.

14.2.1.1 LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE LA OBLIGADA TUTELA JUDICIAL DE OFICIO DE CONSUMIDORES Y SU REFLEJO NORMATIVO

A continuación, abordamos la propuesta relativa a la introducción de un nuevo título en la Ley de Enjuiciamiento Civil destinado a incorporar la

doctrina del TJUE sobre la obligada tutela judicial de oficio en materia de consumo. Este nuevo título podría estructurarse en tres capítulos, el primero con tres secciones relativas a la apreciación de oficio de la naturaleza abusiva de una cláusula, a la apreciación de oficio de una norma imperativa del Derecho de consumidores y a la apreciación de oficio de la cualidad de consumidor, respectivamente. El segundo capítulo se dedicaría a la adopción de oficio de diligencias de prueba cuando el juez no dispone de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para llevar a cabo su apreciación. El tercer capítulo se dedicaría a la flexibilización de los principios dispositivo, de congruencia y de cosa juzgada.

- 14.2.1.1.1 *Introducción en el libro I («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles») de la Ley de Enjuiciamiento Civil de un nuevo título dedicado a la obligada tutela judicial de oficio de los consumidores conteniendo un primer capítulo con disposiciones estructuradas en tres secciones:*
- 1.ª) la apreciación de oficio de la eventual naturaleza abusiva de una cláusula en las relaciones de consumidores;*
 - 2.ª) la apreciación de oficio de una norma imperativa del Derecho de consumidores; 3.ª) la apreciación de oficio de la cualidad de consumidor que no ha sido invocada por el litigante*

Consideramos que puede ser conveniente la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de varias disposiciones que recojan la doctrina de la tutela judicial de oficio en materia de consumidores, tanto en su aplicación al ámbito de las cláusulas abusivas como a otros ámbitos del Derecho de consumidores.

Como ya se ha dicho, el legislador español adaptó el juicio ejecutivo y la ejecución hipotecaria a lo declarado por el TJUE en *Aziz*⁶, así como el proceso monitorio a lo establecido en *Banco Español de Crédito*⁷. En el juicio ejecutivo el legislador dispuso en el artículo 552.1 LEC un examen de oficio por parte del juez previo al despacho de la ejecución, de forma que si apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como abusiva dará audiencia por quince días a las partes y, oídas estas, acordará lo procedente. Ese

⁶ C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.

⁷ C-618/10. STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*.

examen de oficio previsto en el artículo 552.1 LEC también resulta de aplicación para la ejecución hipotecaria⁸. En términos similares, en el marco del proceso monitorio, el legislador dispuso el examen de oficio del juez en orden a comprobar si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que haya determinado la cantidad exigible pueda ser calificada como abusiva, dando audiencia a las partes por cinco días y, oídas estas, resuelva mediante auto (art. 815.4 LEC).

Sin embargo, ese control de oficio no está previsto en el marco de los juicios declarativos, sin perjuicio de su ausencia también en otros procesos como el juicio cambiario y la jura de cuentas. Esa diferencia de tratamiento de los demás procesos civiles con respecto al ejecutivo y al monitorio no tiene ninguna razón de ser, a nuestro modo de ver, y constituye una primera y poderosa razón que justifica la introducción de esa disposición que imponga un control de oficio de las cláusulas abusivas aplicable a cualquier proceso civil, con independencia de la regulación específica prevista en el juicio ejecutivo y en el proceso monitorio. Asimismo, el legislador debería regular el plazo para alegaciones de las partes al respecto o bien la convocatoria de vista para que las partes puedan debatir de forma contradictoria la cuestión antes de que el juez tome la pertinente decisión. No es suficiente, en nuestra opinión, lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante,

⁸ Además, el legislador introdujo la causa 7.^a («que el título contenga cláusulas abusivas») en el apartado primero del artículo 557 LEC a fin de que el ejecutado pueda formular oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales y la causa 4.^a (el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible») en el apartado primero del artículo 695 LEC con el propósito de que el ejecutado pueda oponerse a la ejecución en el ámbito específico de la ejecución hipotecaria. Por otro lado, a pesar de que en el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, rezaba que «se da cobertura a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009 y al criterio consolidado en nuestra jurisprudencia al incorporar la posibilidad del control judicial de las cláusulas abusivas en el despacho de ejecución de laudos arbitrales, al igual que ya está previsto para los títulos no judiciales» no se incluyó en el artículo 552.1 LEC el control de abusividad de oficio de los laudos arbitrales, ya que dicho precepto prevé el examen de oficio de las cláusulas abusivas remitiéndose a los títulos ejecutivos citados en el artículo 557.1 LEC, relativo a la oposición a títulos no judiciales ni arbitrales, y que a su vez se refiere solo a los previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 517.2 LEC, así como a otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517, no mencionándose en ningún caso los laudos arbitrales que están recogidos en el número 2.º del artículo 517.2 LEC. Por el contrario, dicha Ley 42/2015 sí previó a través del párrafo tercero de su disposición transitoria segunda que a las ejecuciones de laudos arbitrales que se fundamenten en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, que no estuvieran archivadas definitivamente, les fuese de aplicación el mismo procedimiento seguido para los procesos monitorios dispuesto en el párrafo segundo de dicha disposición transitoria a fin de que el juez pueda apreciar de oficio si alguna de sus cláusulas pudiera ser calificada de abusiva, con audiencia a las partes y resolución mediante auto.

TRLGDCU)⁹, dado que únicamente prevé la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas previa audiencia de las partes. En dicho precepto no se recoge la actuación de oficio del juez ni tampoco se regula cómo se va a desarrollar la audiencia de las partes. Por tanto, una segunda razón que justifica la inclusión de varias disposiciones en la LEC al respecto es precisamente la necesidad de regular cómo va a operar el control de oficio, estableciendo el plazo y la forma del debate contradictorio (plazo para alegaciones o bien convocatoria de vista). Es imprescindible dicha regulación para evitar que cada juez lo desarrolle según su propio criterio. También puede surgir el debate sobre la ubicación de esas hipotéticas disposiciones, si en la LEC, o bien, en el TRLGDCU. En nuestra opinión, al tratarse de una cuestión procedimental deberían figurar en la LEC, dotándose, además, a los preceptos correspondientes de una mayor visibilidad. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de ampliar lo dispuesto en el artículo 83 del TRLGDCU, realizando una remisión a la LEC en relación con el procedimiento a seguir por parte del juez.

No obstante, es de señalar que en el ordenamiento jurídico francés la disposición que prevé el control de oficio de las cláusulas abusivas está ubicada en el *Code de la consommation* (Código de consumo). Así, su artículo 632-1 contenido en la *Partie réglementaire nouvelle* (Parte reglamentaria nueva), del *Livre VI Règlement des litiges* (Libro VI Reglamento de los litigios), del *Titre III* (Título III), *Chapitre II Office du juge* (Capítulo II Actuación de oficio del juez)¹⁰ dispone lo siguiente:

«Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application.

Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat¹¹».

⁹ Artículo 83 TRLGDCU: «Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

¹⁰ *Code de la consommation, Partie réglementaire nouvelle, Livre VI Règlement des litiges, Titre III, Chapitre II Office du juge, article R632-1*. Traducciones al español son nuestras.

¹¹ Según consta en Légifrance que es una página web de la República francesa (*le service public de la diffusion du droit*). Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>

Dicha disposición puede traducirse como:

«El juez puede apreciar de oficio todas las disposiciones de este código en los litigios surgidos de su aplicación.

Después de haber recibido las observaciones de las partes, [puede] dejar sin efecto de oficio la aplicación de una cláusula cuyo carácter abusivo resulta de los elementos del debate»¹².

Dicho todo ello, consideramos que el precepto relativo a las cláusulas abusivas que debería ser introducido en nuestro ordenamiento jurídico podría tener la siguiente redacción:

«En los procedimientos judiciales entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios, el juez o tribunal, una vez disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios a tal fin, examinará de oficio la eventual existencia de cláusulas abusivas –que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes–¹³ en el documento o documentos que sirvan de fundamento para la pretensión del empresario o profesional, debiendo conceder a las partes la oportunidad de ser oídas sobre la cuestión, así como de contradecir los argumentos presentados de contrario, con la posibilidad de proponer y practicar prueba sobre la cuestión, de oficio o a instancia de parte, antes de la adopción de la resolución judicial al respecto, que, en caso de declaración de la naturaleza abusiva de una o varias cláusulas, tendrá los efectos jurídicos previstos por nuestro ordenamiento».

Entendemos que esa disposición podría estar contenida en la sección primera del capítulo primero de un nuevo título dedicado a «la obligada tutela judicial de oficio de los consumidores» dentro del libro I («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles») de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de las disposiciones previstas o que puedan preverse para procesos específicos (actualmente, juicio ejecutivo y proceso monitorio). Esa disposición, completada por otras que regularían el plazo para alegaciones de las partes sobre la naturaleza abusiva de la cláusula o bien la convocatoria de vista para el debate contradictorio y la eventual proposición y práctica de prueba, en su caso, constituirían la sección primera del capítulo primero del nuevo título.

Por otro lado, es de tener en cuenta que la doctrina de la obligada intervención de oficio del juez no se desarrolla únicamente en el contexto de las

¹² La traducción es nuestra.

¹³ Esta precisión efectuada entre guiones resulta de la importante matización efectuada por el TJUE en la sentencia *Lintner* (STJUE de 11 de marzo de 2020, C-511/17).

cláusulas abusivas, sino que el juez también tiene la obligación de aplicar de oficio una norma imperativa de cualquier ámbito del Derecho de consumidores. Por ello, consideramos conveniente la inclusión de una disposición en la LEC cuyo contenido podría rezar como sigue:

«En los procedimientos judiciales entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios, el juez o tribunal, una vez disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios a tal fin, tendrá la obligación de aplicar de oficio cualquier disposición relativa a la protección de los derechos de los consumidores que tenga carácter imperativo, debiendo conceder a las partes la oportunidad de ser oídas sobre la cuestión, así como de contradecir los argumentos presentados de contrario, con la posibilidad de proponer y practicar prueba sobre la cuestión, de oficio o a instancia de parte, antes de la adopción de la resolución judicial al respecto». Esta disposición iría complementada por aquellas que previesen el plazo para alegaciones de las partes sobre la aplicación de oficio de la norma imperativa en materia de protección de consumidores o bien la convocatoria de vista para el debate contradictorio y la eventual proposición y práctica de prueba, en su caso, constituyendo la sección segunda del capítulo primero del nuevo título.

A las dos cuestiones anteriores podemos añadir una tercera que también posee una gran relevancia, puesta de manifiesto por el TJUE a través de la sentencia *Faber*¹⁴. En dicho asunto¹⁵ el tribunal neerlandés planteó un primer

¹⁴ Asunto C-497/13. STJUE de 4 de junio de 2015, *Faber*.

¹⁵ La petición se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. Faber y una empresa de venta de automóviles relativo a una reclamación de indemnización por el daño causado por la supuesta falta de conformidad del vehículo adquirido por la Sra. Faber. El 27 de mayo de 2008, la Sra. Faber compró al garaje Hazet un vehículo de ocasión. El contrato de compraventa celebrado entre las partes se redactó en un formulario preimpreso con el membrete de este garaje, titulado «contrato de compraventa a particular». Cuatro meses después, el 26 de septiembre 2008, el vehículo en cuestión se incendió durante un desplazamiento y quedó completamente destruido. El vehículo fue trasladado por una grúa al garaje Hazet y después, a solicitud de este, a una empresa de destrucción para su depósito conforme a la normativa medioambiental en vigor. Según la Sra. Faber las partes hablaron del siniestro y de la eventual responsabilidad del garaje Hazet, hecho no admitido por este. El vehículo fue destruido y la policía no elaboró ningún informe sobre el incendio. La Sra. Faber reclamó al garaje Hazet el precio de compra del vehículo y el valor de los distintos objetos que en él se encontraban, valorado todo ello en 10.828,55 euros y al no serle abonado formuló una demanda fundamentada en que el vehículo no se correspondía con la cosa convenida y que, por tanto, había una falta de conformidad en el sentido del código civil neerlandés. No obstante, no afirmó haber efectuado la adquisición en calidad de consumidora. El garaje Hazet negó que existiera falta de conformidad y afirmó que la Sra. Faber había presentado su reclamación fuera de plazo, de manera que, en virtud del código civil neerlandés había perdido todos sus derechos. En primera instancia las pretensiones de la Sra. Faber fueron desestimadas. El órgano jurisdiccional estimó que ya no procedía examinar si la Sra. Faber había actuado en calidad de consumidora. La Sra. Faber recurrió en apelación, pero no formuló ningún motivo en contra de la apreciación del tribunal de la instancia de que no procedía determinar si el objeto del contrato celebrado entre las partes era un bien de consumo o no. Tampoco precisó la Sra. Faber si había adquirido el vehículo de que se trata en calidad de consumidora al garaje Hazet.

grupo de cuestiones referidas a si el Derecho de la Unión obliga a un órgano jurisdiccional nacional a examinar de oficio si una parte que adquiere bienes tiene la condición de consumidor en el sentido de la Directiva 1999/44 y, en caso de respuesta afirmativa, el alcance de tal obligación. El TJUE contestó de forma positiva declarando que la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, siempre que disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración, tiene la obligación de comprobar si el comprador puede tener la condición de consumidor en el sentido de dicha Directiva, aunque este último no la haya alegado expresamente en el marco de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de esta Directiva. Lógicamente, en base a los principios que inspiran la protección de consumidores esta precisa declaración efectuada por el TJUE con respecto a la Directiva 1999/44/CE es extensible a cualquier ámbito del Derecho de consumidores. Por tanto, el tercer aspecto que consideramos debe incorporarse a la legislación procesal civil es el referido a la obligación del juez de examinar de oficio la eventual cualidad de consumidor del litigante en el sentido previsto en la normativa de protección de los derechos de los consumidores que resulte de aplicación al asunto, aunque no haya sido invocada por este.

Dicho precepto podría tener el siguiente contenido:

«El juez o tribunal, siempre que disponga de los datos fácticos y jurídicos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración, tiene la obligación de comprobar si una de las partes tiene la condición de consumidor con arreglo a lo dispuesto en la normativa de protección de los derechos de los consumidores que resulte de aplicación al asunto, aunque esa parte no lo haya invocado. En caso de que proceda dicha comprobación, el juez o tribunal concederá a las partes la oportunidad de ser oídas sobre la cuestión, así como de contradecir los argumentos presentados de contrario, con la posibilidad de proponer y practicar prueba sobre la cuestión, de oficio o a instancia de parte, antes de la adopción de la decisión judicial al respecto». De nuevo, esta disposición iría complementada por aquellas que previesen el plazo para alegaciones de las partes sobre la condición de consumidor del litigante o bien la convocatoria de vista para el debate contradictorio y la eventual proposición y práctica de prueba, en su caso, constituyendo la sección tercera del capítulo primero del nuevo título.

Como hemos indicado, cada una de las tres disposiciones cuya redacción hemos propuesto debería estar complementada por las disposiciones que

regulasen el desarrollo del incidente, fijando un plazo para alegaciones de las partes –preferiblemente los quince días previstos actualmente en el juicio ejecutivo (art. 552.1 LEC) que los cinco días previstos en el proceso monitorio (art. 815.4 LEC)– o bien la convocatoria de vista –similar a la prevista para la oposición a la ejecución hipotecaria en el artículo 695.2 LEC– donde las partes debatirían de forma contradictoria sobre la cuestión con proposición y práctica de prueba. Esta vista parece responder en mejor medida a las declaraciones del TJUE, toda vez que desde *Banif Plus Bank*¹⁶ al aludir al cumplimiento del requisito derivado del respeto del principio de contradicción el TJUE se refiere a ofrecer la posibilidad a las partes de debatir de forma contradictoria, lo que implica ser oídas sobre la cuestión y contradecir los argumentos presentados de contrario. Difícilmente pueden contradecirse los argumentos del contrario a través de un único plazo para alegaciones, dado que al redactar estas se desconocen los argumentos de la contraparte. Ello puede solucionarse bien a través de la concesión de un plazo de alegaciones y, posteriormente, conocidas las alegaciones de la contraparte, uno de réplica o «contraalegaciones», bien a través de una vista en la que se efectúan alegaciones al principio de esta, se proponen y practican pruebas y, como último trámite de la vista, se formulan conclusiones en las que se pueden contradecir las alegaciones iniciales de la contraparte o bien, finalmente, mediante la combinación de un periodo de alegaciones para ambas partes y una vista con proposición y práctica de prueba y trámite de conclusiones. A nuestro modo de ver, la forma más conveniente de tramitación del incidente sería la última opción presentada, es decir, conceder un plazo¹⁷ para presentación de alegaciones a las partes y, en la misma resolución, señalar la celebración de vista en la que las partes podrán proponer y practicar prueba y efectuar conclusiones. La combinación del trámite escrito de alegaciones junto con la inmediatez, contradicción y posibilidad de proponer y practicar prueba de la vista convierten esta alternativa en la más garantista y adecuada, a pesar de las dificultades de agenda que conlleva para el juzgador el señalamiento de vista y el eventual retraso del procedimiento.

En cuanto al momento procesal en el que surgiría la cuestión, hemos de tener en cuenta que, con arreglo a la doctrina del TJUE, será una vez que el juez disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios por lo que parece complicado predeterminedar un trámite concreto y parece más conveniente que sea a criterio del propio juez. Cuando este haya alcanzado ese conocimiento sobre los elementos fácticos y jurídicos del asunto y tenga la convicción de que puede existir una cláusula abusiva en el documento que

¹⁶ C-472/11. STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*.

¹⁷ Quince días sería una extensión adecuada para ese plazo.

fundamenta la pretensión o la cantidad exigible, será el momento en el que de oficio plantee el incidente. Esa disponibilidad de los elementos fácticos y jurídicos también será determinante para abrir el incidente cuando se trate de la aplicación de oficio por parte del juez de una norma imperativa del Derecho de consumidores o de la eventual atribución de oficio a un litigante de su condición de consumidor. Las tres diferentes situaciones tendrían un desarrollo incidental análogo.

14.2.1.1.2 *Introducción en el libro I («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles») de la Ley de Enjuiciamiento Civil de una o varias disposiciones sobre la obligación del juez de adoptar de oficio diligencias de prueba cuando no dispone de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para llevar a cabo su apreciación, que constituirían el capítulo segundo del nuevo título*

Dentro de ese hipotético nuevo título que pudiera denominarse «sobre la obligada tutela judicial de oficio de los consumidores» ubicado dentro de la parte general de la LEC, es decir, en el libro primero («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles»), también procedería incluir un capítulo segundo con una o varias disposiciones que permitiesen al juez que carece de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para llevar a cabo su intervención, acordar la práctica de diligencias de pruebas que le posibilitase reunir los elementos necesarios para su apreciación. Ya sea en el marco de un proceso declarativo, de un juicio ejecutivo, de un proceso monitorio o de un juicio cambiario, entre otros, puede suceder que al juez le falten esos datos, fundamentalmente fácticos. Así ocurre, por ejemplo, si en un monitorio la documentación presentada por el profesional no contiene el contrato suscrito por las partes¹⁸ o de esa documentación aportada con la petición inicial no puede

¹⁸ En el litigio principal del asunto *Kancelaria Medius* (STJUE de 4/6/2020, C-495/19) el órgano jurisdiccional disponía de una copia de un modelo de contrato utilizado por el profesional, pero no tenía el contrato original firmado por el consumidor por lo que cabía considerar que el juez no disponía de los datos fácticos y jurídicos necesarios. El TJUE concluyó que el juez debe poder exigir al demandante que aporte el contenido del documento o documentos suscritos por las partes en los que basa la demanda y ello aunque el consumidor esté en rebeldía y exista una norma nacional –en ese caso, artículo 339 del Código de Procedimiento Civil polaco– que parece impedir ese requerimiento del juez al profesional, por lo que el juez ha de examinar la norma para comprobar si puede ser objeto de una interpretación conforme al Derecho de la Unión y, si ello no es posible, inaplicar la norma a fin de requerir al profesional el contrato firmado con el consumidor.

saberse a ciencia cierta si el demandado es consumidor o no lo es. Con apoyo en lo declarado por el TJUE en sentencias como *VB Pénzügyi Lizing*¹⁹, *Lintner*²⁰ y *Kancelaria Medius*²¹, cabe sostener la conveniencia de la existencia de dicha disposición que permita al juez acordar de oficio la adopción de diligencias de pruebas con la finalidad antes mencionada. Puede considerarse que el juez no tenga limitaciones y pueda acordar la práctica de cualquier medio de prueba, incluyendo, entre otros, pericial o testifical, habida cuenta de que en *VB Pénzügyi Lizing* no se establecieron limitaciones a esos medios de prueba, o bien, entender, siguiendo lo manifestado por el TJUE en *Lintner* –cronológicamente posterior a *VB Pénzügyi Lizing*– que las pruebas a practicar de oficio por el juez se limitarían a requerir a las partes para que aporten aclaraciones y documentos al efecto. En nuestra opinión, la primera de las dos opciones debería ser la escogida por el legislador, al darle mayor libertad al juzgador para determinar en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto qué tipo de medio de prueba le puede ser más útil para recabar esos elementos fácticos que le faltan, debiéndose tener en cuenta que representaría una elevación del nivel de protección de los consumidores con respecto a lo que parece sostener la doctrina del TJUE en *Lintner* y, además, en ningún caso es contraria a lo dispuesto en los tratados de la Unión, por lo que sería compatible con la Directiva 93/13 en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de esta y en el artículo 169.4 del TFUE. Por ello, entendemos que esa hipotética disposición debería permitir al juez acordar la práctica de cualquier medio probatorio, respetando el principio de audiencia de las partes, por lo que antes de adoptar el acuerdo debería oír de forma contradictoria a las partes.

La disposición propuesta podría tener el siguiente contenido:

«En los procedimientos judiciales entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios, en los casos en los que el juez o tribunal considere que no dispone de los elementos fácticos y jurídicos necesarios a fin de determinar si una cláusula es abusiva o si debe aplicar una norma imperativa del Derecho de consumidores o si una de las partes tiene la condición de consumidor, tendrá la obligación de acordar las diligencias de prueba que estime necesarias para poder recabar dichos elementos fácticos y jurídicos, debiendo conceder previamente a las partes la oportunidad de ser oídas sobre la cuestión, así como de contradecir los argumentos presentados de contrario, antes de la adopción de la resolución judicial al respecto».

¹⁹ C-137/08. STJUE de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lizing*.

²⁰ C-511/17. STJUE de 11 de marzo de 2020, *Lintner*.

²¹ C-495/19. STJUE de 4 de junio de 2020, *Kancelaria Medius*.

14.2.1.1.3 *La doctrina de la obligada tutela judicial de oficio y los principios dispositivo, de congruencia y de cosa juzgada*

Desde *Océano*²² han sido muchas las resoluciones del TJUE interpretadoras de la Directiva 93/13 que han reflejado la atenuación o flexibilización de los principios tradicionales que informan el proceso civil como son el principio dispositivo y el principio de congruencia. Incluso en determinadas resoluciones, en particular, en *Banco Primus*²³, *Ibercaja Banco*²⁴ y *SPV Project 1503*²⁵, el TJUE ha tenido que ponderar el principio de cosa juzgada frente a las exigencias de la protección de consumidores. El problema de la desvirtuación de los principios del proceso civil, como hemos visto en otros apartados del presente trabajo, ha suscitado fuertes críticas, en particular, entre los procesalistas. No obstante, también ha dado lugar a posturas más comprensibles con la configuración creada por el Tribunal de Justicia. En ese sentido, es imprescindible citar el profundo estudio realizado por Martín Fuster²⁶ sobre la apreciación de oficio de la nulidad en el que cobran gran relevancia los aspectos relacionados con la protección de consumidores. Martín Fuster considera que la apreciación de oficio no supone una vulneración de los principios que rigen el sistema procesal civil, ya que su procedencia se encuentra limitada a supuestos justificados, de vulneración de orden público, de ley imperativa²⁷, observando que en materia de consumidores la intervención del juez está justificada por ser materia de orden público, donde se busca proteger el equilibrio de las partes, pero esa facultad/deber del juzgador no es absoluta, ya que para cumplir con los principios que rigen el proceso civil²⁸ se deben respetar ciertos límites, señalados particularmente en los procesos con consumidores. Así, el autor configura tres límites que han de ser cumplidos. Lo que él denomina «factor de pertinencia», que implica que únicamente procederá la apreciación de oficio cuando dicha actuación verse sobre elementos relacionados con las pretensiones de las partes, cumpliendo así el principio dispositivo, de congruencia y de aportación de parte. Añade un segundo límite en el sentido de que para cumplir el principio de audiencia y contradicción es necesario que,

²² C-240/98 a C-244/98. STJUE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*.

²³ C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.

²⁴ C-600/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *Ibercaja Banco*.

²⁵ C-693/19 y C-831/19 de 17 de mayo de 2022, *SPV Project 1503*.

²⁶ MARTÍN FUSTER, J. M., *La apreciación de oficio de la nulidad. La protección de los consumidores y otros supuestos prácticos*. Edit. Atelier, Barcelona, 2021.

²⁷ *Ibid.*, pp. 51-52.

²⁸ Martín Fuster se refiere al principio dispositivo, principio de aportación de parte, *Iura novit curia*, principio de congruencia, principio de audiencia y contradicción, la preclusión y la cosa juzgada.

tras la actuación judicial de oficio, se permita a las partes oír las y debatir sobre la cuestión apreciada, garantizando su derecho de defensa. El tercer límite está constituido, según el autor, por la institución de la cosa juzgada, lo que impide revisar de nuevo contratos cuyas cláusulas hayan sido examinadas y resueltas con una resolución con fuerza de cosa juzgada, garantizando así la protección de la seguridad jurídica. Según Martín Fuster, cumpliendo esos límites, es compatible la apreciación de oficio con los principios procesales civiles que rigen nuestro ordenamiento²⁹.

A nuestro modo de ver, es la aplicación de la doctrina de la tutela judicial de oficio en el marco del procedimiento lo que conlleva que el juez tenga que adaptar los principios procesales tradicionales a las exigencias de esa doctrina del TJUE, que viene justificada por la necesidad de protección del consumidor dado el desequilibrio existente en la relación sustancial entre profesional y consumidor, siendo esa actuación de oficio del juez la que restablece la situación de igualdad procesal, que forma parte del genérico derecho a la tutela judicial efectiva y siendo el sentido social que adquiere la doctrina el componente que da lugar a su extensión y evolución.

La propuesta de incorporación de un conjunto de disposiciones dentro de un nuevo título en la parte general de la Ley de Enjuiciamiento civil se basa en la importancia de la doctrina de la obligada actuación judicial de oficio en materia de consumidores, tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel de nuestro país. Dentro de los hitos de la doctrina que a su vez constituyen hechos clave en esa adaptación de los principios procesales o flexibilización de estos, además de los pilares de la doctrina a los que hemos hecho referencia en otros apartados de este trabajo y de la sentencia *Aziz* —que provocó «un terremoto jurídico»—, cabe mencionar la sentencia *Duarte Hueros*³⁰ dictada por el TJUE. Como ocurrió con *Faber*, el asunto *Duarte Hueros*³¹ se desarrolló en el marco

²⁹ *Ibid.*, pp. 73-74.

³⁰ Asunto C-32/12. STJUE de 3 de octubre de 2013, *Duarte Hueros*.

³¹ La petición se presentó en el marco de un litigio sustanciado entre, por una parte, la Sra. Duarte Hueros y, por otra, la empresa Autociba, S. A.,—concesionaria vendedora del vehículo— y Automóviles Citroën España, S. A.,—fabricante del vehículo— en relación con la pretensión, deducida por la Sra. Duarte Hueros, de resolución del contrato de compraventa del vehículo por falta de conformidad de dicho vehículo con el referido contrato. En 2004, la Sra. Duarte Hueros compró a Autociba un vehículo descapotable con techo corredizo. La compradora abonó el precio y recibió el vehículo. Dado que cuando llovía se filtraba agua por el techo del habitáculo la Sra. Duarte Hueros llevó el vehículo a reparar varias veces sin que las reparaciones efectuadas solucionaran el problema. En vista de la situación, la Sra. Duarte solicitó la sustitución del vehículo, petición que fue rechazada por Autociba. Tras ello, la Sra. Duarte formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Badajoz reclamando la resolución del contrato de compraventa y la condena solidaria a Autociba y a Citroën España a devolver el importe abonado por el vehículo. En el marco de dicho procedimiento judicial el juzgado de Badajoz expuso que en aplicación del artículo 3.6 de la Directiva 1999/44 no era procedente la resolución peticionada porque el defecto era de

de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. El TJUE declaró que la Directiva 1999/44 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa española que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa –resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia– no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda. En definitiva, el Tribunal de Justicia, al interpretar la Directiva 1999/44, pone en evidencia el principio dispositivo y el principio de congruencia tal y como se recogen en los artículos 216 (principio de justicia rogada), 218 (congruencia de las sentencias) y 412 (prohibición de cambio de demanda) de la LEC frente al principio de efectividad, concluyendo el TJUE que la citada normativa procesal nacional no se atiene al principio de efectividad, en la medida en que hace excesivamente difícil, cuando no imposible, en los procedimientos judiciales iniciados a instancia de los consumidores en caso de falta de conformidad con el contrato del bien entregado, la aplicación efectiva de la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos, ya que no permite al juez reconocer de oficio la reducción del precio cuando la falta de conformidad del bien es de escasa importancia y no va a ser acordada la resolución del contrato.

En un ámbito diferente y varios meses anterior en el tiempo a dicha sentencia hemos de hacer referencia al apartado 130 de la STS dictada el 9 de mayo de 2013 (ES: TS:2013:1916)³². Sin perjuicio de que para esa fecha ya estaba consolidada la doctrina del TJUE sobre la obligada intervención de oficio del juez en materia de consumidores, hay que atribuir al Tribunal Supremo español

escasa importancia. Ahora bien, según el juez remitente, la Sra. Duarte tenía derecho a una reducción del precio conforme al artículo 3.5 de la misma directiva, que, sin embargo, no podía ser concedida por el juez, por no permitírsele las normas procedimentales internas, en particular el artículo 218.1 LEC, relativo al principio de congruencia que ha de existir entre las demandas de las partes y las sentencias, ya que la Sra. Duarte no había solicitado la reducción ni como petición principal ni tampoco de forma subsidiaria a la petición principal. Además, en base al principio de cosa juzgada, al haber podido solicitar esa pretensión con la demanda inicial y no haberlo hecho, no podría iniciar un nuevo litigio para pedir la reducción del precio. En esas circunstancias el juez suspendió el procedimiento e interpuso cuestión prejudicial.

³² «130. Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas». STS de 9 de mayo de 2013, apdo. 130.

el mérito de haber asumido la jurisprudencia del TJUE incluso antes de la promulgación del artículo 4 bis.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³³, con respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión y con independencia de alguna «sombra» como la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva operada precisamente en la misma sentencia a la que hacemos referencia. En cualquier caso, señalar como hace el Tribunal Supremo que, «en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso», complementado con la observación de que «tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas» no deja de ser una manifestación «rompedora» –en el sentido de muy avanzada e innovadora– con los principios regidores del proceso civil.

Un tercer hito estaría constituido por la sentencia 31/2019 de 28 de febrero del Tribunal Constitucional (ES: TC:2019:31), analizada en el presente trabajo al comentar la sentencia *Banco Primus*³⁴. En ella el TC interpreta los requisitos establecidos por la sentencia *Banco Primus* para admitir un control posterior sobre la abusividad de una cláusula, deduciendo que no se había producido un control jurisdiccional al no haber motivado el juzgado de instancia³⁵ la existencia de dicho control en el auto despachando ejecución, limitándose a decir el juez de la instancia que la demanda ejecutiva cumplía los requisitos del artículo 685 de la LEC, así como que el título acompañado era susceptible de ejecución conforme el artículo 517.1.4 LEC.

El juez de instancia, según el TC, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE por su inmotivada contestación acerca de la existencia de un control de la cláusula previo a la denuncia que es, en palabras del TC, la única excepción contemplada por el TJUE para excluir un examen posterior. Existió lesión porque el ejecutado fue privado de un pronunciamiento de fondo sobre la eventual abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en su contrato de préstamo hipotecario, al que el órgano judicial estaba obligado de acuerdo con la sentencia *Banco Primus*. Concluye el TC que al no haberse atendido el juzgado de instancia a la interpretación de la Directiva 93/13 que había sido realizada por el Tribunal de Justicia en la

³³ Artículo 4 bis LOPJ: «1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

³⁴ Asunto C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.

³⁵ El juzgado que cometió la infracción del artículo 24 CE fue el de Primera Instancia núm. 32 de Madrid.

sentencia *Banco Primus*, no habiendo entrado a analizar la posible nulidad de la cláusula contractual de vencimiento anticipado objeto del incidente de nulidad, ni habiendo planteado cuestión prejudicial, infringió el principio de primacía del Derecho de la Unión al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante [el Tribunal de Justicia], incurriendo por ello en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y consiguientemente vulneró de ese modo, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Las declaraciones del TC podrían estar sujetas a modificaciones futuras tras la reciente sentencia *Ibercaja Banco (contra MA)*³⁶ que pretende establecer la configuración definitiva del principio de cosa juzgada frente a las exigencias de la protección de consumidores, pero que, desde nuestro punto de vista, tampoco «cierra el círculo». En cualquier caso, en su reciente sentencia 80/2022, de 27 de junio (ES: TC:2022:80), el Tribunal Constitucional reitera la doctrina fijada a partir de la STC 31/2019 de 28 de febrero, incorporando lo dicho por el TJUE en la sentencia *Ibercaja Banco (contra MA)* de 17 de mayo de 2022, realizando una interpretación muy particular de la misma para encajarla en su propia jurisprudencia.

En base a todo lo dicho anteriormente consideramos que el legislador español podría estudiar la posibilidad de incluir en el libro I un tercer capítulo con una o varias disposiciones que recogiesen esa adaptación o flexibilización de los principios procesales de congruencia y dispositivo en el ámbito del Derecho de consumidores. Proponemos la inclusión de una disposición con un tenor similar al siguiente:

«En los procedimientos judiciales entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios, el juez o tribunal, en la medida en que sea necesario para garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión Europea, modificará, de oficio o a instancia de parte, en lo estrictamente preciso, las pretensiones iniciales del suplico de la demanda o de la reconvencción del litigante consumidor, siempre que disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios a tal fin y las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre la cuestión, así como de contradecir los argumentos presentados de contrario, debiendo concederse también la posibilidad a las partes de proponer y practicar prueba sobre la cuestión, si esta surge una vez precluido el plazo para la proposición y práctica de prueba».

³⁶ C-600/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *Ibercaja Banco (contra MA)*.

Como complemento de esa disposición se incluirían dentro del mismo capítulo las disposiciones reguladoras del incidente que debería tramitarse para dilucidar la cuestión y cuya estructura podría responder a la que ya hemos indicado en los supuestos anteriores de apreciación de oficio de la eventual naturaleza abusiva de una cláusula, apreciación de oficio de una norma imperativa del Derecho de consumidores y apreciación de oficio de la cualidad de consumidor.

14.2.1.2 LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE DIEZ DÍAS PARA FORMULAR OPOSICIÓN

Tal y como hemos visto al examinar la jurisprudencia relativa a la Directiva 93/13 existen varias resoluciones del TJUE en las que se examinan específicamente los plazos de oposición con los que cuenta el consumidor en determinados procedimientos. Así, en *BNP Paribas Personal Finance (contra MF)*³⁷, el TJUE, examinando el proceso de ejecución rumano, llega a la conclusión de que es contraria a la Directiva 93/13 la legislación procesal rumana que concede al consumidor un plazo de únicamente quince días para formular la oposición a la demanda ejecutiva por impago de un préstamo, con base en la existencia de cláusulas abusivas en el título en el que se funda la ejecución, aun cuando el consumidor disponga de una acción ordinaria no sujeta a plazo para la declaración del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo. Al plazo excesivamente corto concedido al consumidor para presentar la oposición se une el hecho de que la decisión que se adopte a resultados de la acción ordinaria no tiene efecto sobre la resolución que recaiga en el procedimiento de ejecución forzosa, la cual puede imponerse al consumidor antes del dictado de la resolución relativa a la acción de declaración de la existencia de cláusulas abusivas, quedándole al consumidor tan solo una protección *a posteriori* meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Por tanto, el TJUE configura un plazo de oposición de 15 días como excesivamente breve.

En *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*³⁸ y en *PKO Bank Polski*³⁹, al analizar el plazo de dos semanas concedido al consumidor polaco

³⁷ Asunto C-75/19. Auto de 6 de noviembre de 2019, *BNP Paribas Personal Finance (contra MF)*.

³⁸ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*.

³⁹ Asunto C-632/17. Auto de 28 de noviembre de 2018, *PKO Bank Polski*.

para indicar los motivos y excepciones que formula, así como precisar los hechos y proponer prueba en oposición al requerimiento de pago, sostiene el TJUE que, al tratarse de un plazo particularmente breve, junto con la forma de cálculo de las tasas judiciales, genera un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen oposición.

En sentido similar, al analizar en *EOS KSI Slovensko* ⁴⁰ el plazo de quince días previsto en el procedimiento monitorio eslovaco para formular oposición, el TJUE considera que es incompatible con la Directiva 93/13 ya que, a pesar de prever en la fase en la que se dicta un requerimiento de pago contra un consumidor el control del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, por un lado, prevé un plazo de quince días para formular oposición y exige que esta última deba motivarse en cuanto al fondo, y, por otra parte, confía a un funcionario de un órgano jurisdiccional que no tiene la condición de magistrado la competencia de emitir ese requerimiento de pago. Bien es cierto que condiciona esa incompatibilidad a que el control de oficio no esté previsto en la fase de la ejecución del referido requerimiento, lo que corresponde comprobar al juez remitente.

Todas estas manifestaciones del TJUE nos llevan a pensar que el periodo de diez días hábiles previsto en una serie de plazos de oposición en nuestro sistema procesal es excesivamente corto y que cuando el consumidor disponga de ese reducido plazo para oponerse al profesional podría ser considerado como incompatible con la Directiva 93/13 y como contrario al principio de efectividad y al derecho a la tutela judicial efectiva, en función de las circunstancias que concurran en el asunto concreto y en la modalidad procesal que corresponda analizar al TJUE. Así, están sometidos a ese plazo de diez días hábiles, entre otros:

- a) la contestación a una demanda de juicio verbal (art. 438 LEC),
- b) la oposición a un juicio ejecutivo –en particular, a fin de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el título en que se basa la ejecución (art. 557 en relación con art. 556,1 ambos de la LEC)–,
- c) la oposición a una ejecución hipotecaria –en particular, para alegar el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (art. 695 en relación con el art. 556,1 ambos de la LEC)–,

⁴⁰ Asunto C-448/17. STJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko*.

- d) el incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario,
- e) la oposición a un juicio cambiario (art. 824.1 LEC) y
- f) La impugnación de la cuenta del procurador (art. 34 LEC) y de la cuenta del abogado (art. 35 LEC).

Habida cuenta de que el TJUE ha considerado insuficiente el plazo previsto en la legislación rumana de quince días (*BNP Paribas Personal Finance y MF*), en la legislación polaca de dos semanas (*Profi Credit Polska y PKO Bank Polski*) y el prevenido en la legislación eslovaca de quince días (*EOS KSI Slovensko*), parecería razonable fijar un periodo de un mes⁴¹ como plazo para formular la oposición en los trámites enumerados anteriormente.

En ese sentido, podemos recordar que en el asunto *BBVA* (C-8/14, STJUE de 29 de octubre de 2015) el TJUE afirmó: «un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición no parece, en principio, materialmente insuficiente para la preparación e interposición de un recurso judicial efectivo, sino que parece razonable y proporcionado habida cuenta de los derechos e intereses de que se trata» (apartado 31 de dicha sentencia).

A nuestro modo de ver, esa ampliación de los plazos debería beneficiar a cualquier justiciable, tenga o no la condición de consumidor, al resultar más práctica la homogeneización de los plazos. De la misma forma, esa hipotética reforma podría ampliar un gran número de plazos previstos en la LEC de 2, 3 o 5 días que generan situaciones en las que el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable –sea actor o demandado– se ve comprometido⁴². No obstante, sin perder de vista el objeto de nuestro trabajo, la cuestión radica en que determinados plazos procesales –en particular, los plazos enumerados en los apartados a) a f)–, por ser excesivamente breves, cuando se aplican a consumidores contradicen la postura del TJUE expresada en las resoluciones mencionadas y para evitar

⁴¹ Artículo 133 LEC: «[...] 3. Los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha».

⁴² Como es por todos conocido, la justicia española sufre desde tiempos inmemoriales el problema de la lentitud («la insoportable lentitud de la justicia») y para tratar de solventarlo, el legislador español no ha tenido mejor idea que fijar plazos excesivamente cortos a los trámites procesales, cuando es notorio que el «atasco» no se produce porque la parte actora o la demandada disponga de un plazo de diez días, de veinte días o de un mes, sino que se produce porque una vez cumplimentado el trámite por la parte, si el juzgado tiene una carga importante de trabajo, cabe la posibilidad de que tarde semanas o incluso meses en dar el impulso procesal que corresponda al procedimiento. Por tanto, la solución para la lentitud de la justicia española no estriba en establecer plazos excesivamente cortos al justiciable –que pueden afectar el derecho a la tutela judicial efectiva–, sino en dotar de agilidad y eficacia al sistema de administración de la justicia.

que en un futuro el TJUE los considere contrarios a la Directiva 93/13 parece conveniente e incluso necesaria su modificación, en cuanto resulten de aplicación a los consumidores. Esa reforma legislativa podría limitarse a sustituir la expresión «diez días» por «un mes» en los trámites procesales que hemos enumerado anteriormente bajo las letras a) a f) y en cualquier otro trámite de índole similar al que nuestra LEC conceda el exiguo plazo de diez días.

14.2.1.3 LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13 A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS ENTRE PROFESIONAL Y CONSUMIDOR: CONVENIENCIA DE INTRODUCIR UNA DISPOSICIÓN EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS QUE PREVEA LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE ACTUAR DE OFICIO EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS CUANDO SE DEN LAS CIRCUNSTANCIAS NECESARIAS PARA ELLO

A pesar de la gran trascendencia práctica de la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*⁴³, al haber sido dictada a resultas de una cuestión formulada por un tribunal de otro Estado miembro –Países Bajos–, creemos que ha tenido poca incidencia en nuestro país.

La realidad española es que se siguen firmando miles de contratos de arrendamiento entre empresas dedicadas al alquiler de inmuebles y consumidores que contienen cláusulas a todas luces abusivas y que cuando estos contratos llegan a sede judicial generalmente en el correspondiente procedimiento en el que se ha acumulado la acción de desahucio y de reclamación de cantidades derivadas del contrato de arrendamiento, los tribunales en ocasiones no eliminan de oficio las cláusulas abusivas con el pertinente reflejo en la suma económica estimada en sentencia, sino que se limitan a estimar la demanda, a pesar de que algunas de las partidas reclamadas se sustenten en cláusulas abusivas del contrato de arrendamiento.

Todo ello, sin perjuicio de otro efecto pernicioso de esas cláusulas que se produce cuando tras un retraso en el pago de las rentas los arrendatarios consiguen ponerse al corriente y tienen que asumir determinadas penalizaciones que son abusivas.

A todo ello hay que añadir, por un lado, que el número de casos afectados por esta problemática es en la actualidad superior al de hace algunos años porque desde la última crisis han sido muchas las empresas que han adquirido

⁴³ Asunto C-488/11. STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

activos inmobiliarios procedentes de ejecuciones hipotecarias para dedicarlos al arrendamiento. Por otro lado, es indudable la importancia de todos los problemas relacionados con el arrendamiento de la vivienda habida cuenta de la subida experimentada por las rentas, particularmente en grandes poblaciones y en ciudades turísticas propiciada, entre otras circunstancias, por la irrupción del fenómeno de los alquileres vacacionales. Los poderes públicos son conscientes de la gravedad de todos estos problemas por lo que en este contexto considero que el legislador debería introducir en la Ley de Arrendamientos Urbanos un precepto que específicamente recoja la necesaria aplicación de la Directiva 93/13 y restante normativa de protección de consumidores cuando el arrendamiento controvertido se encuentre en su ámbito de aplicación, previniendo la obligación del juez de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el correspondiente contrato, cuando se den las circunstancias previstas por la doctrina del TJUE para ello. Por tanto, tendría una redacción muy similar a la disposición que proponemos para el libro primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero al estar ubicada en la Ley de Arrendamientos Urbanos pretende una mayor divulgación de la doctrina de la tutela judicial de oficio de los consumidores en el ámbito arrendaticio.

De esta forma, esa disposición propuesta para su introducción en la LAU podría tener una redacción similar a la siguiente:

«En los procedimientos judiciales entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios, el juez o tribunal, una vez disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios a tal fin, examinará de oficio la eventual existencia de cláusulas abusivas –que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes–⁴⁴ en el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, debiendo conceder a las partes la oportunidad de ser oídas sobre la cuestión, así como de contradecir los argumentos presentados de contrario, con la posibilidad de proponer y practicar prueba sobre la cuestión, de oficio o a instancia de parte, antes de la adopción de la resolución judicial al respecto, que, en caso de declaración de la naturaleza abusiva de una o varias cláusulas, tendrá los efectos jurídicos previstos por nuestro ordenamiento».

Esa hipotética disposición debería estar complementada por la remisión a la disposición de la LEC que regulase el desarrollo del incidente, fijando un plazo para alegaciones de las partes o bien la convocatoria de vista donde las partes debatirían de forma contradictoria sobre la cuestión, lo que parece más

⁴⁴ Esta precisión resulta de la matización efectuada por el TJUE en la sentencia Lintner.

concordante con la doctrina del TJUE. En cuanto a la ubicación de la disposición propuesta, consideramos que podría incluirse un nuevo título dentro de la LAU que podría ser el Título VI bajo la denominación «la obligada tutela judicial de oficio de los consumidores» donde tendría cabida la disposición propuesta y otra disposición que se remitiera al precepto correspondiente de la LEC a los efectos de la regulación del desarrollo del incidente sobre la apreciación de la naturaleza abusiva de la cláusula. Dado el carácter evolutivo de la normativa de protección de consumidores en ese nuevo título se irían insertando aquellas disposiciones que el legislador fuese promulgando en la materia de arrendamientos a resultas de la progresión de la realidad social al objeto de responder a las necesidades de la tutela de los consumidores.

14.2.2 Medidas sobre determinados procedimientos

A continuación, analizaremos una serie de modificaciones que se proponen con respecto al proceso monitorio –concretadas en la modificación del párrafo segundo del apartado 4 del artículo 815 LEC–, a la disposición final vigésima tercera de la LEC que prevé las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento que establece el proceso monitorio europeo, al juicio cambiario, al procedimiento de jura de cuentas previsto en los artículos 34 y 35 de la LEC, al procedimiento de ejecución extrajudicial, al artículo 721 LEC –motivada por la necesidad de excepcionar en el ámbito de consumidores la prohibición impuesta al juez por dicho precepto de adoptar de oficio medidas cautelares–, al artículo 551.2 LEC sobre el contenido del auto despachando ejecución y, finalmente, al proceso de desahucio por falta de pago. A diferencia de las medidas genéricas propuestas en el primer grupo destinadas a ser ubicadas en el libro primero de la LEC y en la Ley de Arrendamientos Urbanos, las propuestas en este segundo grupo tienen un carácter mucho más específico vinculadas estrechamente a los diferentes trámites procedimentales de los que formarían parte.

14.2.2.1 LA REFORMA DEL PROCESO MONITORIO: EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS RELATIVOS A LA NO APRECIACIÓN Y ADVERTENCIA DE LOS EFECTOS DE LA FALTA DE OPOSICIÓN

Como se ha dicho, a consecuencia de lo declarado por el TJUE en *Banco Español de Crédito*, el legislador español, a través de la ley 42/2015 de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil,

adaptó el proceso monitorio al Derecho de la Unión. Esa reforma, si bien tardó más de tres años en llegar, cumplió en líneas generales con las expectativas. No obstante, se han detectado algunos aspectos que ofrecen problemas prácticos. Así, podríamos citar las dificultades para identificar al demandado como consumidor en aquellos supuestos en los que el peticionario no aporte la documentación que así lo revele o, en íntima relación con el problema anterior, la imposibilidad de controlar la naturaleza abusiva de las cláusulas del documento controvertido cuando el peticionario no lo aporta, sino que acompaña otros documentos que a su criterio acrediten la existencia de una deuda dineraria líquida, determinada, vencida y exigible.

Consideramos que las disposiciones que proponemos en el presente trabajo con carácter general relativas a la averiguación de la condición de consumidor del litigante y a la proposición y práctica de prueba para reunir los elementos fácticos y jurídicos necesarios para que el juez pueda llevar a cabo el juicio de abusividad podrían contribuir a solventar los dos problemas antes apuntados. No obstante, también cabría la posibilidad de incluir disposiciones específicas con un contenido similar de aplicación concreta al proceso monitorio dentro del capítulo I («Del proceso monitorio»), del título III («De los procesos monitorio y cambiario»), del libro cuarto («De los procesos especiales») de la LEC. En cualquier caso, sí creemos que debería tener cabida en el mencionado capítulo I varias disposiciones destinadas a adaptar el monitorio a las nuevas exigencias derivadas de la reciente jurisprudencia del TJUE. Como hemos analizado en otros capítulos del presente trabajo, de las declaraciones efectuadas por el TJUE en *Ibercaja Banco*⁴⁵ y en *SPV Project 1503*⁴⁶ pueden deducirse dos nuevas exigencias de la doctrina de la obligada intervención judicial de oficio. Se trataría de que cuando el juez efectúa el control de oficio con el resultado de inexistencia de cláusulas abusivas debe motivar dicho examen –al menos sucintamente– y debe advertir al consumidor ejecutado que, si no formula oposición en el plazo concedido, ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas. Estas declaraciones realizadas por el TJUE en el marco del juicio de ejecución serían, a nuestro modo de ver, perfectamente trasladables al proceso monitorio y ello porque la razón última de las mismas radica en garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor. La motivación del control pretende –parafraseando al propio TJUE– que el consumidor esté informado de los motivos en los que se basó el tribunal para estimar que las cláusulas controvertidas carecían de

⁴⁵ Asunto C-600/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *Ibercaja Banco*.

⁴⁶ Asuntos C-693/19 y C-831/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *SPV Project 1503*.

carácter abusivo y que el consumidor pueda apreciar con pleno conocimiento de causa si procede interponer un recurso contra dicha resolución o, con más precisión, si le interesa oponerse al auto de despacho de ejecución con base en la existencia de cláusulas abusivas. En cuanto a la advertencia, ostenta también una finalidad de aseguramiento del derecho a la tutela judicial efectiva de forma que el consumidor sea conocedor, a ciencia cierta y sin ningún tipo de dudas, de que si no formula oposición con base en la existencia de cláusulas abusivas no podrá alegar dicha circunstancia en el futuro. En la medida en que son razonamientos trasladables al proceso monitorio, en nuestra opinión, el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 815 LEC debería contener esas previsiones que obligarán al juez a motivar su resolución y a contener la referida advertencia al consumidor. Así, la redacción del párrafo segundo del apartado 4 del artículo 815 LEC podría quedar así:

«El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. *Cuando dicho examen ponga de manifiesto la inexistencia de cláusulas abusivas el juez lo hará constar motivando –al menos sucintamente– su decisión y advirtiéndolo al deudor consumidor o usuario que, de no formular la oposición en el plazo de veinte días establecido en el apartado primero del presente artículo, ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible*⁴⁷. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador».

14.2.2.2 MODIFICACIÓN DEL APARTADO 2 DE LA DISPOSICIÓN FINAL VIGÉSIMA TERCERA DE LA LEC Y OTRAS MEDIDAS PARA FACILITAR LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DEL REGLAMENTO QUE ESTABLECE EL PROCESO MONITORIO EUROPEO

Parece indiscutible la necesidad de modificar la disposición final vigésima tercera, apartado 2, de la LEC tras haber sido declarada por el TJUE en

⁴⁷ En cursiva el nuevo texto cuya incorporación proponemos.

la sentencia *Bondora*⁴⁸ incompatible con el artículo 7.2 letras d) y e) del Reglamento 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo⁴⁹ y los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 tal como han sido interpretados por el TJUE y a la luz del artículo 38 de la Carta.

Dicho precepto reza de la forma siguiente: «2. La petición de requerimiento europeo de pago se presentará a través del formulario A que figura en el anexo I del Reglamento (CE) núm. 1896/2006, sin necesidad de aportar documentación alguna, que en su caso será inadmitida». Es únicamente la expresión «que en su caso será inadmitida» la que resulta contraria al Derecho de la Unión con arreglo a la sentencia *Bondora*, por lo que, para cumplir con lo declarado en dicha resolución, bastaría que el legislador español eliminase dicha expresión.

No obstante, desde nuestro punto de vista, el legislador español debería aprovechar la necesaria reforma de dicho precepto para introducir una disposición prevista específicamente en el ámbito de las peticiones de requerimiento europeo de pago efectuadas por profesionales contra consumidores, disponiendo, tanto la obligación del profesional de adjuntar copia del contrato o contratos que sirven de base para la reclamación —que habrán de ser descritas en el campo 10 «Medios de prueba que acrediten la deuda» del formulario A—, como la obligación del juez que conoce la petición de requerimiento de llevar a cabo de oficio el control de las eventuales cláusulas abusivas que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. El enunciado de esa disposición sería similar al que presenta el artículo 815 de la LEC y, al modo en que está previsto en dicho precepto, en caso de que el juez aprecie la posible existencia de cláusulas abusivas, habría de disponerse un plazo para oír a las partes de forma contradictoria sobre la cuestión. Esta disposición no debería ser considerada contraria al Reglamento 1896/2006, en particular, tras la interpretación efectuada del mismo por parte del TJUE en *Bondora*. Asimismo, en sentido análogo al expuesto al analizar la reforma propuesta del proceso monitorio también podría ser conveniente introducir en esa hipotética disposición la obligada explicación por parte del juez de los motivos relativos a la no apreciación y la advertencia de los efectos de la falta de oposición. Todas estas modificaciones irían recogidas en uno o varios apartados adicionales a los ya incluidos en la disposición final vigésima tercera de la LEC y tendrían como finalidad garantizar al consumidor un mayor nivel de

⁴⁸ Asuntos C-453/18 y C-494/18. STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Bondora*.

⁴⁹ Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

protección, estando amparadas por el artículo 8 de la Directiva 93/13 que permite a los Estados miembros adoptar o mantener en el ámbito regulado por ella disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, así como por el artículo 169.4 TFUE.

La conveniencia de su promulgación se explica en la incertidumbre sobre una eventual reforma del proceso monitorio europeo que sería la solución ideal porque afectaría a todos los consumidores de la Unión y mantendría una misma estructura para todos los juzgados nacionales con los eventuales formularios específicamente previstos para esa situación.

14.2.2.3 LA OBLIGADA ADAPTACIÓN DEL JUICIO CAMBIARIO ESPAÑOL A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE OPOSICIÓN Y ADVERTENCIA DE LAS CONSECUENCIAS DE NO FORMULAR OPOSICIÓN

El instrumento cambiario no es ajeno a las relaciones entre profesionales y consumidores. Así, por ejemplo, el artículo 24 de la Ley de contratos de crédito al consumo⁵⁰ permite que en la adquisición de bienes o servicios el consumidor y su garante se obliguen cambiariamente mediante la firma de letras de cambio o pagarés, pudiendo oponer el consumidor al tenedor las excepciones que se basen en las relaciones con el proveedor de los bienes o servicios correspondientes. Por tanto, el profesional podrá utilizar el juicio cambiario⁵¹ formulando demanda contra el consumidor-deudor acompañando a la misma el título cambiario y sin necesidad de aportar el contrato de crédito al consumo que ha servido de base para la emisión del título cambiario. El tribunal analizará la corrección formal del título cambiario y si lo encuentra conforme requerirá al deudor para que pague en el plazo de diez días y ordenará el embargo preventivo de los bienes del deudor⁵². Durante ese plazo de diez días hábiles el consumidor-demandado podrá interponer demanda de oposición al juicio cambiario⁵³ alegando las excepciones basadas en sus relaciones personales con él o cualesquiera de los motivos previstos en el artículo 67 de la Ley Cambiaria⁵⁴. Si se ha

⁵⁰ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo publicada en *BOE* núm. 151, de 25 de junio de 2011.

⁵¹ Artículos 819 a 827 de la LEC en relación con la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

⁵² Artículo 821 LEC.

⁵³ Artículo 824 LEC.

⁵⁴ Artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque. «El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas

formulada oposición, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado al acreedor para que pueda impugnar la oposición en un plazo de diez días y las partes podrán solicitar vista, pero la procedencia de su celebración queda al arbitrio del tribunal ⁵⁵.

Según el TJUE tiene declarado en *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)* ⁵⁶, no cabe el control judicial de oficio en la primera fase del procedimiento cambiario –la que transcurre desde la presentación de la demanda por el profesional, a la que acompaña el título cambiario, hasta el requerimiento de pago– en la medida en que el juez nacional no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para apreciar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato que subyace a ese título cambiario.

Ello resulta de aplicación a nuestro procedimiento cambiario por lo que con relación a esa primera fase habría que decir que a pesar de que el juez no puede llevar a cabo un control de oficio de la relación subyacente al título cambiario, la normativa procesal española que respalda esa situación es compatible con la Directiva 93/13, según el criterio expresado por el TJUE en *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*.

Sin embargo, una vez que entramos en lo que el TJUE denomina la segunda fase del procedimiento cambiario, examinado nuestro juicio cambiario desde la perspectiva de la doctrina del TJUE sobre el obligado control judicial de oficio de las cláusulas abusivas, consideramos que su regulación debería ser modificada, incluyendo en el marco de la sustanciación de la oposición el control judicial de oficio de la naturaleza abusiva de las cláusulas del eventual contrato concerniente a la relación causal subyacente y ofreciendo a las partes la posibilidad de debatir la cuestión de forma contradictoria.

El problema estriba en el hecho de que, a diferencia de lo que sucede actualmente en el artículo 552.1, párrafo 2.º LEC, el juicio cambiario no prevé ni el control de abusividad de oficio por parte del juez del contrato relativo a la relación causal subyacente que eventualmente sea aportado con la demanda de

excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor.

El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes:

- 1.ª La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.
- 2.ª La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley.
- 3.ª La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado.

Frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en este artículo».

⁵⁵ Artículo 826 LEC.

⁵⁶ Asunto C-176/17. STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*.

oposición ni tampoco el trámite de información a las partes del posible carácter abusivo de una o varias cláusulas, ofreciéndoles la posibilidad de debatir de forma contradictoria la cuestión, requisito establecido por el TJUE desde la sentencia *Banif Plus Bank* (C-472/11, STJUE de 21 de febrero de 2013). A ello es necesario añadir la excesiva brevedad del plazo de oposición de 10 días hábiles –ya comentado anteriormente– lo que conduce a una situación que podría implicar el riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule oposición o de que esta sea inadmisibile, conclusión coincidente con la alcanzada por el TJUE con respecto al procedimiento cambiario polaco en *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*⁵⁷, sin perjuicio de que en dicho asunto concurría también la circunstancia de unas tasas judiciales desproporcionadas con cargo al consumidor-deudor cambiario.

En el procedimiento cambiario español, a los problemas antes apuntados podría sumarse un argumento adicional, no referido a la posibilidad de formular oposición, sino a la debida igualdad procesal en el marco de esa fase de oposición, ya que el profesional-acreedor-demandante dispone de un trámite más –si se cuenta el iniciador del procedimiento– de defensa de su postura, por medio del escrito de impugnación de la oposición (art. 826 LEC), que es además el último, por lo que en el frecuente supuesto en el que el juez no considere procedente la celebración de vista⁵⁸, la impugnación del profesional-acreedor no puede ser objeto de contradicción por el consumidor-deudor.

Por tanto, partiendo de los criterios expuestos en *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*, ante una hipotética cuestión prejudicial relativa al procedimiento cambiario español es ciertamente posible que el TJUE considerase que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor-deudor no formule oposición en el juicio cambiario en base a las circunstancias antes descritas, lo que a la postre impediría el control de oficio por parte del juez en orden a la eventual apreciación de cláusulas abusivas en el contrato que sirve de base a la relación causal subyacente.

⁵⁷ «Tales requisitos procesales en un plazo de tiempo tan breve implican el riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule oposición o de que esta sea inadmisibile» (apartado 66 de la sentencia *Profi Credit Polska–contra Mariusz Wawrzosek–*).

⁵⁸ Artículo 826 LEC: «Sustanciación de la oposición cambiaria. Presentado por el deudor escrito de oposición, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de él al acreedor para que lo impugne por escrito en el plazo de diez días. Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de ésta, podrán solicitar la celebración de vista, siguiendo los trámites previstos en los artículos 438 ss. para el juicio verbal.

Si no se solicitara la vista o si el tribunal no considerase procedente su celebración, se resolverá sin más trámites la oposición [...]».

El legislador podría adoptar diversas medidas para evitar una eventual declaración del TJUE de incumplimiento del Derecho de la Unión: ampliar el plazo de oposición (en los términos ya expresados en el apartado correspondiente del presente capítulo) y, entre otras opciones, adaptar los actuales trámites de impugnación a la oposición y vista –haciéndola preceptiva–, o bien instaurar una especie de incidente dentro del juicio cambiario.

En tal caso, partiendo de la redacción del actual artículo 552.1, párrafo 2.º LEC, la disposición del juicio cambiario al efecto podría presentar un tenor similar al siguiente: *«1. Una vez formulada oposición, el tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un eventual contrato entre empresario o profesional y consumidor o usuario aportado con la demanda de oposición referido a la relación causal subyacente del título cambiario puede ser calificada como abusiva. 2. Cuando el tribunal apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal o ello haya sido alegado por el deudor cambiario en la oposición, informará a las partes de ello, dándoles audiencia por quince días en relación con esa única cuestión para que puedan formular sus respectivas alegaciones. Oídas las partes, acordará lo procedente al respecto en el plazo de quince días hábiles».*

No obstante, a nuestro modo de ver, la exigencia de la doctrina del TJUE de debatir de forma contradictoria sobre la cuestión, sería satisfecha de forma más efectiva mediante una vista oral que a través de la concesión de plazo para alegaciones escritas, por lo que el número 2 de esa hipotética disposición también podría tener la siguiente redacción: *«2. Cuando el tribunal apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal o ello haya sido alegado por el deudor cambiario en la oposición, informará a las partes de ello, convocando a las partes a una vista en la que debatirán de forma contradictoria esa única cuestión, con la posibilidad de proponer y practicar prueba. Celebra la vista, el tribunal acordará lo procedente al respecto en el plazo de quince días hábiles».*

Un último e interesante aspecto sobre el juicio cambiario que podría ser tratado en una eventual reforma de su contenido vendría constituido por su adaptación a lo manifestado por el TJUE en la sentencia *Ibercaja Banco (contra MA)*, C-600/19 de 17 de mayo de 2022. Dicha resolución puede interpretarse en el sentido de que, según el TJUE, en la resolución en la que se despacha ejecución en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria el juez debería exponer el motivo, siquiera sucintamente, que acredite la existencia del examen de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el título en el que se basa la ejecución y también indicar en esa resolución que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese

examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del plazo concedido para ello. A diferencia de lo que sucede con el ejecutivo ordinario, con la ejecución hipotecaria y con el monitorio, en el procedimiento cambiario el juez no dispone de los elementos fácticos y jurídicos para llevar a cabo ese examen inicial de oficio antes de despachar la ejecución, por lo que el primero de esos dos requisitos exigidos por el TJUE no operaría. En cuanto al segundo requisito, entendemos que tendría una gran importancia en el marco del juicio cambiario. Precisamente, dada la ausencia de examen de oficio inicial del juez, adquiere si cabe mayor relevancia que en la resolución de emplazamiento al demandado se incluya obligatoriamente la advertencia al consumidor-deudor cambiario de que si no formula oposición dentro de plazo incluyendo en la misma el documento que ha servido de base para la emisión del título cambiario, ni el juez va a poder examinar de oficio la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas contenidas en dicho título, ni tampoco el demandado va a poder alegar —una vez precluido el plazo— la existencia de cláusulas abusivas, sin perjuicio de lo prevenido por el artículo 827.3 LEC. Esta última precisión se justifica por el hecho de que el artículo 827.3 LEC dispone que: «3. La sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente». Dado que, como dice la STS 313/2016 de 12 de mayo (ES: TS:2016:2114), quedarán excluidas aquellas cuestiones que (a pesar de poder ser alegadas en él) por su entidad, índole o complejidad no han podido ser correcta y profundamente debatidas o que no han podido ser abordadas en toda su amplitud o extensión⁵⁹, parece acertado añadir la precisión descrita anteriormente para no cerrar la puerta a un eventual proceso declarativo posterior si se diesen las circunstancias previstas por el artículo 827.3 LEC.

Todas estas modificaciones propuestas irían incorporadas dentro del actual capítulo II («Del juicio cambiario»), del título III («De los procesos monitorio y cambiario»), del libro IV («De los procesos especiales»), de la LEC.

⁵⁹ CORDÓN MORENO, F., «Una precisión sobre el ámbito de la oposición en el juicio cambiario», *Blog Gómez Acebo & Pombo*, 31/enero/2022. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/una-precision-sobre-el-ambito-de-la-oposicion-en-el-juicio-cambiario/>

14.2.2.4 LA NECESARIA MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE JURA DE CUENTAS PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 34 Y 35 LEC PARA QUE EXISTA CONTROL DE OFICIO POR PARTE DEL JUEZ DE LA NATURALEZA ABUSIVA DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES SUSCRITAS ENTRE PROCURADOR O ABOGADO, POR UNA PARTE, Y CONSUMIDOR, POR OTRA

Hemos analizado en este trabajo las tres resoluciones dictadas por el TJUE en relación con el procedimiento de jura de cuentas previsto en la LEC. En el asunto *Margarit Panicello*⁶⁰ el TJUE se declaró incompetente para pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial formulada por el secretario judicial del Juzgado de Tarrasa en relación con la posible incompatibilidad del expediente de jura de cuentas previsto en los artículos 34 y 35 LEC con el artículo 47 de la Carta, con la Directiva 93/13 y con la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, al considerar el Tribunal de Justicia que el secretario judicial no constituye un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 TFUE. En el asunto *Barba Giménez*⁶¹ el TJUE inadmite la cuestión prejudicial al considerar que el juzgado remitente no ha de pronunciarse sobre el importe de los honorarios y, en consecuencia, la contestación del Tribunal de Justicia no es necesaria para la resolución del litigio principal.

A pesar de que por las razones expuestas el TJUE no llegó a determinar en dichos asuntos la compatibilidad o incompatibilidad del procedimiento de jura de cuentas con el Derecho de la Unión, parecía evidente que dicho procedimiento presentaba la deficiencia radicada en el hecho de que al presentarse la jura de cuentas, ya sea de abogado o de procurador, el que la resuelve es el letrado de la Administración de Justicia que no va a apreciar la existencia de cláusulas abusivas porque ni el artículo 35 ni el artículo 34 –ambos de la LEC– se lo permiten.

Por tanto, se planteaban serias dudas sobre la compatibilidad del procedimiento de jura de cuentas con el Derecho de la Unión Europea. De hecho, en el asunto *Margarit Panicello* la Abogado General proponía contestar la primera parte de la primera cuestión prejudicial en el sentido de que la Directiva 93/13/CEE, en relación con la Directiva 2005/29/CE y con el artículo 47 de la Carta, debía interpretarse de forma que se opone a una normativa nacional en la que los órganos encargados de instruir los expedientes de jura de

⁶⁰ Asunto C-503/15. STJUE de 16 de febrero de 2017. *Margarit Panicello*.

⁶¹ Asunto C-426/17. Auto del TJUE de 25 de octubre de 2018, *Barba Giménez*.

cuentas no pueden comprobar de oficio si en el contrato celebrado entre un abogado y un consumidor existen cláusulas abusivas o si se han dado prácticas comerciales desleales⁶².

A esa problemática había que añadir que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 34/2019, de 14 de marzo (ES: TC:2019:34), el decreto del letrado de la Administración de Justicia es susceptible de recurso de revisión ante el juez. Ello conlleva que el juez que conozca el recurso de revisión sí podrá y, además, deberá, llevar a cabo el examen de la posible naturaleza abusiva de las cláusulas contenidas en un eventual contrato entre abogado y consumidor o procurador y consumidor.

Sin embargo, tanto cuando el consumidor no se oponga a la jura de cuentas como cuando, oponiéndose, no formule recurso de revisión frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia, la jura de cuentas no llegará al juez por lo que no existirá control de oficio de las cláusulas abusivas, lo que parece determinar una situación incompatible con el Derecho de la Unión.

Las dudas existentes han sido resueltas recientemente por la sentencia *Vicente*⁶³, en la que el TJUE ha declarado que la Directiva 93/13 a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional relativa a un procedimiento sumario de pago de honorarios de abogado en virtud de la cual la demanda presentada contra el cliente consumidor es objeto de una resolución dictada por una autoridad no jurisdiccional y solamente se prevé la intervención de un órgano jurisdiccional en la fase del eventual recurso contra dicha resolución, sin que el órgano jurisdiccional ante el que este se interpone pueda controlar –de oficio si es necesario– si las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados tienen carácter abusivo y sin admitir que las partes aporten pruebas distintas de las documentales ya presentadas ante la autoridad no jurisdiccional.

Tras dicha sentencia, parece indudable que los artículos 34 y 35 LEC deberían ser modificados para adaptarlos a la doctrina sobre la tutela judicial de oficio en materia de cláusulas abusivas a fin de que se dispusiera de una previsión similar a la que presenta el actual proceso monitorio –con el que guarda grandes analogías–, de forma que se establezca un trámite relativo a la comprobación de oficio por parte del juez sobre la existencia de cláusulas abusivas en el contrato suscrito entre abogado o procurador y consumidor.

⁶² Asunto C-503/15. Conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, apdos. 138 y 146.

⁶³ Asunto C-335/21. STJUE de 22 de septiembre de 2022, *Vicente*.

Por todo ello, a fin de garantizar la tutela de los derechos de los consumidores, proponemos una reforma del procedimiento de jura de cuentas. Así, el texto a incluir –similar al actual párrafo 4.º del artículo 815 LEC– que debería ir ubicado inmediatamente detrás de los artículos 34 y 35 LEC –podría ser el artículo 35 bis– tendría una redacción parecida a la siguiente:

«Si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre el procurador o el abogado y un consumidor o usuario, el Letrado de la Administración de Justicia, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.

El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando dicho examen ponga de manifiesto la inexistencia de cláusulas abusivas, el juez lo hará constar motivando –al menos sucintamente– su decisión. Cuando apreciar que alguna cláusula puede ser calificada como tal, informará a las partes de ello, convocándolas a una vista en la que debatirán de forma contradictoria esa única cuestión, con la posibilidad de proponer y practicar prueba. Celebrada la vista, el tribunal acordará lo procedente mediante auto dentro de los quince días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador.

De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración.

Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el Letrado de la Administración de Justicia procederá a requerir al deudor. El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso».

14.2.2.5 EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU MEJORA

Como ya hemos dicho en el presente trabajo, con la sentencia *Banco Santander (contra Cristobalina Sánchez López)*⁶⁴ el Tribunal de Justicia da su beneplácito a que los acreedores hipotecarios combinen el procedimiento de venta extrajudicial para la ejecución del bien del artículo 129 L. H. con el

⁶⁴ C-598/15. STJUE de 7 de diciembre de 2017, *Banco Santander (contra Cristobalina Sánchez López)*.

procedimiento del artículo 250.1.7 de la LEC y del artículo 41 L. H. para conseguir la posesión de este, sin que en ninguno de los dos procedimientos exista control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

Como también hemos señalado anteriormente, el procedimiento de venta extrajudicial, tras las sucesivas modificaciones operadas por el legislador español, cumple en líneas generales con las exigencias del Derecho de la Unión Europea.

No obstante, considero que en orden a reforzar la protección del consumidor sería conveniente que el procedimiento de venta extrajudicial regulado en nuestro país y su normativa complementaria fuesen objeto de algunas modificaciones legislativas puntuales entre las que podrían estar las siguientes ⁶⁵:

– El artículo 129.2 LH debería incorporar un apartado que contemplase la obligación del notario de hacer constar en el requerimiento de pago al deudor ejecutado su derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita y el plazo para solicitarla de la misma forma que lo prevé el artículo 155 LEC para los procedimientos judiciales. También debería efectuarse la modificación de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, adaptando, entre otros, su artículo 6 a fin de incluir como prestación el asesoramiento y la actuación en defensa del deudor ejecutado ante el notario que tramita la ejecución extrajudicial a fin de poder llevar a cabo el letrado designado, entre otras gestiones, la solicitud de la suspensión de la venta extrajudicial por haber planteado ante el juez la oposición del artículo 695.1.4.º LEC.

– También es conveniente llevar a cabo la proyectada modificación de los artículos 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario, incorporando, entre otras, las consideraciones contenidas en el informe del Consejo General del Poder Judicial aprobado el 25 de julio de 2013. Todo ello puesto que las citadas disposiciones vigentes del Reglamento Hipotecario son contradictorias con el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y con los artículos 72 a 76 de la Ley del Notariado. De hecho, entre otros muchos aspectos, no recoge la posibilidad de suspensión de la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez el carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

⁶⁵ VERDÚN PÉREZ, F., «Análisis crítico de la STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-598/15, *Banco Santander*, concerniente a la obtención de la posesión del inmueble tras el procedimiento de ejecución extrajudicial» en *Estudios sobre Jurisprudencia europea, Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, dir. por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, vol. I, Sepín, 2020, pp. 181-182.

– Sería deseable incluir un precepto en el artículo 129 LH que obligase al notario directamente a suspender de oficio el procedimiento cuando el título que fundamenta la ejecución incluya cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o que hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Ello en correspondencia con el artículo 84 de la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios⁶⁶. De esta forma, nuestra legislación dispondría un régimen de mayor protección al consumidor que el exigido por el Derecho de la Unión.

– Finalmente y como cuestión muy puntual, teniendo en cuenta que con arreglo a lo previsto en el artículo 236.1. del Reglamento Hipotecario puede suceder que coincida el notario que lleve a cabo la realización extrajudicial con el que otorgó la constitución de préstamo hipotecario, sería aconsejable introducir un precepto a fin de que no pudiera existir esa coincidencia por cuanto que ese notario no tendría la necesaria objetividad para valorar la existencia o no de cláusulas abusivas en un documento otorgado por él mismo y poder realizar la advertencia prevista en el artículo 129.2 f) L. H.

14.2.2.6 NECESIDAD DE EXCEPCIONAR EN EL ÁMBITO DE CONSUMIDORES LA PROHIBICIÓN IMPUESTA AL JUEZ POR EL ARTÍCULO 721 LEC DE ADOPTAR DE OFICIO MEDIDAS CAUTELARES

Como ya hemos manifestado en la presente tesis, en virtud del auto dictado con fecha de 26 de octubre de 2016 en el asunto *Fernández Oliva*⁶⁷ el TJUE estimó la incompatibilidad con el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 del artículo 721 LEC, ya que no permite que el juez que conoce de una acción individual de un consumidor dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula del contrato adopte de oficio medidas cautelares, a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente cuya

⁶⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: «Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas.

Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación».

⁶⁷ Asuntos acumulados C-568/14 a C-570/14. Auto del TJUE de 26 de octubre de 2016. *Fernández Oliva*.

solución puede ser aplicada a la acción individual, cuando las medidas cautelares sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer en relación con la acción individual.

A pesar del tiempo transcurrido desde el dictado de dicho auto por parte del TJUE, el legislador español no ha modificado ese precepto, lo que podría entenderse como vulneración del Derecho de la Unión por parte del Estado español al mantener una disposición en su ordenamiento jurídico que ha sido declarada incompatible con el Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia.

En su redacción vigente, el artículo 721 LEC⁶⁸ prohíbe al juez o tribunal taxativamente la adopción de medidas cautelares, así como acordar medidas cautelares más gravosas que las solicitadas por la parte o las partes.

Parece evidente la necesidad de modificar ese precepto y de adaptarlo tanto a lo expresado por el TJUE en dicho asunto como, en general, acomodarlo a la doctrina de la tutela judicial de oficio en el ámbito de consumidores. En la medida en que esa doctrina del TJUE establece la obligación del juez de actuar de oficio para garantizar la protección efectiva de los consumidores y en la medida en que la adopción de medidas cautelares está dirigida al aseguramiento del futuro cumplimiento de la eventual resolución que sea dictada en su día, carece de sentido una disposición nacional que prohíba taxativamente al juez la adopción de oficio de medidas cautelares en litigios de consumidores. Dicho de otro modo, es incompatible la doctrina del TJUE sobre la tutela judicial de oficio de los consumidores con una disposición procesal que prohíbe la adopción de oficio de medidas cautelares y que impide por tanto al juez la posibilidad de aplicar esa doctrina en el marco de la justicia cautelar a la que tanta importancia concede el Tribunal de Justicia como puede comprobarse en algunas de sus resoluciones más paradigmáticas como puede ser la sentencia *Aziz*⁶⁹.

Por tanto, la modificación normativa que propugnamos debería tener un alcance general para todo el ámbito del Derecho de consumidores y no limitado al contexto de las relaciones entre acciones individuales y acciones colectivas en el que fue dictado el auto *Fernández Oliva*.

⁶⁸ Artículo 721 LEC. «Necesaria instancia de parte.

1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenido, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.

2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas».

⁶⁹ Asunto C-415/11. STJUE de 14 de marzo de 2013. *Aziz*.

Por todo ello, bajo nuestro punto de vista, sería conveniente e incluso necesario añadir un nuevo párrafo –numerado como 3– al artículo 721 de la LEC. El contenido de este podría tener un tenor similar al siguiente:

«3. En el ámbito específico de litigios entre empresario o profesional y consumidor o usuario, una vez que tenga los elementos fácticos y jurídicos necesarios, el tribunal deberá adoptar medidas cautelares de oficio cuando tales medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que deba recaer acerca de la existencia de los derechos invocados por el consumidor; pudiendo el tribunal, con la misma finalidad, acordar medidas más gravosas que las solicitadas por el consumidor. Antes de la adopción de la decisión judicial al respecto, el juez o tribunal concederá a las partes la oportunidad de ser oídas sobre la cuestión, así como de contradecir los argumentos presentados de contrario, con la posibilidad de proponer y practicar prueba sobre la cuestión, de oficio o a instancia de parte». A esta disposición debería añadirse una remisión a la disposición de la LEC que regule el desarrollo del incidente para el debate contradictorio sobre la cuestión.

14.2.2.7 LA REFORMA DEL ARTÍCULO 551.2 DE LA LEC SOBRE EL CONTENIDO DEL AUTO DESPACHANDO EJECUCIÓN

Como se ha dicho, el artículo 552.1 LEC prevé la obligación del juez de examinar de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 LEC puede ser calificada como abusiva. Cuando el resultado de dicho examen depara la inexistencia de cláusula abusiva y se cumplen las restantes condiciones previstas legalmente el juez ha de dictar el auto despachando la ejecución. Ahora bien, en la sentencia *Ibercaja Banco (contra MA)*⁷⁰ el TJUE ha realizado una serie de manifestaciones que afectan a esos trámites procedimentales.

Así, el TJUE afirma que «dado que la resolución por la que el tribunal ordenó la apertura del procedimiento de ejecución hipotecaria no incluía ningún motivo que acreditara la existencia de un control del carácter abusivo de las cláusulas del título que dio lugar a dicho procedimiento, el consumidor no fue informado de la existencia de dicho control ni, al menos sucintamente, de los motivos en los que se basó el tribunal para estimar que las cláusulas

⁷⁰ C-600/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *Ibercaja Banco (contra MA)*.

controvertidas carecían de carácter abusivo. Por lo tanto, no pudo apreciar con pleno conocimiento de causa si procedía interponer un recurso contra dicha resolución»⁷¹. A ello añade que si la fuerza de cosa juzgada se extendiera también a las resoluciones judiciales que no mencionan ese control no podría garantizarse un control eficaz del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales, tal como se exige en la Directiva 93/13. Por el contrario, «dicha protección quedaría garantizada si [...] el juez nacional indicase expresamente, en su resolución en que se despacha ejecución hipotecaria, que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del título que da lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria, que dicho examen, motivado al menos sucintamente, no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva y que, si no formula oposición dentro del plazo establecido en el Derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas»⁷².

De las manifestaciones del TJUE se deduce que a fin de garantizar, por un lado, la protección jurídica del consumidor y, por otro lado, la seguridad jurídica y el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales que recaigan en el procedimiento de ejecución, el auto de despacho de ejecución debe incluir dos aspectos: en primer lugar, el examen motivado –al menos sucintamente– del título que da lugar a la ejecución con el resultado de la inexistencia de cláusulas abusivas y, en segundo lugar, la advertencia al ejecutado de que si no formula oposición dentro del plazo establecido ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas.

Por todo ello, consideramos que procede reformar el apartado 2 del artículo 551 de la LEC que regula lo que debe expresar el auto de ejecución e introducir en el mismo un número 5.º con un contenido similar a: «5.º *Que el Juez o Magistrado ha realizado examen del título que da lugar a la ejecución con el resultado de la inexistencia de cláusulas abusivas. A dicha declaración el Juez o Magistrado acompañará los motivos específicos, explicados al menos sucintamente, en virtud de los cuales el resultado del examen del título en cuestión ha arrojado la inexistencia de cláusulas abusivas*».

Asimismo, ese artículo 551, apdo. 2 LEC debería contener un número 6.º cuya redacción podría ser: «6.º *La advertencia al ejecutado de que si no formula oposición dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 556 LEC ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de las cláusulas*». A ello debería añadirse una precisión que constituiría el último párrafo del apartado 2

⁷¹ *Ibid.*, apdo. 49.

⁷² *Ibid.*, apdo. 51.

del artículo 551 LEC y que podría rezar de la forma siguiente: «*Las exigencias establecidas en los anteriores números 5.º y 6.º únicamente resultarán de aplicación en los procedimientos entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios*».

Estas modificaciones legislativas tendrían un doble efecto positivo. De un lado, se facilita al ejecutado los motivos por los que aquellas cláusulas existentes dentro del título que pudieran resultar controvertidas sobre su eventual naturaleza abusiva no lo son a criterio del juez que conoce del procedimiento, lo que le va a permitir al consumidor ejecutado tener una mayor información a la hora de decidir sobre una eventual oposición⁷³. De otro lado, confiere efecto de cosa juzgada con relación a la existencia de cláusulas abusivas a las resoluciones que se dicten en el procedimiento ejecutivo, ya que, tras lo manifestado por el TJUE en el apartado 50 de la sentencia *Ibercaja Banco (contra MA)*, la fuerza de cosa juzgada no se extiende a las resoluciones judiciales que no han justificado el control de abusividad, es decir, aquellas en las que el juez no ha explicado los motivos por los que ha considerado que el título carece de cláusulas abusivas.

Lo declarado en *Ibercaja Banco (contra MA)* es contradictorio con la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo. Así, cabe recordar que nuestro Tribunal Supremo en la sentencia núm. 526/2017, de 27 de septiembre de 2017 (ES: TS:2017:3373), remitiéndose a la STS del pleno núm. 462/2014, de 24 de noviembre (ES: TS:2014:4617), establece que la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de un juicio declarativo posterior en el que se pretenda la ineficacia del proceso de ejecución anterior, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del artículo 400 LEC en relación con su artículo 222; mientras que, si se formuló oposición, pero fue rechazada única y exclusivamente porque las circunstancias que constaban en el propio título no podían oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión. Por tanto, esa sería la relación, a efectos de cosa juzgada, entre el proceso ejecutivo anterior y el declarativo posterior antes del dictado de *Ibercaja Banco (contra MA)*: dado que el ejecutado podía oponer como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas y no lo ha hecho en el plazo correspondiente, la resolución dictada en el procedimiento

⁷³ A esta idea se refiere el TJUE en *Ibercaja Banco (contra MA)* cuando afirma: «el consumidor no fue informado de la existencia de dicho control ni, al menos sucintamente, de los motivos en los que se basó el tribunal para estimar que las cláusulas controvertidas carecían de carácter abusivo. Por lo tanto, no pudo apreciar con pleno conocimiento de causa si procedía interponer un recurso contra dicha resolución.» (apdo. 49, subrayado es nuestro).

ejecutivo tiene fuerza de cosa juzgada con respecto a las cláusulas abusivas y, en consecuencia, el ejecutado tiene cerrada la vía del declarativo posterior.

Por el contrario, a partir de *Ibercaja Banco(contra MA)* y *SPV Project 1503*⁷⁴, la exigencia de control motivado –al menos sucintamente– declarada por el TJUE en dichas sentencias tiene como efecto que, si no es cumplida por el juez, la resolución judicial que tiene por efectuado el control de abusividad con resultado de inexistencia de cláusulas abusivas carecerá de fuerza de cosa juzgada con respecto a esa cuestión, disponiendo el ejecutado de la vía del declarativo ordinario al respecto.

Por ello, esa reforma legislativa que proponemos proporcionaría la coherencia jurídica que ha quedado afectada tras la sentencia *Ibercaja Banco (contra MA)*.

Por otro lado, siguiendo lo declarado por el TJUE, ante la ausencia de control motivado, en el ordenamiento jurídico español, si se ha emitido el decreto de adjudicación, el consumidor ejecutado podrá acudir al juicio declarativo y si no se ha emitido el decreto de adjudicación podrá plantear en el mismo procedimiento de ejecución la eventual naturaleza abusiva de aquellas cláusulas que no hayan sido objeto de control judicial previamente con arreglo a lo declarado por el TJUE en *Banco Primus*⁷⁵.

14.2.2.8 SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL PROCESO DE DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: INTRODUCCIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y DE NUEVA CAUSA DE OPOSICIÓN AL DESAHUCIO CONSISTENTE EN LA NATURALEZA ABUSIVA DE CUALQUIER CLÁUSULA QUE CONSTITUYA EL FUNDAMENTO DE LA DEMANDA O QUE HUBIESE DETERMINADO EL IMPORTE DE LAS RENTAS O CANTIDADES ASIMILADAS A ELLA ADEUDADAS

Planteamos ahora la conveniencia de modificar el juicio de desahucio por falta de pago⁷⁶ –previsto por el legislador en el marco del juicio verbal– cuando este se desarrolle entre profesional y consumidor. Esa modificación podría afectar a dos aspectos del juicio de desahucio. En primer lugar,

⁷⁴ C-693/19 y C-831/19. STJUE de 17 de mayo de 2022, *SPV Project 1503*.

⁷⁵ C-421/14. STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.

⁷⁶ En 2014 el Prof. Damián Moreno ya planteó este problema en su artículo –de obligada lectura en este tema– «El impacto del proceso monitorio en tiempos de crisis. Monitorialismo y panmonitorialismo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 44, abril, 2014, pp. 36-43. En dicho artículo el Prof. Damián ya abogaba, entre otras muchas cuestiones, por aducir las cláusulas abusivas como motivo de oposición en el juicio de desahucio por falta de pago.

proponemos la inclusión de un nuevo apartado en el artículo 438 de la LEC que podría constituir el artículo 438.1 bis, que dispondría el control de oficio del juez de las cláusulas que constituyan el fundamento de la demanda o que hubiesen determinado el importe de las rentas o cantidades asimiladas a ellas adeudadas. Ello conllevaría un incidente similar al desarrollado en el ámbito del proceso monitorio.

Dicho apartado 1 bis del artículo 438 LEC podría tener la siguiente redacción:

«En los casos de demandas en las que se ejercite la pretensión de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades asimiladas a ellas, acumulando o no la pretensión de condena al pago de las mismas, fundándose en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el Letrado de la Administración de Justicia, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la demanda o que hubiese determinado el importe de las rentas o cantidades asimiladas a ellas adeudadas.

El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la demanda o que hubiese determinado el importe de las rentas o cantidades asimiladas a ellas adeudadas puede ser calificada como abusiva. Cuando dicho examen ponga de manifiesto la inexistencia de cláusulas abusivas el juez lo hará constar motivando –al menos sucintamente– su decisión.

Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes.

De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas.

Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el Letrado de la Administración de Justicia procederá a formular el requerimiento al deudor demandado. El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso».

En nuestra propuesta ha primado la tutela del consumidor sobre la celeridad que debe caracterizar el procedimiento de desahucio por falta de pago. Cabrían otras alternativas en las que una vez el juez hubiera advertido la eventual naturaleza abusiva de una o varias cláusulas, se prescindiría del incidente y se trasladaría el debate contradictorio sobre la cuestión a la vista del proceso en la que se plantearía dicho debate contradictorio de oficio o a instancia de

parte. En ese supuesto los problemas para la tutela del consumidor irían conectados al hecho de que la cantidad a consignar para conseguir la enervación del desahucio podrían ser superiores a las realmente adeudadas si se resolviera la naturaleza abusiva de una o varias cláusulas.

En cualquier caso, dada la complejidad y trascendencia del desahucio por falta de pago y las graves implicaciones que conlleva tanto en cuanto a las necesidades socio-económicas de los consumidores arrendatarios en su calidad de parte débil como en cuanto a la necesidad de que esos procesos se resuelvan en un periodo de tiempo razonable para evitar que un retraso generalizado pueda provocar la subida de las ya de por sí elevadas rentas arrendaticias, parece aconsejable un estudio profundo e individualmente configurado de la normativización de la apreciación de oficio de la naturaleza abusiva de las cláusulas arrendaticias en el marco del juicio de desahucio por falta de pago. Dada la trascendencia del desahucio por falta de pago parece que ese estudio podría partir de la configuración del proceso del desahucio por falta de pago como un proceso independiente del juicio verbal. Dentro de ese proceso individualizado se incluiría como una de sus variantes el desahucio por falta de pago instado por profesional contra consumidor⁷⁷, permitiendo con ello una regulación con todas las especificaciones que fuesen necesarias para conseguir ese ansiado equilibrio entre los intereses en juego.

En segundo lugar, consideramos necesaria la reforma del artículo 444.1 LEC⁷⁸ a fin de que en la oposición del consumidor demandado este pueda alegar la naturaleza abusiva de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la demanda o que hubiese determinado el importe de las rentas o cantidades asimiladas a ellas adeudadas. Por ello, proponemos añadir un párrafo a dicho apartado uno del artículo 444 LEC cuyo tenor podría ser el siguiente:

«Si la demanda a la que se refiere el párrafo anterior se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el demandado podrá aducir como causa de oposición el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la demanda o que hubiese determinado el importe de las rentas o cantidades asimiladas a ellas adeudadas, tanto en el supuesto de que ya lo hubiera alegado en el escrito de oposición,

⁷⁷ Es patente el crecimiento en los últimos años del porcentaje de arrendamientos concertados entre profesional y consumidor dentro del mercado arrendaticio.

⁷⁸ Artículo 444 LEC: «Reglas especiales sobre contenido de la vista.

1. Cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.» (subrayado es nuestro).

*como si no lo hubiera hecho*⁷⁹. Además, el juez de oficio podrá plantear la eventual naturaleza abusiva de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la demanda o que hubiese determinado el importe de las rentas o cantidades asimiladas a ellas adeudadas. En la vista las partes debatirán de forma contradictoria sobre la cuestión, con la posibilidad de proponer y practicar prueba. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas controvertidas, la sentencia que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración».

14.2.3 Otras medidas

Hemos incluido un tercer grupo de medidas denominado «otras medidas» por tener una naturaleza muy diferente a las propuestas anteriormente. En este caso, por un lado, analizamos una eventual reforma del Código Civil en orden a que se manifieste expresamente el plazo de prescripción de la acción restitutoria derivada de la naturaleza abusiva de una cláusula y el momento en que ha de comenzar su cómputo; por otro lado, proponemos algunas medidas para mejorar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la creación de un órgano consultivo y divulgativo sobre cláusulas abusivas.

14.2.3.1 SOBRE LA CONVENIENCIA DE QUE SE INCORPORE EN EL CÓDIGO CIVIL UNA DISPOSICIÓN QUE REFLEJE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA DERIVADA DE LA DECLARACIÓN DE LA NATURALEZA ABUSIVA DE UNA CLÁUSULA, ASÍ COMO EL DÍA QUE COMIENZA EL CÓMPUTO DE DICHO PLAZO

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el TJUE considera compatible con la Directiva 93/13 la existencia de un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción restitutoria a fin de reclamar la devolución de lo pagado indebidamente a resultas de una cláusula abusiva, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad. En segundo lugar, en cuanto a la duración del plazo, el Tribunal de Justicia tiene declarado que, además de ser suficiente para permitir al consumidor interesado preparar e interponer un recurso efectivo, debe

⁷⁹ El deudor-consumidor-demandado ha debido formular el escrito de oposición porque en caso de no haberlo hecho no existiría vista, pero en ese escrito de oposición ha podido incluir como causa la existencia de cláusula abusiva o no haberlo aducido, no impidiendo su falta de alegación por escrito que pueda plantear la naturaleza abusiva de una o varias cláusulas en el acto de la vista, pero llevándose a cabo en cualquier caso un debate contradictorio entre las partes sobre la cuestión.

cumplir otra condición que es enunciada de la forma siguiente: «siempre que ese lapso de tiempo se establezca y se conozca con antelación» (apdo. 59 *Profi Credit Slovakia*⁸⁰, entre otros). Esta segunda condición implica un doble aspecto. De un lado, que el plazo se establezca con antelación y, de otro, que el plazo se conozca con antelación. En nuestra opinión, la propia existencia de las cuestiones prejudiciales relativas a las dudas sobre cuándo debe comenzar el plazo de prescripción constituye prueba irrefutable de que los consumidores no conocen con antelación el plazo de prescripción. Pero, es más, la inexistencia de una norma concreta en el ordenamiento jurídico que prevea cuál es el plazo de prescripción de la acción restitutoria que se ejercita para recuperar las cantidades indebidamente abonadas a resultas de una cláusula abusiva demuestra que el lapso de tiempo o plazo de prescripción no ha sido ni siquiera establecido claramente con antelación.

Ambas circunstancias (que se establezca y que se conozca) están vinculadas: no puede conocerse si no ha sido establecido anteriormente y de nada sirve únicamente que se establezca el plazo de prescripción si no es conocido.

Por todo ello, resultaría conveniente a fin de cumplir con la condición establecida por el TJUE que el Código Civil incorporara una norma en la que expresamente se previese la duración del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción, dado que la asimilación existente en la actualidad con el plazo de 5 años del artículo 1964 Código Civil lo ha sido por vía de declaraciones del TS⁸¹, sin que fuera una cuestión pacífica⁸². El hecho de no estar previsto legalmente

⁸⁰ Asunto C-485/19. STJUE de 22 de abril de 2021, *Profi Credit Slovakia*.

⁸¹ Así, en el auto de 22 de julio de 2021 (ES: TS:2021:10157A) de planteamiento de cuestión prejudicial sobre el *dies a quo* de la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula, el Tribunal Supremo manifiesta que «es una acción de naturaleza personal sometida al plazo de prescripción previsto en el artículo 1964 del Código Civil, que antes de octubre de 2015 era de 15 años y en la actualidad es de 5 años» (F. D. cuarto, apdo. 8).

⁸² Así, REDONDO TRIGO, F., en su artículo «El plazo de prescripción ante la nulidad de las cláusulas abusivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2017, pp. 2750-2767, analiza diferentes posturas de la doctrina al respecto. Entre otras, señala que «se ha defendido la aplicación de cuatro años (Miquel González) para la acción restitutoria derivada de esta nulidad, sobre la base del entendimiento de que nos encontramos ante una nulidad de pleno derecho de carácter relativo» (p. 2752), y que «otra tesis ha sido sostenida recientemente por Carrasco Perera, consistente en afirmar que está prescrita la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de una cláusula suelo cuando han transcurrido cuatro años desde que la relación derivada del préstamo hipotecario haya sido terminada por cualquier causa» por ser un supuesto de anulabilidad (p. 2753). Tratándose de la nulidad del contrato (y no solo de la cláusula), la Prof. Jerez Delgado considera que nos encontramos ante un plazo de caducidad (art. 1301 Código Civil) de cuatro años, correspondiente a la acción de restitución recíproca de las prestaciones, común a la nulidad absoluta y a la nulidad relativa (arts. 1300 ss. del Código Civil). Vid. C. Jerez Delgado: *La anulación del contrato*, editorial Civitas, Madrid, 2011 (pp. 172-174 y 270-288). Si, por el contrario, se tratase de una nulidad parcial, que afectase únicamente a la cláusula, véase, en el mismo trabajo citado, la opinión de la autora favorable a la nulidad parcial cuando el contrato se hubiera realizado aún sin la parte declarada nula, como defienden la jurisprudencia y la doctrina, nacional y extranjera, y los textos de *soft law*; cambiando entonces la regla general (pp. 26-28, la autora no entra en más detalles en este punto).

ese plazo de forma específica para la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, sino resultar de una construcción jurisprudencial puede dificultar su conocimiento para que el consumidor medio haga sus propias indagaciones sin consultar a un abogado.

La existencia de una norma que prevea el plazo de prescripción de la acción restitutoria, en los casos que estamos considerando específicamente, contribuiría a que el consumidor medio conociera o pudiera conocer ese plazo.

En cuanto al momento inicial de su cómputo, dato que también resulta de vital importancia y que por las dudas que suscita es objeto de las cuestiones prejudiciales que están actualmente en tramitación, a nuestro modo de ver, una vez aclarado por el TJUE en la futura resolución de esas cuestiones, debería también ser objeto de normativización mediante una disposición que expresamente lo declare en nuestro Código Civil.

Entendemos que únicamente se cumplirá rigurosamente con los requisitos exigidos por el TJUE en cuanto al plazo de duración (que se establezca y que se conozca con antelación) cuando exista una norma en nuestro ordenamiento que, con toda claridad, fije la duración del plazo de la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula y el momento en que empieza a correr dicho plazo.

14.2.3.2 SOBRE LA MEJORA DEL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y SOBRE LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO CONSULTIVO Y DIVULGATIVO AL ESTILO DE LA «COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES» EXISTENTE EN FRANCIA DESDE 1978

Consideramos que el actual Registro de Condiciones Generales de la Contratación no constituye una herramienta eficaz a fin de que el consumidor pueda conocer si una determinada cláusula existente en un contrato que ha suscrito o tiene intención de suscribir es abusiva o es muy similar a una declarada ya como abusiva.

A nuestro modo de ver, facilitar esa pretensión debería ser uno de los objetivos del Registro de Condiciones Generales de la Contratación y, sin embargo, en la actualidad una simple consulta de la información disponible sobre el mismo en la página web «<https://www.registradores.org>» demuestra que ello no es posible. Por tanto, proponemos que dicho Registro de Condiciones Generales incorpore en su página web una herramienta sencilla de consulta que pueda ser utilizada por los consumidores fácilmente con diferentes campos en función de los criterios de búsqueda del consumidor. Así, por ejemplo,

búsqueda temática (préstamos, seguros, vivienda, etc.), búsqueda por conceptos (gastos, intereses, etc.) y otros criterios que ayuden al consumidor a localizar de forma sencilla y rápida aquellas cláusulas que han sido declaradas abusivas en los aspectos en los que esté interesado para poder comparar su contenido con el de la cláusula de su contrato.

Además, para dar mayor visibilidad a esa herramienta, debería figurar en una página web diferenciada, de fácil acceso, sin perjuicio de los enlaces correspondientes en la página actual del Colegio de Registradores ([«https://www.registradores.org»](https://www.registradores.org)). En otras palabras, bastaría que el consumidor tecleara en cualquier motor de búsqueda la expresión «cláusulas abusivas» para que, sin grandes dificultades, pudiera acceder a la página web que contuviese esa herramienta.

Por otro lado, desde nuestro punto de vista, sería muy práctico contar en España con un organismo similar a la «Commission des clauses abusives»⁸³ existente en Francia desde 1978 y dependiente del Ministerio de Consumo. Se trata de un órgano consultivo que emite opiniones a petición de juzgados y tribunales en el marco de procedimientos judiciales sobre si una determinada cláusula es abusiva o no. Además, a través de su sitio web lleva a cabo una interesantísima labor de difusión en materia de cláusulas abusivas, ya que dispone de varios motores de búsqueda a través de los cuales pueden consultarse, entre otras cuestiones, opiniones ya emitidas, cláusulas declaradas abusivas, jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas tanto nacional como del TJUE, así como legislación en dicho ámbito. En definitiva, es un instrumento con un gran sentido práctico del que carecemos en España.

En cuanto a la funciones del organismo cuya creación proponemos, considero que podría ostentar labores consultivas en relación a litigios en curso, pero también convertirse en un referente en el ámbito de cláusulas abusivas, tanto emitiendo opiniones en relación a reformas legislativas en trámite, como asumiendo la iniciativa de proponer al legislador modificaciones normativas que considere necesarias en materia de cláusulas abusivas, sin perjuicio, lógicamente, de llevar a cabo una tarea de difusión de la legislación y jurisprudencia relativa a la eliminación de las cláusulas abusivas.

La creación de un organismo de esa índole, dotado con herramientas informáticas eficaces de difusión vendría plenamente justificada en nuestro país como un medio adecuado para conseguir el cese de las cláusulas abusivas en cumplimiento de lo previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 y a fin de contribuir a elevar el nivel de protección de los consumidores. Sus funciones estarían plenamente diferenciadas del actual Consejo de Consumidores y

⁸³ Su sitio web es (<http://www.clauses-abusives.fr/>).

Usuarios⁸⁴, organismo que representa una iniciativa muy loable que puede resultar de gran utilidad en la esfera de la protección de consumidores, pero que carece de la suficiente especialización en el específico ámbito de las cláusulas abusivas, necesaria para promover el cese del uso de estas.

Las medidas antes propuestas deberían ser complementadas con otras, entre las que se encontraría la introducción de las pertinentes disposiciones en nuestra LEC en el sentido de las planteadas anteriormente, que ayudasen a potenciar el efecto *erga omnes* de las declaraciones judiciales de nulidad de condiciones generales de la contratación, salvaguardando siempre el derecho a la tutela judicial efectiva de los profesionales que no hayan sido parte en esos procedimientos.

14.3 PROPUESTA A NIVEL EUROPEO: ADAPTACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 1896/2006 QUE ESTABLECE EL PROCESO MONITORIO EUROPEO A LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE LA OBLIGADA TUTELA JUDICIAL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como hemos indicado, sería deseable que el legislador comunitario adaptase el Reglamento 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo⁸⁵ a la doctrina del TJUE sobre la obligada actuación judicial de oficio de control de las cláusulas abusivas.

⁸⁴ De su página web <http://www.consumo-ccu.es> se deduce que es un organismo dependiente del Ministerio de Consumo. En ella se señala que «el Consejo de Consumidores y Usuarios es el órgano de representación y consulta de ámbito nacional de las organizaciones de consumidores y usuarios con implantación estatal, y ostentará la representación institucional de las organizaciones de consumidores y usuarios ante la Administración General del Estado u otras entidades y organismos, de carácter estatal o supranacional». También se indica que «el Consejo desarrolla una amplia actividad a favor de las personas consumidoras; por una parte, elaborando informes, estudios y dictámenes sobre aquellas materias que afecten a la vida diaria de los consumidores y usuarios y, por otra, participando en foros, tanto nacionales como de la Unión Europea, en representación de los mismos». Parece claro que asume unas funciones muy diferenciadas de las que ostentaría el organismo que proponemos, teniendo este último una clara vocación de difusión a los consumidores y operadores jurídicos de información en materia de cláusulas abusivas. Basta fijarse en determinados detalles de la página web del Consejo de Consumidores y Usuarios, como que en la pestaña dedicada a «documentación» y dentro de ella la dedicada a «sentencias», contiene un listado de resoluciones desde el año 2013 al 2017, es decir, no se actualiza desde entonces, sin perjuicio de otras señales que evidencian la falta de puesta al día de la información colgada. Así, en cuanto a su naturaleza se hace constar que el Consejo «estará adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición», lo que resulta contradictorio con su adscripción actual al Ministerio de Consumo. En definitiva, consideramos que ese organismo no cumple la finalidad de la difusión de información sobre las cláusulas abusivas que resulta imprescindible para elevar la protección de los consumidores.

⁸⁵ Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

Contemplado el problema desde la perspectiva de conseguir un nivel adecuado de protección del consumidor, la situación es –a nuestro modo de ver– deficiente, dado que el proceso monitorio europeo no prevé de forma clara y explícita –para que sea entendido por todos los jueces de la Unión Europea que tengan que conocer asuntos tramitados con arreglo a este procedimiento, tratándose de una relación profesional-consumidor– la obligación de controlar de oficio las cláusulas abusivas de los documentos que sirven de base para las reclamaciones articuladas a través de este mecanismo procesal y, previamente a dicho control, el imprescindible deber de exigir al acreedor-demandante-profesional la aportación física de dichos documentos para que el juez pueda examinarlos directamente y no a través de transcripciones que, intencionadamente o por negligencia del acreedor, no sean exactas.

Es evidente que en el marco del proceso monitorio europeo existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor contra el que se dirige la petición de requerimiento europeo no formule oposición debido a los requisitos de esta. La Abogada General Sra. Sharpston así lo afirmaba y justificaba en sus conclusiones relativas al asunto *Bondora*⁸⁶. Por tanto, se hace imprescindible no solo la facultad, sino más bien la obligación del juez encargado del asunto de apreciar de oficio la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato sobre el que está articulada la petición de requerimiento europeo.

La interpretación realizada por el TJUE en *Bondora* supone un paso importante, pero estamos convencidos de que no va a cambiar la forma de actuar de muchos jueces de la Unión en relación con el proceso monitorio europeo.

No es de recibo que procedimientos monitorios nacionales como el español se hayan adaptado a la doctrina del TJUE sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas y que el monitorio europeo no lo haya hecho, puesto que una interpretación literal de sus disposiciones puede llevar a una parte de los jueces nacionales de la Unión a aplicar esa normativa sin tener en cuenta la mencionada doctrina del TJUE.

Es muy significativo que el Abogado General Sr. Szpunar ya se pronunciase en las conclusiones del asunto *Finanmadrid*⁸⁷ en favor de dicha reforma⁸⁸, postura que hemos echado en falta en el asunto *Bondora*, en el que ni la Abogada General Sra. Sharpston ni el propio TJUE han hecho mención a la

⁸⁶ Apartados 102 a 109 de las conclusiones presentadas por la Sra. Sharpston en el asunto *Bondora*.

⁸⁷ C-49/14. Sentencia del TJUE de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid EFC*.

⁸⁸ Nota 20 de las conclusiones presentadas el 11 de noviembre de 2015 por el Abogado General Sr. Szpunar en el asunto C-49/14, *Finanmadrid EFC*: «*De lege ferenda*, opino que sería conveniente modificar el Reglamento núm. 1896/2006, que cubre potencialmente los créditos derivados de contratos celebrados con consumidores, a fin de introducir explícitamente el control de oficio de las cláusulas abusivas en la fase de aprobación del requerimiento europeo de pago».

conveniencia de esa modificación, a pesar de que podría pensarse que el enunciado erróneo del legislador español en la disposición final vigésima tercera de la LEC viene propiciado por el contenido de las disposiciones del Reglamento 1896/2006, necesitado de ser innovado.

Por tanto, nuestra propuesta consiste en que el legislador comunitario modifique el Reglamento 1896/2006 en el ámbito de las reclamaciones de profesionales contra consumidores en el sentido de incorporar el control de oficio por parte del juez de las cláusulas abusivas y la obligación del profesional de aportar la documentación en la que se basa la reclamación, lo que posibilitará ese control judicial.

14.4 RECAPITULACIÓN

Se propone la integración de la doctrina del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 mediante la normativización de sus pronunciamientos a fin de reforzar la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en el ámbito de las relaciones de consumidores en orden a elevar la protección de estos. En algunos casos las propuestas tienen como finalidad la modificación de normas que han sido declaradas incompatibles con la Directiva 93/13 por parte del TJUE, constituyendo, por tanto, una obligación del Estado español que está siendo incumplida mientras que el legislador no adopte esa modificación. Se recogen las siguientes propuestas:

Primera: Parece conveniente introducir un nuevo título dentro de la parte general de nuestra LEC, es decir, en el libro primero («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles») que podría denominarse «sobre la obligada tutela judicial de oficio de los consumidores» que contuviese un primer capítulo dividido en tres secciones con disposiciones sobre:

- a) la apreciación de oficio de la eventual naturaleza abusiva de una cláusula en las relaciones de consumidores;
- b) la apreciación de oficio de una norma imperativa del Derecho de consumidores;
- c) la apreciación de oficio de la cualidad de consumidor que no ha sido invocada por el litigante.

Asimismo, dicho título habría de albergar una o varias disposiciones sobre cómo se desarrollaría el incidente correspondiente que debería respetar escrupulosamente el principio de contradicción referido en la doctrina del

TJUE en el sentido de la necesidad de ofrecer la posibilidad a las partes de debatir de forma contradictoria, lo que implica ser oídas sobre la cuestión y contradecir los argumentos presentados de contrario. Por ello, una vista en la que las partes tuviesen un trámite de alegaciones, proposición y práctica de pruebas y un trámite final de conclusiones para contradecir las alegaciones del contrario, parece que respondería suficientemente a los dictados del TJUE, sin perjuicio de otras alternativas como un plazo común de alegaciones para ambas partes y una celebración de vista posteriormente, que permitiría que las partes pudieran manifestar sus argumentos cumplidamente por escrito y oralmente, pero que implica un plazo mayor para la tramitación del incidente.

Segunda: En ese mismo título debería introducirse un segundo capítulo con una o varias disposiciones sobre la obligación del juez de adoptar de oficio diligencias de prueba cuando no dispone de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para llevar a cabo su apreciación. Así ocurriría, entre otros supuestos, cuando la documentación presentada por el profesional no contiene el contrato suscrito por las partes o de esa documentación aportada con la petición inicial no puede saberse a ciencia cierta si el demandado es consumidor, casos que pueden darse particularmente en el proceso monitorio. Podría preverse que el juez no tenga limitaciones y pueda acordar la práctica de cualquier medio de prueba (*VB Pénzügyi Lizing*), o bien, disponer que las pruebas a practicar de oficio por el juez se limitarían a requerir a las partes para que aporten aclaraciones y documentos al efecto (*Lintner*). En cualquier caso, debería respetarse siempre el principio de audiencia de las partes, por lo que antes de adoptar el acuerdo el juez debería oír de forma contradictoria a las partes.

Tercera: Las propuestas anteriores se basan en la importancia de la doctrina de la obligada actuación judicial de oficio en materia de consumidores, tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel de nuestro país. Como hitos de dicha doctrina, además de sus «pilares» a los que hemos hecho referencia en otros apartados de este trabajo y de la sentencia *Aziz*, cabe mencionar la sentencia *Duarte Hueros* en la que el Tribunal de Justicia, al interpretar la Directiva 1999/44, pone en evidencia el principio dispositivo y el principio de congruencia tal y como se recogen en los artículos 216 (principio de justicia rogada), 218 (congruencia de las sentencias) y 412 (prohibición de cambio de demanda) de la LEC frente al principio de efectividad, concluyendo el TJUE que la citada normativa procesal española no se atiene al principio de efectividad. Un segundo hito, a nuestro juicio, este a nivel nacional, sería la declaración del Tribunal Supremo en el apartado 130 de la trascendental sentencia de 9 de mayo de 2013 en el sentido de que, «en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los

supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso», complementado con la observación de que «tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas». Un tercer hito estaría constituido por la sentencia 31/2019 de 28 de febrero del Tribunal Constitucional, en la que este concluye que al no haberse atendido el juzgado de instancia a la interpretación de la Directiva 93/13 que había sido realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Banco Primus*, infringió el principio de primacía del Derecho de la Unión al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante [el Tribunal de Justicia], incurriendo por ello en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y consiguientemente vulneró de ese modo, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Cuarta: Consideramos que el legislador español podría estudiar la posibilidad de incluir en ese nuevo título un tercer capítulo con una disposición que recogiese esa adaptación o flexibilización de los principios procesales de congruencia y dispositivo en el ámbito del Derecho de consumidores.

Quinta: De lo manifestado por el TJUE en *BNP Paribas Personal Finance* y *MF, Profi Credit Polska, PKO Bank Polski* y *EOS KSI Slovensko* puede deducirse que el periodo de diez días hábiles previsto en una serie de plazos de oposición en nuestro sistema procesal es excesivamente corto y que cuando el consumidor disponga de ese reducido plazo para oponerse al profesional podría ser considerado como incompatible con la Directiva 93/13 y como contrario al principio de efectividad y al derecho a la tutela judicial efectiva, en función de las circunstancias que concurren en el asunto concreto y en la modalidad procesal que corresponda analizar al TJUE. Por ello, parecería razonable fijar un periodo de un mes como plazo para formular la oposición en los trámites que prevén actualmente el plazo de diez días hábiles.

Sexta: El legislador debería introducir en la Ley de Arrendamientos Urbanos un precepto que específicamente recoja la necesaria aplicación de la Directiva 93/13 y restante normativa de protección de consumidores cuando el arrendamiento controvertido se encuentre en su ámbito de aplicación, previniendo la obligación del juez de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el correspondiente contrato, cuando se den las circunstancias previstas por la doctrina del TJUE para ello.

Séptima: Como consecuencia de las declaraciones efectuadas por el TJUE en *Ibercaja Banco (contra MA)* y *SPV Project 1503* y en la medida en

que son trasladables al proceso monitorio, consideramos que el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 815 LEC debería contener esas previsiones que obligara al juez a motivar su resolución –al menos sucintamente– cuando efectúa el control de oficio con el resultado de inexistencia de cláusulas abusivas y a advertir al consumidor que si no formula oposición en el plazo concedido, ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas.

Octava: Resulta necesario modificar la disposición final vigésima tercera, apartado 2, de la LEC, tras haber sido declarada por el TJUE en la sentencia *Bondora* incompatible con el artículo 7.2 letras d) y e) del Reglamento 1896/2006 y los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 tal como han sido interpretados por el TJUE y a la luz del artículo 38 de la Carta. Bastaría eliminar la expresión «que en su caso será inadmitida» para cumplir con lo declarado en *Bondora*, si bien el legislador español podría aprovechar la necesaria reforma de dicho precepto para introducir una disposición prevista específicamente en el ámbito de las peticiones de requerimiento europeo de pago efectuadas por profesionales contra consumidores, disponiendo, tanto la obligación del profesional de adjuntar copia del contrato o contratos que sirven de base para la reclamación –que habrán de ser descritos en el campo 10 «Medios de prueba que acrediten la deuda» del formulario A–, como la obligación del juez que conoce la petición de requerimiento de llevar a cabo de oficio el control de las eventuales cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la petición o que hubiesen determinado la cantidad exigible.

Novena: Partiendo de los criterios expuestos en *Profi Credit Polska* (contra *Mariusz Wawrzosek*), ante una hipotética cuestión prejudicial relativa al procedimiento cambiario español es ciertamente posible que el TJUE considerase que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor-deudor no formule oposición en el juicio cambiario en base a la concurrencia de varias circunstancias: en primer lugar, el juicio cambiario no prevé ni el control de abusividad de oficio por parte del juez del contrato relativo a la relación causal subyacente que eventualmente sea aportado con la demanda de oposición ni tampoco el trámite de información a las partes del posible carácter abusivo de una o varias cláusulas, ofreciéndoles la posibilidad de debatir de forma contradictoria la cuestión; en segundo lugar, la excesiva brevedad del plazo de oposición de 10 días hábiles y, en tercer lugar, el hecho de que el profesional-acreedor-demandante dispone de un trámite más –si se cuenta el iniciador del procedimiento– de defensa de su postura, por medio del escrito de impugnación de la oposición (art. 826 LEC), que es además el último, por lo que en el frecuente supuesto en el que el juez no considere procedente la celebración de vista, la impugnación del profesional-acreedor no puede ser

objeto de contradicción por el consumidor-deudor. En base a todo ello, el legislador podría adoptar diversas medidas: ampliar el plazo de oposición y, entre otras opciones, adaptar los actuales trámites de impugnación a la oposición y vista –haciéndola preceptiva–, o bien instaurar una especie de incidente dentro del juicio cambiario. Además de ello, se propone que el juez incluya obligatoriamente en la resolución de emplazamiento del demandado la advertencia al consumidor-deudor cambiario en el sentido de que si no formula oposición dentro de plazo incluyendo en la misma el documento que ha servido de base para la emisión del título cambiario, ni el juez va a poder examinar de oficio la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas contenidas en dicho título, ni tampoco el demandado va a poder alegar –una vez precluido el plazo– la existencia de cláusulas abusivas.

Décima: Tras la sentencia *Vicente*, parece indudable que los artículos 34 y 35 LEC deberían ser modificados para adaptarlos a la doctrina sobre la tutela judicial de oficio en materia de cláusulas abusivas a fin de que se dispusiera de una previsión similar a la que presenta el actual proceso monitorio –con el que guarda grandes analogías–, de forma que se establezca un trámite relativo a la comprobación de oficio por parte del juez sobre la existencia de cláusulas abusivas en el contrato suscrito entre abogado o procurador y consumidor.

Decimoprimera: A pesar de que el procedimiento de venta extrajudicial, tras las sucesivas modificaciones operadas por el legislador español, cumple en líneas generales con las exigencias del Derecho de la Unión Europea, considero que en orden a reforzar la protección del consumidor sería conveniente que dicho procedimiento y su normativa complementaria fuesen objeto de algunas modificaciones legislativas puntuales entre las que podrían estar que el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria incorporase un apartado que contemplase la obligación del notario de hacer constar en el requerimiento de pago al deudor ejecutado su derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita y el plazo para solicitarla de la misma forma que lo prevé el artículo 155 LEC para los procedimientos judiciales, modificándose también la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita y los artículos 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario, ya que son contradictorios con el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y con los artículos 72 a 76 de la Ley del Notariado.

Decimosegunda: Dado que en el auto dictado con fecha de 26 de octubre de 2016 en el asunto *Fernández Oliva* el TJUE estimó la incompatibilidad con el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 del artículo 721 LEC y que el legislador español no ha reformado dicha disposición, incumpliendo así el Estado español el Derecho de la Unión, resulta necesaria su modificación, proponiéndose

que esta tenga un alcance general para todo el ámbito del Derecho de consumidores y no limitada al contexto de las relaciones entre acciones individuales y acciones colectivas en el que fue dictado el auto *Fernández Oliva*. En tal sentido, se plantea que en el ámbito de relaciones de consumo, el juez, una vez que tenga los elementos fácticos y jurídicos necesarios, deba adoptar medidas cautelares de oficio cuando tales medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que deba recaer acerca de la existencia de los derechos invocados por el consumidor, pudiendo el juez, con la misma finalidad, acordar medidas más gravosas que las solicitadas por el consumidor, debiéndose llevar a cabo previamente el debate contradictorio entre las partes al respecto para garantizar el cumplimiento del principio de contradicción.

Decimotercera: De las manifestaciones del TJUE en *Ibercaja Banco (contra MA)* se deduce que a fin de garantizar, por un lado, la protección jurídica del consumidor y, por otro lado, la seguridad jurídica y el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales que recaigan en el procedimiento de ejecución, el auto de despacho de ejecución cuyo contenido está regulado en el artículo 551.2 LEC debería incluir dos nuevos aspectos: en primer lugar, el examen motivado –al menos sucintamente– del título que da lugar a la ejecución con el resultado de la inexistencia de cláusulas abusivas y, en segundo lugar, la advertencia al ejecutado de que si no formula oposición dentro del plazo establecido ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas. Se propone la reforma del artículo 551.2 LEC a fin de que el auto de despacho de ejecución contenga obligatoriamente esos dos nuevos puntos.

Decimocuarta: Consideramos conveniente la modificación del proceso de desahucio por falta de pago a fin de que, por un lado, se introduzca el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas y, por otro lado, se incluya una nueva causa de oposición al desahucio consistente en la naturaleza abusiva de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la demanda o que hubiese determinado el importe de las rentas o cantidades asimiladas a ella adeudadas.

Decimoquinta: Habida cuenta de que el TJUE tiene declarado que el plazo de prescripción de la acción restitutoria a fin de reclamar la devolución de lo pagado indebidamente a resultas de una cláusula abusiva ha de ser establecido y conocido con antelación (*Profi Credit Slovakia*), proponemos que el Código Civil señale expresamente la duración del plazo de dicha acción y el momento en que empieza a correr dicho plazo, debiéndose esperar en cuanto a este segundo punto a que el Tribunal de Justicia dicte la sentencia que resuelva las cuestiones prejudiciales actualmente en tramitación interpuestas al respecto por los tribunales españoles.

Decimosexta: Dado que el actual Registro de Condiciones Generales de la Contratación, a nuestro juicio, no constituye una herramienta eficaz a fin de que el consumidor pueda conocer si una determinada cláusula existente en un contrato que ha suscrito o tiene intención de suscribir es abusiva o es muy similar a una declarada ya como abusiva, proponemos la mejora del Registro de Condiciones Generales de la Contratación en el sentido de que incorpore en su página web una herramienta sencilla de consulta que pueda ser utilizada por los consumidores fácilmente con diferentes campos en función de los criterios de búsqueda del consumidor. Asimismo, proponemos la creación de un órgano consultivo y divulgativo al estilo de la «Commission des clauses abusives» existente en Francia desde 1978 que podría ostentar labores consultivas en relación a litigios en curso y también convertirse en un referente en el ámbito de cláusulas abusivas, tanto emitiendo opiniones en relación a reformas legislativas en trámites como asumiendo la iniciativa de proponer al legislador modificaciones normativas que considerase necesarias en materia de cláusulas abusivas, sin perjuicio, lógicamente, de llevar a cabo una tarea de difusión de la legislación y jurisprudencia relativa a la eliminación de las cláusulas abusivas.

Decimoséptima: Proponemos que el legislador comunitario modifique en el ámbito de las reclamaciones de profesionales contra consumidores el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 relativo al proceso monitorio europeo en el sentido de incorporar el control de oficio por parte del juez de las cláusulas abusivas y la obligación del profesional de aportar la documentación en la que se basa la reclamación, lo que posibilitará ese control judicial.

CAPÍTULO 15. OTRAS VÍAS PARA EL AVANCE EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

SUMARIO:

- 15.1 Introducción.
- 15.2 Ampliación del ámbito material de la Directiva 93/13.
 - 15.2.1 Aplicación de la Directiva 93/13 a cláusulas que reflejen normas supletorias.
 - 15.2.2 Aplicación de la Directiva 93/13 a cláusulas negociadas individualmente.
- 15.3 Extensión del juicio de abusividad a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y a las que se refieren a la adecuación entre precio y servicio o producto entregado en contraprestación.
- 15.4 Recapitulación.

15.1 INTRODUCCIÓN

A continuación, vamos a presentar vías alternativas para mejorar la protección de los consumidores con la peculiaridad de que pueden ser adoptadas tanto por parte del legislador comunitario, mediante una modificación de la Directiva 93/13, como por parte de los legisladores nacionales, en particular, el legislador español, mediante la introducción de disposiciones más estrictas que sean compatibles con los Tratados, en unas ocasiones al amparo del artículo 169.4 del TFUE y, en otras ocasiones, en virtud de dicha disposición y del artículo 8 de la Directiva 93/13, garantizando de esta forma un mayor nivel de protección del consumidor. Dada la gran dificultad que puede entrañar la modificación de la Directiva 93/13 parece que la actuación del legislador nacional podría ser

más viable para elevar la protección de los consumidores a corto o medio plazo sin tener que esperar un periodo de tiempo excesivo.

Las propuestas que se configuran a continuación se realizan sobre la base del examen de la jurisprudencia del TJUE analizada en este trabajo, teniendo también en consideración la Comunicación de la Comisión Europea titulada «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores» (2019/C 323/04), publicada en el DOUE el 27 de septiembre de 2019 que incluye como anexo 2 el resumen de notificaciones conforme al artículo 8 bis de la Directiva 93/13 (situación a 31 de mayo de 2019) –en adelante nos referiremos a ella como «la Comunicación de la Comisión»– e, incluso, la jurisprudencia nacional que se ha pronunciado sobre algunas de estas cuestiones.

15.2 AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE LA DIRECTIVA 93/13

En este párrafo examinamos la posibilidad de extender el ámbito material de la Directiva 93/13 mediante dos medidas. Por un lado, reduciendo la exclusión prevista en el artículo 1.2, de forma que únicamente afecte a las cláusulas que reflejen normas imperativas y no a las que reflejen normas supletorias; por otro lado, planteando que las cláusulas negociadas individualmente también entren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

15.2.1 Aplicación de la Directiva 93/13 a cláusulas que reflejen normas supletorias

Como es sabido, el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 ha sido interpretado por el TJUE en íntima conexión con su considerando decimotercero de manera que la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el mismo «incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo» por recogerlo así literalmente el mencionado considerando.

Ya hemos criticado en el presente trabajo, tanto la incoherencia que supone desde la perspectiva de nuestro ordenamiento incluir a las normas supletorias o dispositivas dentro de las imperativas, como la falta de rigor que implica

que en un «considerando»¹ se extiendan los efectos de la exclusión del artículo 1.2 a una categoría de cláusulas diferenciada (aquellas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias supletorias).

A ello hay que añadir que esa previsión conduce a resultados injustos en determinadas situaciones. Constituyen ejemplos de ello, a mi modo de ver, *Banca Transilvania*² y *NSV y NM*³⁻⁴.

Por tanto, a nuestro juicio, sería deseable que el legislador comunitario llevara a cabo una eventual modificación de la Directiva 93/13 en el sentido de circunscribir la exclusión a las cláusulas que reflejen disposiciones imperativas nacionales. Con ello, a nivel formal, se corregiría la anómala situación existente en la actualidad consistente en que a través del considerando decimotercero se amplía de manera inusitada el ámbito de aplicación de la exclusión prevista en el artículo 1.2, incluyéndose dentro de las disposiciones legales o reglamentarias imperativas las normas dispositivas o supletorias, lo que es un contrasentido, dado que se trata de categorías diferentes y contrapuestas de normas. Por otro lado, se evitarían multitud de situaciones injustas en las que el legislador nacional no ha tenido en cuenta el necesario equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de consumidores y profesionales a la hora de promulgar una norma dispositiva, por lo que al ser reflejadas esas disposiciones en las cláusulas redactadas por el profesional quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, de forma que, aunque causen un desequilibrio importante entre profesionales y consumidores, van a ser impuestas a estos, sin remedio alguno.

Dada la complejidad que conllevaría la modificación de la Directiva 93/13 y la incertidumbre que ello representa, en nuestra opinión, el legislador español debería plantearse la posibilidad de limitar la exclusión a las cláusulas que reflejen normas imperativas nacionales, no afectando, por tanto, la exclusión a las cláusulas que reflejen normas dispositivas o supletorias

¹ Según el «Libro de estilo interinstitucional» publicado por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (última actualización reflejada en el sitio web a fecha 19 de abril de 2022), «los considerandos razonan el contenido de la parte dispositiva (el articulado) del acto» (subrayado es nuestro).

<https://publications.europa.eu/code/es/es-120200.htm>

² C-81/19. STJUE de 9 de julio de 2020, *Banca Transilvania*.

³ C-87/21. Auto del TJUE de 14 de octubre de 2021, *NSV y NM*.

⁴ No parece que el legislador rumano al redactar el artículo 1578 de su Código Civil haya tenido en cuenta el establecimiento de un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, en particular, los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera. El resultado de la aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 en el ordenamiento rumano es que una cláusula del contrato de préstamo denominado en moneda extranjera que hacía recaer el riesgo de cambio sobre los prestatarios –y que podía tener naturaleza abusiva– queda fuera del ámbito de la Directiva 93/13, incluso existiendo falta de transparencia e indicios de mala fe por parte del profesional al conocer el desequilibrio significativo creado entre las partes por la cláusula.

nacionales. Esta reforma legislativa tendría como base legal el artículo 169.4 TFUE en cuya virtud los Estados miembros pueden adoptar medidas de mayor protección, que deberán ser compatibles con los Tratados. La modificación legislativa no se basaría en el artículo 8 de la Directiva 93/13, puesto que las cláusulas que reflejan normas supletorias están fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

La reforma estaría justificada por el hecho de que al redactar normas imperativas que se sitúan por encima de la autonomía de la voluntad de las partes el legislador español lleva a cabo un análisis más profundo de los intereses en juego a fin de reflejar el necesario equilibrio entre los mismos, pero, sin embargo, no puede garantizarse que haya tenido en cuenta el necesario equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de consumidores y profesionales cuando ha promulgado normas dispositivas que se aplican únicamente si los sujetos no han dispuesto otra cosa, tratándose en muchas ocasiones de normas que fueron redactadas hace décadas para relaciones entre iguales, es decir, anteriormente a que el Derecho de consumidores alcanzase la relevancia que ostenta en la actualidad. Es de tener en cuenta que, a diferencia de los puntos que vamos a tratar con posterioridad, no existe ninguna referencia a la limitación de la exclusión prevista en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 en el resumen de notificaciones del anexo 2 de la Comunicación de la Comisión, por lo que, salvo error del anexo, ningún Estado miembro de la Unión ha adoptado medidas más estrictas en beneficio de los consumidores en relación con lo previsto en este artículo 1.2 de la Directiva 93/13⁵.

15.2.2 Aplicación de la Directiva 93/13 a cláusulas negociadas individualmente

La Directiva 93/13 acotó su ámbito de aplicación excluyendo las cláusulas negociadas individualmente. Así, el considerando decimosegundo de la Directiva 93/13 dispuso: «[...] las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación [...]» en la versión en lengua española. Otras versiones lingüísticas de dicho considerando también expresan meridianamente que las cláusulas

⁵ La situación griega analizada en la sentencia *Trapeza Peiraios* (STJUE de 21/12/2021, C-243/20) es muy particular al existir posturas contrapuestas en la judicatura griega –incluso dentro del propio Tribunal Supremo– sobre la aplicación del artículo 1.2 de la Directiva en el ordenamiento jurídico griego. Por ello, nos remitimos a los comentarios a dicha sentencia.

negociadas individualmente no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13⁶. Ello se vio reflejado al definirse en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 el concepto de cláusulas abusivas: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si [...]». Por ese motivo, presentamos esta propuesta dentro de la ampliación del ámbito material de la Directiva 93/13. No obstante, hemos de señalar que existe una problemática conceptual al respecto⁷, por cuanto que el TJUE en *Banca Transilvania*, de forma errónea –a nuestro juicio–, declara que «con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, la falta de negociación individual es un requisito relativo a la apertura del control del carácter abusivo de una cláusula[...]» (apdo. 36). Esta declaración ha sido reiterada en *Trapeza Peiraios*⁸ (apdo. 34). En sentido similar, el propio legislador comunitario, al añadir a la Directiva 93/13 el artículo 8 bis mediante el artículo 32 de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores⁹ utilizó la expresión: «[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente [...]». A nuestro juicio, esa expresión no es afortunada por cuanto que las cláusulas negociadas individualmente no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, situación diferenciada a la de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y las cláusulas que se refieren a la adecuación entre precio y bienes o servicios que se entregan en contraprestación a este, ya que estos dos grupos de cláusulas –cuando son claras y comprensibles– no son objeto del juicio de abusividad, es decir, entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, pero al juez nacional le está vetado apreciar su eventual naturaleza abusiva. Sea como fuere, el legislador comunitario, tanto en el considerando decimosegundo¹⁰ de la propia

⁶ Con absoluta claridad se comprueba consultando otras versiones lingüísticas: «[...]seules les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle font l'objet de la présente directive[...]» en la versión francesa y «[...] only contractual terms which have not been individually negotiated are covered by this Directive[...]» en la versión inglesa.

⁷ Hemos desarrollado esta problemática conceptual dentro del capítulo segundo del presente trabajo al que nos remitimos para mayor detalle.

⁸ Asunto C-243/20. STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Trapeza Peiraios*.

⁹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE.

¹⁰ Considerando decimosegundo de la Directiva 93/13: «Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva».

Directiva 93/13 como en el artículo artículo 8 bis¹¹ de esta, «invitan» a los Estados miembros a elevar el nivel de protección del consumidor incluyendo las cláusulas negociadas individualmente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 o haciendo extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente. En ese sentido, según consta en el anexo 2 de la Comunicación de la Comisión, Chequia, Francia, Luxemburgo, Malta, Austria, Finlandia y Suecia han ampliado el ámbito de valoración del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente.

De hecho, desde una perspectiva objetiva, cabría sostener que los mismos deméritos debería tener una cláusula no negociada individualmente que una que sí lo ha sido para ser considerada abusiva.

Por todo lo expuesto, a nuestro juicio, resultaría viable, en aras de la elevación de la protección del consumidor, que el legislador español adoptara la misma medida ya vigente en los países a los que hemos hecho referencia, llevando a cabo una reforma legislativa modificando, entre otras disposiciones, los capítulos I («Cláusulas no negociadas individualmente») y II («Cláusulas abusivas») del título II («Condiciones generales y cláusulas abusivas») del libro segundo («Contratos y garantías») del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de forma que las cláusulas negociadas individualmente también entren dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas. Así, el concepto de cláusula abusiva (art. 82 TRLGDCU) no llevaría implícito el requisito «estipulaciones no negociadas individualmente», eliminándose esa acotación. La base legal para esta ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 también estaría constituida por el artículo 169.4 TFUE, no siéndolo el artículo 8 de la Directiva 93/13, en la medida en que consideramos que las cláusulas negociadas individualmente están fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

En cualquier caso, las reformas mencionadas que se operarían en el TRLGDCU conllevarían que las cláusulas negociadas individualmente también serían objeto del juicio de abusividad.

¹¹ Artículo 8 bis de la Directiva 93/13: «1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones: – hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente [...]»

15.3 EXTENSIÓN DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD A LAS CLÁUSULAS QUE DEFINEN EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO Y A LAS QUE SE REFIEREN A LA ADECUACIÓN ENTRE PRECIO Y SERVICIO O PRODUCTO ENTREGADO EN CONTRAPRESTACIÓN

Ya hemos hecho referencia a que lo que prevén los artículos 1.2 y 3.1 de la Directiva 93/13 con respecto a las cláusulas que reflejan disposiciones legales imperativas o supletorias (art. 1.2) y con respecto a las cláusulas negociadas individualmente (art. 3.1) son límites materiales en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Es decir, tanto una categoría como otra de cláusulas quedan fuera de la Directiva 93/13 y, consecuentemente, no van a ser objeto de valoración sobre su eventual carácter abusivo. Dicho de manera gráfica, no entran dentro del «edificio» de las cláusulas abusivas. Frente a esa situación, las dos categorías de cláusulas previstas en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sí entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de cláusulas abusivas, pero no van a ser sometidas al juicio de abusividad. Esta matización no es apreciada con suficiente precisión por el propio legislador comunitario en el artículo 8 bis de la Directiva 93/13, como ya se ha mencionado, y es reproducido por la Comisión en el anexo 2 de la Comunicación, dado que en él se refiere indistintamente a «ampliar la valoración del carácter abusivo», tanto a las cláusulas no negociadas individualmente como a las cláusulas relativas a la definición del objeto principal de contrato y a las concernientes a la adecuación del precio o de la retribución¹². Por tanto, desde nuestro punto de vista, cuando hablamos de las propuestas relativas al artículo 1.2. y 3.1 se trataría propiamente de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, mientras que cuando hablamos de la propuesta relativa al artículo 4.2 de la Directiva 93/13 se trataría de ampliar el juicio de abusividad (ampliar la valoración del carácter abusivo), es decir, las dos categorías de cláusulas previstas en el artículo 4.2 ya están dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, pero no son susceptibles de someterse al juicio de abusividad –salvo que no sean transparentes–. Lo que proponemos con respecto a estas cláusulas sería someterlas en todo caso al juicio de abusividad, sean o no transparentes. De nuevo, parece más factible que sea nuestro legislador nacional el que asuma esa tarea a que ello provenga del legislador comunitario. Es de observar que otros Estados miembros como Portugal, Eslovenia y Suecia, según el anexo 2 de la Comunicación de la Comisión, han

¹² Sí matiza esa diferenciación la Comisión en otro apartado de la Comunicación cuando afirma: «Las cláusulas contractuales relacionadas con el objeto principal del contrato o el precio y la retribución entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13» (apartado 3.2 de la Comunicación).

ampliado la valoración del carácter abusivo a ambas categorías de cláusulas (las relativas a la definición del objeto principal del contrato y las concernientes a la adecuación del precio o de la retribución), mientras que Luxemburgo lo ha ampliado únicamente con respecto a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y Malta y Finlandia lo han hecho con relación a las cláusulas relativas a la adecuación del precio o de la retribución. La situación en España es muy particular y a ella nos hemos referido al comentar la sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid)*¹³. Ya dijimos que, inducido por el propio TS al plantear la cuestión prejudicial, en *Caja Madrid*, el TJUE interpretó erróneamente la situación en España, al deducir que el ordenamiento jurídico español no contemplaba la exclusión prevista por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 cuando es lo cierto que con posterioridad (STS número 406/2012, de 18 de junio –ES: TS:2012:5966–, y, sobre todo, STS número 241/2013 de 9 de mayo –ES: TS:2013:1916–), el propio TS dejó muy claro que la exclusión del artículo 4.2 era de aplicación en España y declaró que el ordenamiento español disponía que quedaban fuera del control de la naturaleza abusiva las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y bienes o servicios en contraprestación, siempre que estuvieran redactadas de forma clara y comprensible¹⁴.

Esa exoneración del juicio de abusividad de la que gozan las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y las que se refieren a la adecuación entre precio y producto o servicio –salvo que no estén redactadas de modo claro y comprensible– impuesta en la Directiva 93/13 por el legislador comunitario se basa en razones de protección de la libre competencia¹⁵, como ya hemos comentado con más extensión al analizar la sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid)*. Tres décadas después de la promulgación de la Directiva 93/13 resulta muy discutible sostener que el mercado pueda verse afectado en el supuesto de que el juicio de abusividad se amplíe a esos dos grupos de cláusulas. Diferentes razones avalarían que nuestro legislador adoptase la ampliación del juicio de abusividad en beneficio de mejorar la protección de los consumidores. Una de ellas estaría constituida por los problemas que presenta la

¹³ C-484/08. STJUE de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid)*.

¹⁴ La valoración errónea del TJUE en la sentencia *Caja Madrid* sobre la situación en España también ha arrastrado a la Comisión que en el anexo 2 de la Comunicación considera que el Derecho nacional español ha ampliado la valoración del carácter abusivo a cláusulas contractuales relativas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación del precio o de la retribución, cuando de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se deduce que ello no es así.

¹⁵ Concretamente, en aras de la libertad individual de las partes para contratar y de un mercado eficaz basado en la competencia en materia de precios y de oferta de servicios.

determinación sobre si una cláusula es transparente o no, con la disparidad de criterios al respecto. En la medida en que se atribuya el carácter de transparente a la cláusula –en muchas ocasiones de manera muy discutible– se está privando al consumidor del examen sobre la eventual naturaleza abusiva de la misma y una posible nulidad, lo que evidentemente condiciona el nivel de protección de los consumidores. Otra razón sería que esa ampliación dispuesta por nuestro legislador a través de una eventual reforma legislativa solventaría la insólita situación existente en nuestro país, cuyo ordenamiento dispone la limitación que afecta a esos dos grupos de cláusulas sin que haya existido una disposición legislativa que haya transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, tratándose de una construcción jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, lo que desde nuestro punto de vista sería irregular, dado que un tribunal supremo a través de su jurisprudencia puede incrementar el nivel de protección del consumidor (*Condominio de Milano, via Meda*¹⁶), pero no reducirlo, dando por transpuesta una norma limitadora de la protección de los consumidores como es el 4.2 de la Directiva 93/13 sin que haya una previsión legislativa al respecto.

Otro argumento que podría mencionarse a favor de la ampliación del juicio de abusividad sería que la Comisión Europea en su informe de 27 de abril de 2000 sobre la aplicación de la Directiva 93/13¹⁷ –antecedente de la Comunicación de la Comisión relativa a las directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 publicada el 27 de septiembre de 2019–, viene a indicar que una parte de los Estados miembros no incorporó la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva sin que se plantearan problemas de aplicación práctica. Del texto publicado por la Comisión se podría deducir una posición favorable a la eliminación de la exclusión del 4.2 de la Directiva para mejorar la aplicación de la Directiva 93/13¹⁸.

Por todo ello, parecería conveniente, a nuestro juicio, que el legislador español promulgase una disposición que incorporarse expresamente estas dos categorías de cláusulas a las susceptibles del juicio de abusividad, de forma que las limitaciones establecidas por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no tuvieran efectos en nuestro ordenamiento jurídico. En este caso, la base legal para esa reforma estaría constituida tanto por el artículo 169.4 TFUE como por el artículo 8 de la Directiva 93/13, puesto que ambas categorías de cláusulas sí entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

¹⁶ C-329/19. STJUE de 2 de abril de 2020, *Condominio di Milano, via Meda*.

¹⁷ Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. COM(2000) 248 final, hecho en Bruselas con fecha 27 de abril de 2000.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 15-16.

15.4 RECAPITULACIÓN

Se formulan las siguientes propuestas como vías alternativas para elevar el nivel de protección de los consumidores:

Primera: La extensión de la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 a las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias supletorias operada por el considerando decimotercero de la Directiva 93/13 debería ser dejada sin efecto, ya sea por el legislador comunitario o por el legislador nacional, ya que, además de la falta de rigor que supone el hecho de que fue introducida por un «considerando», cuya finalidad es razonar el contenido de la parte dispositiva y no extender su alcance, y la incoherencia que conlleva incluir dentro de la categoría de normas imperativas a las normas supletorias, puede conducir en no pocas ocasiones a resultados injustos como consecuencia de que al redactar una norma supletoria el legislador nacional no haya tenido en cuenta el necesario equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de consumidores y profesionales.

Segunda: Sería conveniente que el legislador español llevara a cabo una reforma legislativa, modificando, entre otras disposiciones, los capítulos I («Cláusulas no negociadas individualmente») y II («Cláusulas abusivas») del título II («Condiciones generales y cláusulas abusivas») del libro segundo («Contratos y garantías») del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en virtud de la cual las cláusulas negociadas individualmente también entren dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas. Así, el concepto de cláusula abusiva (art. 82 TRLGDCU) no llevaría implícito el requisito «estipulaciones no negociadas individualmente», eliminándose esa acotación, con lo que las cláusulas negociadas individualmente también serían objeto del juicio de abusividad y susceptibles de ser consideradas abusivas, adoptando de esta forma la misma medida ya vigente en otros Estados miembros de la Unión Europea como Chequia, Francia, Luxemburgo, Malta, Austria, Finlandia y Suecia.

Tercera: Nuestro legislador debería extender el juicio de abusividad a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y a las que se refieren a la adecuación entre precio y servicio o producto entregado en contraprestación, aunque sean transparentes. Diferentes argumentos avalarían esa modificación legislativa:

- No parece que la libre competencia pueda verse afectada en el supuesto de que el juicio de abusividad se amplíe a esos dos grupos de cláusulas.

– La determinación de si una cláusula es transparente o no lo es presenta grandes dificultades en numerosos casos y una errónea respuesta positiva conduciría a privar injustamente al consumidor de la posibilidad de conseguir la declaración de abusividad de su cláusula.

– Esa reforma solventaría la peculiar situación que presentan esas limitaciones en nuestro ordenamiento, ya que esos dos grupos de cláusulas no son objeto del juicio de abusividad cuando son transparentes sin que haya existido una disposición legislativa que haya transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, sino que esas limitaciones han sido reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que a nuestro juicio es contrario al Derecho de la Unión, por cuanto que un tribunal supremo a través de su jurisprudencia puede incrementar el nivel de protección del consumidor, pero no reducirlo, dando por transpuesta una norma limitadora de la protección de los consumidores como es el 4.2 de la Directiva 93/13 sin que haya una previsión legislativa al respecto.

– Otros Estados de la Unión disponen que esos dos grupos de cláusulas sean sometidas al juicio de abusividad, aunque sean transparentes, sin que tengamos conocimiento de que ello haya generado problemas en la libertad de competencia.

ANEXO I

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 2017.
- «Deconstrucción del ordenamiento jurídico español», en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, dir. por F. Jiménez Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 241-249.
 - «STS 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. ¿Doctrina judicial contra legem?», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, VLEX, octubre, 2019, pp. 27-38.
 - «La aplicación práctica de la cláusula de vencimiento anticipado. STS de 11 de septiembre de 2019. final del recorrido», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, enero-febrero, 2020, pp. 650-673.
- AGUILERA MORALES, M., «Concurrencia de acciones colectivas e individuales: la solución a un problema de legalidad ordinaria de manos del TJUE» en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea, materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, dir. por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, Sepín, Madrid, 2018, pp. 473-487.
- «El penúltimo capítulo sobre cláusulas abusivas: Reflexiones al hilo de la sentencia TJUE Ibercaja Banco», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 75, julio-septiembre, 2020, pp. 103-120.
- ANDERSON, M., «El TJUE y el IRPH. ¿Reequilibrando la protección al consumidor en Gómez del Moral Guasch?», *Working Papers Jean Monnet Chair*, núm. 5-2020, 2020a, pp. 1-16.
- «Can it be unfair to use an official interest index in a mortgage loan? case note to CJEU, C-125/18 Gómez del Moral Guasch», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 4, 2020b, pp. 161-165.
- BALLUGUERA GÓMEZ, C., «Registro de cláusulas abusivas», *Regispro*, enero, 2019. Disponible en <https://regispro.es/c-ballugera-registro-de-clausulas-abusivas/#registro-de-clausulas-abusivas> (última consulta: 13 de septiembre de 2023).

- BECH SERRAT, J. M., «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero, 2018, pp. 1-63. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/03/1372-1.pdf> (última consulta 21 de septiembre de 2023).
- BEKA, A., «Commentary note on case C-618/10 *Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino*, judgment of 14 June 2012», *Zeitschrift Für Gemeinschaftsprivatrecht*, 6, 2012, pp. 326-328.
- *The active role of courts in consumer litigation. applying EU law of the national courts' own motion*, Intersentia Ltd, Cambridge, 2018.
- BENÖHR, I., «Private autonomy and protection of the weaker party in financial consumer contracts: An EU and international law perspective». *European Law Review*, 43(5), 2018, pp. 687-709.
- BENÖHR, I., & MICKLITZ, H., «Consumer protection and human rights», en *Handbook of Research on International Consumer Law*, dir. por G. Howells, I. Ramsay y T. Wilhelmsson) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 16-34.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Ámbito de aplicación» en *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 47-79.
- BOBEK, M., «Why there is no principle of «procedural autonomy» of member states», en *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*, dir. por H-W. Micklitz y B. De Witte, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 305-322.
- «The effects of EU law in the national legal systems», en *European Union Law*, dir. por C. Barnard y S. Peers), Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 143-176.
- BOTTINO, M., «Arrêt Invitel: L'effet *ultra partes* des clauses déclarées abusives», *European Journal of Consumer Law*, 3, 2012, pp. 587-594.
- BRANDNER, H. E., y ULMER, P., «The Community Directive of Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission», *Common Market Law Review*, 28, 1991, pp. 652-657.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? de la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo», *Cuadernos De Derecho Transnacional*, volumen 5 (núm. 2, octubre.), 2013a, pp. 209-233.
- «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo». *Revista CESCO de Derecho de consumo*, (6), 2013b, pp. 98-115.
- «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense Del Notariado (AAMN)*, LV, 2015, pp. 549-643.

- CÁMARA LAPUENTE, S., «Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», *Blog Almacén de Derecho*, junio, 2016. Disponible en: <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios> (última consulta 9 de septiembre de 2023).
- «Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia «abusiva» de las cláusulas suelo no», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 9 (núm 1, marzo), 2017, pp. 383-395.
 - «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017) », en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, dir. por M. Yzquierdo Tolsada, volumen 9, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 211-235.
 - «La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?» *Blog Almacén De Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir> (última consulta 9 de septiembre de 2023).
- CARBALLO FIDALGO, M., «Intereses de demora y vencimiento anticipado del crédito hipotecario en el marco de la legislación sobre cláusulas abusivas y en la ley de contratos de crédito inmobiliario», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2.234 (octubre), 2020, pp. 1-44.
- CARBALLO FIDALGO, O., «La repercusión al consumidor de la plusvalía en el contrato de compraventa de bienes inmuebles como cláusula abusiva», *blog Noticias Jurídicas*, publicado el 9 de septiembre de 2016. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11299-la-repercusion-al-consumidor-de-la-plusvalia-en-el-contrato-de-compraventa-de-bienes-inmuebles-como-clausula-abusiva/> (última consulta 14 de diciembre de 2022).
- CARMONA CONTRERAS, A., «La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un estándar común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria», *UNED Teoría Y Realidad Constitucional*, 39, 2017, pp. 307-332.
- CARRASCO PERERA, Á., «Sentencia europea intransparente sobre una transacción transparente de una cláusula suelo supuestamente intransparente. La «jerga» de la STJUE 9 julio 2020», *Centro de Estudios de Consumo*, julio, 2020, pp. 1-7. http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sentencia_europea_intransparente_sobre_una_transaccion_transparente_de_una_clausula_suelo_supuestamente_intransparente.pdf (última consulta: 20 de septiembre de 2023).
- CHEREDNYCHENKO, O., «The EU Charter of Fundamental Rights and Consumer Credit, Towards Responsible Lending?», en *European contract law and the charter of fundamental rights*, dir. por H. Collins, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 139-166.

- CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P. (), «De nuevo sobre el concepto de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 TFUE: Los secretarios judiciales y el expediente de jura de cuentas. Comentarios de la sentencia TJUE de 16 de febrero de 2017, C-503/15, Margarit Panicello», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57 (mayo/agosto), 2017, pp. 709-733.
- CRAIG, P., y DE BÚRCA, G., *EU law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- CUADRADO SOLER, J., *El Registro de Condiciones Generales de la Contratación ante el control de transparencia material*, Dykinson, Madrid, 2021.
- DAMIÁN MORENO, J., «El impacto del proceso monitorio en tiempos de crisis», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 44 (abril), 2014, pp. 36-43.
- DELLA NEGRA, F., «The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: Sánchez Morcillo and Kusionová», *Common Market Law Review*, 52 (4-Agosto), 2015, pp. 1009-1032.
- DELLACASA, M., «Judicial review of «core terms» in consumer contracts: defining the limits», *European Review of Contract Law*, De Gruyter, 11 (2), 2015, pp. 152-176.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «La jurisprudencia española y europea sobre las cláusulas suelo no transparentes/abusivas y los efectos restitutorios derivados de su nulidad», *Notarios y Registradores*, 2018, pp. 1-34. Disponible <https://www.notariosyregistradores.com/web/sc/la-jurisprudencia-sobre-clausulas-suelo-y-los-efectos-restitutorios-derivados-de-su-nulidad/> (última consulta 25 de septiembre de 23).
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., «Las condiciones generales de la contratación» en *Derecho civil de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- DOLNY, T., «Procedural treatment of consumer organisations in the judicial proceedings concerning the use of unfair terms», *European Journal of Consumer Law*, 1, 2014, pp. 31-51.
- EBERS, M., «From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata», *European Review of Private Law*, 18 (4), 2010, pp. 823-846.
- ESPOSITO, F., «Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection», *European Review of Contract Law*, De Gruyter, 16 (4), 2020, pp. 538-551.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F., «La sentencia *Bondora* o la prueba del algodón del proceso monitorio europeo: novedades en el control de oficio de las cláusulas abusivas y reformas en ciernes», *La Ley Unión Europea*, 81(mayo), 2020, pp. 1-16.
- FARINA, M., «Unfair Terms and Supplementation of the Contract», *European Review of Private Law*, 3, 2021, pp. 441-462.
- FAZEKAS, J., «The consumer credit crisis and unfair contract terms regulation -before and after Kásler-», *Journal of European Consumer and Market Law*, 6 (3), 2017, pp. 99-106.

- FENOY PICÓN, N., «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: Su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario De Derecho Civil*, 71 (3), 2018, pp. 855-1049.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.
- FIDALGO GALLARDO, C., «La prejudicialidad europea: cuestiones prejudiciales y suspensión de procesos civiles». *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 56, 2022, pp. 1-30.
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2018.
- «La sentencia de 28 de febrero de 2019 del Tribunal Constitucional: preclusión procesal, cosa juzgada y derecho de propiedad en la declaración de abusividad de una cláusula contractual», *Derecho Privado y Constitución*, 37 (julio-diciembre), 2020, pp. 343-380.
- GÓMEZ AMIGO, L., «La doctrina del TJUE en el caso *Bondora*: ¿hacia el declive del proceso monitorio europeo?», *La Ley, Práctica De Tribunales*, 144 (mayo-junio), 2020, pp. 1-18.
- GONZÁLEZ CASSO, J., «El concepto de consumidor a la vista de la más reciente doctrina del TJUE. Consumidor vs. empresario», *Boletín Digital AJFV Derecho de la Unión*, julio, 2016, pp. 1-12. Disponible en: <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2017/04/civiljulio2016.pdf> (última consulta: 23 de septiembre de 2023).
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Cláusulas abusivas», en *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1103-1348.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Ejecución extrajudicial y tutela de consumidores (I)», *Abogacía Española*, 2 (febrero), 2014, pp. 1-5. Disponible: <http://www.abogacia.es/2014/02/13/ejecucion-extrajudicial-y-tutela-de-consumidores-i/> (última consulta: 25 de septiembre de 2023).
- «Nuestras audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (II)», blog *Almacén de Derecho*, junio, 2020. Disponible en <https://almacendederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2020-ii> (última consulta: 20 de septiembre de 2023).
- HEIRMAN, G., «Case Van Hove: Exclusion of terms relating to the main subject matter of the contract in article 4 paragraph 2 of the unfair terms directive. Interpretation and possibilities of assessment», *European Journal of Consumer Law*, 1, 2015, pp. 249-259.
- «Core terms: interpretation and possibilities of assessment», *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, (1/2017), 2017, pp. 30-34.

- HESELINK, M. W., «Case: ECJ – Freiburger Kommunalbauten v Hofstetter», *European Review of Contract Law*, De Gruyter, 2, 2006, pp. 366-375.
- «The justice dimensions of the relationship between fundamental rights and private law». en *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, dir. por H. Collins, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 167-196.
- HONDIUS, E., «Unfair Contract Terms and the Consumer: ECJ Case Law, Foreign Literature, and Their Impact on Dutch Law», *European Review of Private Law*, 24 (3 y 4), 2016, pp. 457-472.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión». *Elderecho.com*, 24 de noviembre de 2011, 2011.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis: Aziz v. Catalunyacaixa», *Common Market Law Review*, 51, 2014, pp. 955-974.
- JABLONOWSKA, A., «No judicial fine-tuning of the scope of UCTD: CJEU departs from AG's opinion in Banca Transilvania», blog *Recent developments in European Consumer Law*, 17 julio 2020, 2020. Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2020/07/no-judicial-fine-tuning-of-scope-of.html> (última consulta 5 de septiembre de 2023).
- «Cancelling credit contracts due to unfair terms: When does the view of the consumer matter? A quick judicial recap in OTP Jelzálogbank (C-932/19)», blog *Recent Developments in European Consumer Law*, 3 de septiembre de 2021, 2021. Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2021/09/cancelling-credit-contracts-due-to.html> (última consulta: 11 de septiembre de 2023).
- JEREZ DELGADO, C., «La anulación del contrato», Civitas, Madrid, 2011.
- JEREZ DELGADO, C., y VERDÚN PÉREZ, F., «A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces», *Cuadernos de Derecho transnacional*, volumen 15 (1), 2023, pp. 442-460.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777 (enero-febrero), 2020, pp. 589-621.
- KAS, B., y ESPOSITO, F., «European Union litigation», *European Review of Contract Law*, De Gruyter, 14 (3), 2018, pp. 273-291.
- KEIRSBILCK, B., «The erga omnes effect of the finding of an unfair contract term: Nemzeti», *Common Market Law Review*, 50, 2013a, pp. 1467-1478.
- «The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Perenicová and Perenic», *Common Market Law Review*, 50, 2013b, pp. 247-264.
- KROMMENDIJK, J., «Is there light on the horizon? the distinction between Rewe effectiveness and the principle of effective judicial protection in article 47 of the charter after Orizzonte», *Common Market Law Review*, 53, 2016, pp. 1395-1418.

- LAW, S., «At the crossroads of consumer protection, data protection and private international law: some remarks on *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU*», *European Law Review*, 42 (5), 2017, pp. 751-766.
- LEÓN ARCE, A. DE, «La protección legal de los consumidores y usuarios en España», en *Derechos de los consumidores y usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, dir. por A. de León Arce. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 127-254.
- LEONE, C., «Transparency revisited -on the role of information in the recent case-law of the CJEU», *European Review of Contract Law*, De Gruyter, 10 (2), 2014, pp. 312-325.
- LIEBSCHER, C., «Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, judgment of the Court of Justice (first chamber) of 26 October 2006», *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 545-557.
- LIPPENS, T., «Arrêt Finanmadrid EFC: L'obligation impérative de soulever d'office les clauses abusives s'étend au juge de l'exécution d'une injonction de payer», *European Journal of Consumer Law*, 1, 2016, pp. 131-138.
- LLORCA GALIANA, J., «Las cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos en los contratos de seguros», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: Mercados, Operadores y Contratos*, 4, 2022, pp. 179-202.
- LOBOCKA-POGUNKTE, I., *The evolution of EC Consumer Protection in the field of Consumer Credit*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., «Título VI: Justicia», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, dir. por A. Mangas Martín, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 739-808.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Las relaciones entre las acciones colectivas e individuales: el precedente sentado por la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016», en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea, materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, dirigida por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, Sepín, Madrid, 2018, pp. 607-626.
- LUZAK, J., «Half-baked transparency rules in *Kiss and CIB Bank* (C-621/17)», blog *Recent Developments in European Consumer Law*, 3 de octubre de 2019, 2019. Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2019/10/half-baked-transparency-rules-in-kiss.html> (última consulta: 12 de septiembre de 2023).
- «Consumer protection extended to mixed-purpose contracts CJUE in *S. V. (Immeuble en copropriété)* (C-485/21)», blog *Recent Developments in European Consumer Law*, 2 de noviembre de 2022, 2022. Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2022/11/consumer-protection-extended-to-mixed.html> (última consulta: 12 de septiembre de 2023).
- «No colouring outside the lines for national courts (exchange rate risk in consumer loan contracts), CJEU in *AxFina Hungary* (C-705/21)», *Recent Developments in European Consumer Law*, 2 de mayo de 2023, 2023. Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2023/05/no-colouring-outside-lines-for-national.html> (última consulta: 12 de septiembre de 2023).

- MAK, C., «Right and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters», *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, Núm. 88, 2012, pp. 1-26.
- «On beauty and being fair the interaction of national and supranational judiciaries in the development of a European law on remedies», *Centre for the Study of European Contract Law Working Papers*, 7, 2014, pp. 1-13.
- «Gutiérrez Naranjo: On Limits in Law and Limits of Law», *European Law Review*, 3, junio, 2018, pp. 447-459.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 9, 2014, pp. 9-16. Disponible: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401> (última consulta: 20 de septiembre de 2023).
- «La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: Influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 42, 2022, pp. 70-167. Disponible: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3098/2403> (última consulta 25 de septiembre de 2023).
- MARTÍN FABA, J. M., «El TJUE consolida la obligación del juez de la ejecución del laudo de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas: La doctrina es clara y precisa desde el caso Pannon», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 19, 2016, pp. 217-232. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1193/968> (última consulta 20 de septiembre de 2023).
- «De cómo una hipotética protección de la seguridad jurídica relega la obligación del juez de apreciar de oficio cláusulas abusivas», *Centro de Estudios de Consumo*, febrero, 2018, pp. 1-5.
- «STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 5 de abril de 2019, 2019, pp. 1-23.
- «Hacia una integración que sirva para restablecer el equilibrio contractual (STJUE de 2 de septiembre de 2021, asunto C-932/19, OTP Jelzálogbank zrt.)», *Centro de Estudios de Consumo*, septiembre, 2021, pp. 1-10. Disponible: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Hacia_una_integracion_que_sirva_para_restablecer_el_equilibrio_contractual.pdf (última consulta: 22 de septiembre de 2023).
- MARTÍN FUSTER, J. M., *La apreciación de oficio de la nulidad. la protección de los consumidores y otros supuestos prácticos*, Atelier, Barcelona, 2021.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, S., «¿Fin a la batalla judicial sobre la cláusula IRPH en Europa?», *Centro de Estudios de Consumo*, diciembre, 2021, pp. 1-5. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Fin_a_la_batalla_judicial_sobre_la_clausula_IRPH_en_Europa.pdf (última consulta: 22 de septiembre de 2023).
- MARTÍNEZ SANTOS, A., «Protección efectiva de los derechos del consumidor, acceso a la justicia y control judicial de las cláusulas en el juicio cambiario: A propósito de un pronunciamiento reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, 71 (julio-septiembre), 2019, pp. 103-124.

- MARTÍNEZ SANTOS, A., «¿Debe el juez procurarse de oficio los elementos de hecho y de derecho necesarios para pronunciarse sobre cláusulas cuya nulidad no ha sido instada expresamente por el consumidor?» en *Estudios sobre jurisprudencia europea, materiales del VI encuentro anual del centro español del European Law Institute*, dir. por A. Ruda González, Sepín, 2023, pp. 1327-1342.
- MARTORELL ZULUETA, P., «Concepto de consumidor y posición de la persona física fiadora de persona jurídica», *Revista Consumo y Empresa VLEX*, 4 (febrero), 2017, pp. 1-10.
- MICKLITZ, H-W., «The ECJ between the individual citizen and the member states -A plea for a judge-made European law on remedies», en *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*, dir. por H-W. Micklitz y B. De Witte, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 349-400.
- «Unfair terms in consumer contracts» en *European Consumer Law*, dir. por N. Reich, H. W. Micklitz, P. Rott y K. Tonner, Intersentia, Cambridge, 2014.
- «The constitutional transformation of private law pillars», en *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, dir. por H. Collins, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 49-91.
- MICKLITZ, H-W., y KAS, B., «Overview of cases before the CJEU on European consumer contract law (2008-2013) -part I», *European Review of Contract Law*, De Gruyter, 10(1), 2014, pp. 1-63.
- MICKLITZ, H-W., y REICH, N., «The court and sleeping beauty: The revival of the unfair contract terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, 51, 2014, pp. 771-808.
- «El tejido de Derecho europeo de protección de consumidores», en *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, dir. por J. M. Beneyto Pérez, J. Maillón González-Orús y B. Becerril Atienza, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 289-365.
- MUÑOZ GARCÍA, C., «Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 778 (marzo-abril), 2020, pp. 1386-1404.
- NICOLA, F., y TICHADOU, E., «Océano Grupo: A transatlantic victory for the consumer and a missed opportunity for European law», en *EU law stories contextual and critical histories of European jurisprudence*, dir. por F. Nicola y B. Davies, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 369-390.
- ORDUÑA MORENO, F. J.; SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R., *La transparencia como valor del cambio social: Su alcance constitucional y normativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.
- ORDUÑA MORENO, F. J., «Que González de Audicana considere elevar una segunda cuestión prejudicial sobre el IRPH ante el TJUE es lo correcto», blog *Confilegal*, publicado el 8 de mayo de 2020, 2020. Disponible en <https://confilegal.com/20200508-que-gonzalez-de-audicana-considere-elevar-una-segunda-cuestion-prejudicial-sobre-el-irph-ante-el-tjue-es-lo-correcto/> (última consulta el 3 de septiembre de 2023).

- PAGLIANTINI, S., «CJEU, 23 april 2015, C-96/14, Van hove v CNP assurances: Full disability clause and insurer's relief. Towards an *Unklarheitenregel* with the exclusion of malicious or unwary consumer?», *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2015, pp. 240-241.
- PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, Barcelona, 2018.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual. Comentario de la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57 (mayo/agosto), 2017, pp. 671-688.
- POILLOT, É., «Bogdan Matei et Ioana Ofelia Matei c/SC Volksbank Romania SA aff. C-143/13, ECLI: EU: C:2015:127» en *Jurisprudence de la CJUE 2015, décisions et commentaires*, dir. por F. Picod, Bruylant, Bruselas, 2016a, pp. 726-732.
- «Jean-Claude Van Hove c/CNP Assurances SA, aff. C-96/14, ECLI: EU: C:2015:262», en *Jurisprudence de la CJUE 2015, décisions et commentaires*, dir. por F. Picod, Bruylant, Bruselas, 2016b, pp. 738-742.
- «Radlinger et Radlingerová aff. C-377/14, ECLI: EU: C:2016:283», en *Jurisprudence de la CJUE 2016, décisions et commentaires*, dir. por F. Picod, Bruylant, Bruselas, 2017, pp. 727-729.
- POISSONIER, G., «La C. J. U. E. donne au juge national le pouvoir d'appliquer d'office le droit communautaire de la consommation», *Revue européenne de droit de la consommation*, 1, 2008, pp. 131-142.
- PRECHAL, S., y WIDDERSHOVEN, R., «Redefining the Relationship between Rewe-effectiveness and Effective Judicial Protection», *Review of European Administrative Law*, 4(2), 2011, pp. 31-50. Disponible en: https://www.uitgeverijparis.nl/scripts/read_article_pdf?id=5332 (última consulta 25 de septiembre de 2023).
- RALUCA STROIE, I., «Por primera vez las pymes protegidas por una ley de protección a los consumidores independientemente de su ánimo de lucro o su actuación dentro o fuera del ámbito empresarial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 2015, pp. 40-44. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/710>.
- REDONDO TRIGO, F., «El plazo de prescripción ante la nulidad de las cláusulas abusivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 763 (septiembre-octubre), 2017, pp. 2750-2767.
- ROCA MARTÍNEZ, J. M., «Varapalo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cosa juzgada cuando de proteger consumidores se trata», en *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la unión europea*, dir. por A. Sáenz de Santamaría, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2019, pp. 425-449.
- «¿Acabará el TJUE con el sistema procesal español?», *Diario La Ley*, núm. 9824 sección tribuna, 2021, pp. 1-12.

- RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J. M., «Los asuntos Sánchez Morcillo: El recurso de apelación en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el Derecho de la UE», *Revista Jurídica Española La Ley*, 4 (D-349), 2015, pp. 1030-1034.
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «La cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, ene-feb 2020, 2020, pp. 530-543.
- ROSAS, A., «When is the EU Charter of Fundamental Rights applicable at national level?», *Mykolo Romerio Universitetas Jurisprudencija*, 19 (4), 2012, pp. 1269-1288.
- ROTT, P., «Case note on Banco Español de Crédito v. Joaquín Calderón Camino», *European Review of Contract Law*, 8(4), 2012, pp. 470-480.
- RUIZ ARRANZ, A., «El *dies a quo* para calcular el plazo de prescripción: ¿se puede mover la portería?», blog *Almacén de Derecho*, 2021. Disponible en <https://almacenederecho.org/se-puede-mover-la-porteria> (última consulta: 22 de septiembre de 2023).
- RUTGERS, J., «The right to housing (article 7 of the charter) and unfair terms in general conditions», en *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, dir. por H. Collins, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 125-137.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 779, 2020, pp. 1837-1855.
- SAFJAN, M., y DÜSTERHAUS, D., «A union of effective judicial protection: Addressing a multi-level challenge through the lens of article 47 CFREU», *Yearbook of European Law*, 33(1), 2014, pp. 3-40.
- SANTALÓ GORIS, C., «Consumers' right strike back! first impressions on C-453/17 and C-494/18 bondora», blog *Conflictoflaws. Net*, 2019. Disponible en: <https://conflictflaws.net/2019/consumers-rights-strike-back-first-impressions-on-c-453-18-and-c-494-18-bondora/> (última consulta: 27 de agosto de 2022).
- SARRIÓN ESTEVE, J., «Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 65, 2021, pp. 133-160.
- SERRANO MASIP, M., «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno», *Revista de Estudios Europeos*, 68 (julio-diciembre, 2016), 2016, pp. 5-32.
- SICILIANI, P., «Should EU consumer law be used to close a presumed enforcement gap under EU competition law? the unlimited consequences of *Invitel* and *RWE Vertrieb*», *European Law Review*, 39 (4), 2014, pp. 567-578.
- SOETE, M., «Arrêt ERSTE Bank Hungary: Clauses abusives et rôle du notaire dans l'opposition de la formule exécutoire», *European Journal of Consumer Law*, 2, 2015, pp. 469-475.
- STORME, M. E., «On the Usefulness of Default Rules and Disproportionate Sanctions in Consumer Law», *European Review of Private Law*, 3, 2021, pp. 399-402.

- TÖMÖRI, M., y SÜLI-ZAKAR, I., «The state of the Hungarian residential market in the time of the global economic crisis», *Belgeo Revue Belge De Géographie*, 3-4, 2011, pp. 167-186. Disponible en: <https://journals.openedition.org/belgeo/6289> (última consulta 20 de septiembre de 2023).
- TRSTENJAK, V., y BEYSEN, E., «European consumer protection: *Curia semper dabit remedium?*», *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 95-124.
- TRSTENJAK, V., y WEINGERL, P., «Enforcement and effectiveness of consumer law in Slovenia», en *Enforcement and effectiveness of consumer law*, dir. por H-W. Micklitz y G. Saumier, Springer, Cham, 2018, pp. 547-564.
- VAN DUIN, A., «Metamorphosis? the role of article 47 of the EU charter of fundamental rights in cases concerning national remedies and procedures under directive 93/13/EEC», *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2017, pp. 190-198.
- *Effective Judicial Protection in Consumer Litigation, Article 47 of the EU Charter in Practice*, Intersentia, Cambridge, 2022.
- VERDÚN PÉREZ, F., «Análisis crítico de la STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-598/15, Banco Santander, concerniente a la obtención de la posesión del inmueble tras el procedimiento de ejecución extrajudicial» en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea, Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, dir. por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, vol. I, Sepín, 2020, pp. 167-186.
- «La sentencia *Bondora*: Luces y sombras de la conciliación operada por el TJUE entre el reglamento núm. 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo y la doctrina del obligado control judicial de oficio de las cláusulas abusivas (STJUE de 19 de diciembre de 2019)», en *Estudios sobre Jurisprudencia europea, Materiales del V Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, dir. por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, Sepín, 2021, pp. 696-706.
- WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65, 2002.
- WERBROUCK, J., y DAUW, E., «The national courts' obligation to gather and establish the necessary information for the application of consumer law -the endgame?», *European Law Review*, 46 (3), 2021, pp. 325-344.
- WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A., «Unfair contract terms in CHF mortgage loans, case C-260/18 Dziubak – where do we go from here?», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2020, pp. 206-218.
- ZUMAQUERO GIL, L., «Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas», *Revista de Derecho Civil*, VIII (2), 2021, pp. 221-270.

ANEXO 2

ACTOS INSTITUCIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA CITADOS

1. TRATADOS

Tratado de la Unión Europea según el texto resultante tras las modificaciones efectuadas en virtud del Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, publicado en DOUE el 17 de diciembre de 2007.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea según el texto resultante tras las modificaciones efectuadas en virtud del Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, publicado en DOUE el 17 de diciembre de 2007.

2. ACTOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Declaración común sobre los Derechos Fundamentales del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, de 5 de abril de 1977, publicada en DOCE el 27 de abril de 1977.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000, publicada en DOCE el 18 de diciembre de 2000, adaptada el 12 de diciembre de 2007 y con el mismo valor jurídico que los Tratados desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sucedida el 1 de diciembre de 2009.

Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales publicadas en DOCE de 14 de diciembre de 2007.

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regionessobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. COM (2016) 265 final. Hecho en Bruselas el 19 de mayo de 2016.

3. DIRECTIVA 93/13 Y ACTOS RELACIONADOS CON ELLA

Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Publicada en DOCE el 21 de abril de 1993.

Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. COM(2000) 248 final. Hecho en Bruselas el 27 de abril de 2000.

Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1). Publicada en DOUE de 22 de noviembre de 2011.

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97 de julio de CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Publicada en el DOUE el 22 de noviembre de 2011.

Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Publicada en DOUE el 27 de septiembre de 2019.

Directiva 2019/2161/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98 de junio de CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Publicada en DOUE el 18 de diciembre de 2019.

4. ACTOS RELATIVOS A PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Publicada en DOCE el 31 de diciembre de 1985.

Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. Publicada en DOCE el 12 de febrero de 1987.

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97 de julio de CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). Publicada en DOUE el 11 de junio de 2005.

Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Publicada en DOUE el 22 de mayo de 2008.

Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). Publicada en DOUE el 18 de junio de 2013.

Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Publicado en DOUE el 18 de junio de 2013.

Directiva 2019/771/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. Esta Directiva fue publicada en el DOUE el 22 de mayo de 2019.

5. ACTOS RELATIVOS A COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Publicado en DOCE el 16 de enero de 2001.

Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). Publicado en DOUE el 31 de julio de 2007.

Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Publicado en DOUE el 4 de julio de 2008.

Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Publicado en DOUE el 20 de diciembre de 2012.

6. ACTOS SOBRE OTROS ASPECTOS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Publicada en DOCE el 14 de febrero de 1976.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Publicada en DOCE el 23 de noviembre de 1995.

Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE. Publicada en DOUE el 15 de julio de 2003.

Reglamento (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de

embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91, publicado en DOUE el 17 de febrero de 2004.

Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece el proceso monitorio europeo. Publicado en DOUE el 30 de diciembre de 2006.

Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, publicadas en el DOUE el 8 de noviembre de 2019.

Libro de estilo interinstitucional, publicado por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Última actualización reflejada en el sitio web el 19 de abril de 2022. Se anuncia una nueva modernización para otoño de 2023.

ANEXO 3

SENTENCIAS Y AUTOS DEL TJUE INTERPRETADORES DE LA DIRECTIVA 93/13 OBJETO DE ANÁLISIS (ORDENADOS POR CAPÍTULO Y MATERIA)

CAPÍTULO 2. EL DESARROLLO CONCEPTUAL DE DERECHO SUSTANTIVO A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL TJUE

2.2 El concepto de consumidor en la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13

Caso 1. *Cape y Idealservice MN RE*, C-541/99 y C-542/99, (22 de noviembre de 2001), EU: C:2001:625, Italia: El concepto de «consumidor» de la Directiva 93/13 se refiere exclusivamente a las personas físicas.

Caso 2. *Costea*, C-110/14, (3 de septiembre de 2015), EU: C:2015:538, Rumanía: Se considera consumidor al abogado cuando el contrato principal de crédito no está vinculado a su actividad profesional, siendo irrelevante que el contrato accesorio de hipoteca haya sido suscrito por la misma persona como representante de su bufete individual.

Caso 3. *Tarcau*, C-74/15, (auto, 19 de noviembre de 2015), EU: C:2015:772, Rumanía: La Directiva 93/13 se aplica a los avalistas de una sociedad cuando son personas físicas actuando con propósito ajeno a su actividad profesional y sin vínculos funcionales con la sociedad.

Caso 4. *Dumitras*, C-534/15, (auto, 14 de septiembre de 2016), EU: C:2016:700, Rumanía: La Directiva 93/13 se aplica a los avalistas de una sociedad cuando son personas físicas actuando con propósito ajeno a su actividad profesional y sin vínculos funcionales con la sociedad (incluso cuando han tenido vínculos con la sociedad originariamente prestataria que dejó de serlo a través de una novación subjetiva con consentimiento de la entidad bancaria).

Caso 5. *Bachman*, C-535/16, (auto, 27 de abril de 2017), EU: C:2017:321, Rumanía: Se considera consumidor a una persona física que ha celebrado una novación con una entidad financiera, actuando al margen de su actividad profesional, sin vínculos funcionales con la sociedad originariamente prestataria.

Caso 6. *Pouvin y Dijoux*, C-590/17, (21 de marzo de 2019), EU: C:2019:232, Francia: El empleado de una empresa y su cónyuge, que celebran con dicha empresa un contrato de préstamo reservado a empleados y destinado a financiar la adquisición de un inmueble para fines privados, deben considerarse «consumidores» a los efectos del artículo 2.b) de la Directiva 93/13. La empresa es «profesional», en el sentido del artículo 2.c) de dicha Directiva, aunque la concesión de préstamos no constituya su actividad principal.

Caso 7. *Condominio di Milano, via Meda*, C-329/19, (2 de abril de 2020), EU: C:2020:263, Italia: Es conforme con la Directiva 93/13 la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano que interpreta la normativa destinada a transponer al Derecho interno esa Directiva de manera que las normas de protección de los consumidores que contiene se aplican también a las comunidades de propietarios, a pesar de que en el ordenamiento jurídico italiano la comunidad de propietarios no sea ni persona física ni persona jurídica, dado que la Directiva 93/13 permite que los Estados miembros garanticen un mayor nivel de protección.

Caso 8. *X Bank*, C-198/20, (auto, 10 de junio de 2021), EU: C:2021:481, Polonia: La protección prevista por la Directiva 93/13 beneficia a todo consumidor y no únicamente al que puede ser considerado como «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

Caso 9. *S. V. Immueble en copropriété*, C-485/21, (27 de octubre de 2022), EU: C:2022:839, Bulgaria: En un contrato entre un administrador – encargado de las administración y mantenimiento de las partes comunes de un inmueble en régimen de propiedad horizontal– y una persona física propietaria

de un piso en el edificio, esta actúa como consumidora en el sentido del artículo 2 b) de la Directiva 93/13 siempre que no utilice el piso con fines que correspondan exclusivamente a su actividad profesional.

Caso 10. *YYY*, C-570/21, (8 de junio de 2023), EU: C:2023:456, Polonia: El concepto de consumidor a los efectos del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 ha de ser interpretado de forma amplia y en los contratos de doble finalidad el contratante tiene la cualidad de consumidor cuando en el contexto global del contrato predomina el fin no profesional sobre el profesional, pudiendo el juez nacional analizar los factores facilitados por el TJUE para evaluar qué fin predomina y cualesquiera otros que se deriven de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Caso 11. *Lyoness Europe*, C-455/21, (8 de junio de 2023), EU: C:2023:455, Rumanía: El artículo 2.b de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «consumidor» está comprendida una persona física que se adhiere a un sistema establecido por una sociedad mercantil y que permite, en particular, disfrutar de determinadas ventajas financieras en el marco de la adquisición, por esa persona física o por otras personas que por recomendación suya participan en ese sistema, de bienes y servicios de los socios comerciales de esa sociedad, cuando dicha persona física actúa con fines ajenos a su actividad profesional.

2.3 El concepto de profesional en la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13

Caso 12. *Siba*, C-537/13, (15 de enero de 2015), EU: C:2015:14, Lituania: La Directiva 93/13 se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos concluidos por un abogado, que actúa como profesional, con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Caso 13. *Karel de Grote*, C-147/16, (17 de mayo de 2018), EU: C:2018:320, Bélgica: Una entidad educativa autónoma, que imparte formación subvencionada y que ha celebrado un contrato con una de sus estudiantes en el que se estipulan facilidades de pago de unos importes adeudados por esta en concepto de tasas de matrícula y de gastos correspondientes a un viaje de estudios, se considera «profesional» a los efectos del artículo 2.c de la Directiva 93/13.

2.4.2.1 **Sobre el concepto de cláusula abusiva contenido en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13**

Caso 14. *Constructora Principado*: C-226/12, (16 de enero de 2014), EU: C:2014:10, España: El concepto de «desequilibrio importante» del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 no requiere un desequilibrio cuantitativamente importante en relación al contrato sino cualitativamente importante y ello puede suceder cuando la legislación nacional atribuye al profesional el pago de un impuesto y este lo carga al consumidor en una cláusula contractual, sin perjuicio de que incumbe al tribunal nacional apreciar las circunstancias concurrentes en el asunto concreto y las demás cláusulas del contrato controvertido.

Caso 15. *Sebestyén*, C-342/13, (auto 3 de abril de 2014), EU: C:2014:1857, Hungría: Conjunto de indicaciones a tener en cuenta por el juez nacional para decidir sobre la naturaleza abusiva o no de una cláusula de sometimiento exclusivo a arbitraje en un contrato de préstamo.

Caso 16. *Verein für Konsumenteninformation* (contra Amazon EU Sàrl), C-191/15, (28 de julio de 2016), EU: C:2016:61, Austria: Carácter abusivo de la cláusula de sumisión expresa a la ley del Estado del domicilio social del profesional cuando induce a error al consumidor por no incluir la previsión del artículo 6.2 del Reglamento Roma I, lo que corresponde comprobar al juez nacional.

Caso 17. *Nova Kreditna Banka Maribor*, C-405/21, (13 de octubre de 2022), EU: C:2022:793, Eslovenia: Es compatible con la Directiva 93/13 la normativa eslovena con arreglo a la cual una cláusula puede ser declarada abusiva cuando cause un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, sin tener que examinar las exigencias de buena fe del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

2.4.2.2 **Sobre el Anexo de la Directiva 93/13 según su artículo 3.3**

Caso 18. *Lovaszé Tóth*, C-34/18, (19 de septiembre de 2019), EU: C:2019:764, Hungría: Para la declaración de abusividad de una cláusula que tiene por objeto o por efecto un supuesto contenido en el Anexo también es necesario un examen complementario consistente en comprobar si la cláusula es abusiva conforme al artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13.

Caso 19. *A (Subarriendo de una vivienda social)*, C-738/19, (10 de septiembre de 2020), EU: C:2020:687, Países Bajos: Posible naturaleza abusiva de una cláusula que fija una indemnización por subarriendo ilegal por ser desproporcionadamente alta –apdo. 1, e) del anexo–.

2.4.2.3 Sobre la doble problemática del artículo 4.2 de la Directiva 93/13

Caso 20. *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid)*, C-484/08, (3 de junio de 2010), EU: C:2010:309, España: Al proporcionar una protección más elevada, es compatible con la Directiva 93/13 la normativa española que (a criterio del TJUE, inducido por el Tribunal Supremo) no exceptiona los supuestos excluidos por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

Caso 21. *RWE Vertrieb*, C-92/11, (21 de marzo de 2013), EU: C:2013:180, Alemania: La exigencia de transparencia en su aspecto material.

Caso 22. *Matei*, C-143/13, (26 de febrero de 2015), EU: C:2015:127, Rumanía: Una cláusula de variación unilateral del tipo de interés y una cláusula de percepción de una comisión de riesgos, en principio, no forman parte del objeto principal del contrato ni se refieren a la adecuación entre precio y retribución y los servicios o bienes en contraprestación, a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva, sin perjuicio de que corresponde al juez nacional su verificación.

Caso 23. *Van Hove*, C-96/14, (23 de abril de 2015), EU: C:2015:262, Francia: Aplicación analógica de las exigencias de la transparencia material en el marco de un contrato de seguro de amortización de préstamo por incapacidad total sobrevenida para trabajar.

Caso 24. *Bucura*, C-348/14, (9 de julio de 2015), EU: C:2015:447, Rumanía: Criterios sobre transparencia en un supuesto de tarjeta de crédito, poniendo en relación la Directiva 93/13 con la derogada Directiva 87/102 sobre contratos de créditos a los consumidores, en particular, que el consumidor debe tener conocimiento de todos los datos que le permitan saber el coste total del préstamo y que la ausencia de información sobre elementos esenciales del contrato juega un papel decisivo a la hora de apreciar la posible naturaleza abusiva de las cláusulas controvertidas.

Caso 25. *Andriciu y otros*, C-186/16, (20 de septiembre de 2017), EU: C:2017:703, Rumanía: Criterios interpretativos del artículo 4.2 de la Directiva,

en particular de la transparencia material, en un contrato de crédito denominado en francos suizos, aplicados por el Tribunal Supremo español al préstamo hipotecario multdivisa.

Caso 26. *Lupean y Lupean*, C-119/17, (auto, 22 de febrero de 2018), Rumanía: La cláusula de un préstamo suscrito en divisa extranjera que establece que el crédito debe ser reembolsado en la misma divisa forma parte del objeto principal del contrato y para apreciar la existencia de incumplimiento de las exigencias de la buena fe y desequilibrio importante, el juez nacional tendrá en cuenta el conjunto de las circunstancias del asunto principal, y, especialmente, la experiencia y los conocimientos del profesional en lo concerniente a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo denominado en divisa extranjera.

Caso 27. *ERSTE Bank Hungary (contra Orsolya Czakó)*, C-126/17, (auto, 22 de febrero de 2018), Hungría: En la medida en que la determinación de la suma total del préstamo dependa del tipo de cambio vigente en la fecha de liberación de los fondos, la exigencia de redacción clara y comprensible requiere que los métodos para calcular el importe realmente prestado y el tipo de cambio aplicable sean transparentes, de forma que el consumidor pueda evaluar el coste total de su préstamo.

Caso 28. *VE*, C-227/18, (auto, 8 de noviembre de 2018), Hungría: No es necesario que el profesional manifieste al consumidor que la fluctuación del tipo de cambio no está sometida a ningún límite y basta con exponer a título indicativo el importe del préstamo en moneda extranjera y el montante de las cuotas de reembolso, siempre que a resultas de la restante información proporcionada un consumidor medio pueda evaluar las consecuencias económicas del préstamo en moneda extranjera, entre ellas las que se derivan del riesgo de tipo de cambio y siempre que el mecanismo de cálculo de los importes (suma entregada y cuotas de reembolso en función de la fecha correspondiente), así como el tipo de cambio aplicable, sean expuestos de manera transparente.

Caso 29. *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, (3 de octubre de 2019), EU: C:2019:820, Hungría: La redacción clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales precisen todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes (siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto).

Caso 30. *Profi Credit Polska (contra QJ)*, C-84/19, C-222/19 y C-252/19, (3 de septiembre de 2020), EU: C:2020:631, Polonia: Cláusulas que determinan gastos de apertura, comisiones y demás costes del crédito no correspondientes a intereses: no están comprendidas en la excepción prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 cuando esas cláusulas no especifican ni la naturaleza de esos gastos ni los servicios que pretenden retribuir y están formuladas de tal modo que crean confusión en el consumidor, extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente; puede haber desequilibrio importante aunque los costes se sitúen por debajo de un límite máximo legal.

Caso 31. *BNP Paribas Personal Finance (contra VE)*, C-609/19, (20 de junio de 2021), EU: C:2021:469, Francia: Indicaciones relativas a la exigencia de transparencia y a la eventual naturaleza abusiva de cláusulas que estipulan que los pagos a plazos fijos se imputarán prioritariamente a los intereses y que prevén la prolongación de la duración del contrato y el aumento del importe de las cuotas mensuales en el marco de un contrato de préstamo indexado en moneda extranjera (moneda de cuenta, el franco suizo y moneda de pago, el euro).

Caso 32. *ERSTE Bank Hungary (contra EP y otros)*, C-670/20, (auto, 6 de diciembre de 2021), EU: C:2021:1002, Hungría: La circunstancia de que el consumidor declare ser plenamente consciente de los riesgos potenciales derivados de la celebración de un contrato de préstamo indexado en moneda extranjera carece, en sí misma, de relevancia para apreciar si el profesional ha cumplido la exigencia de transparencia.

Caso 33. *BNP Paribas Personal Finance (contra ZD)*, C-288/20, (auto, 24 de marzo de 2022), EU: C:2022:231, Francia: Indicaciones relativas al objeto principal del contrato, a la exigencia de transparencia, a la carga de la prueba sobre el carácter claro y comprensible de las cláusulas y a la eventual naturaleza abusiva de cláusulas que estipulan que el riesgo del tipo de cambio recae sobre el consumidor en el marco de un contrato de préstamo indexado en moneda extranjera (moneda de cuenta, el franco suizo y moneda de pago, el euro).

Caso 34. *BNP Paribas Personal Finance (contra AN, CN)*, C-82/20, (auto, 24 de marzo de 2022), EU: C:2022:233, Francia: En el marco de un contrato de préstamo indexado en moneda extranjera, el profesional no puede satisfacer la exigencia de transparencia proporcionando al consumidor únicamente las informaciones objetivas y abstractas que no tienen en cuenta el contexto económico actual y previsible que puede tener incidencia sobre las variaciones de los tipos de cambio.

Caso 35. *Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA*, C-263/22, (20 de abril de 2023), EU: C:2023:311, Portugal: Partiendo de lo dicho en *Van Hove*, de nuevo en el marco de un contrato de seguro, el TJUE declara que el juez nacional debe determinar si el consumidor recibió toda la información que podía tener incidencia en el alcance de sus obligaciones derivadas del mismo contrato y que le permitiese evaluar, en particular, las consecuencias derivadas de este.

CAPÍTULO 3. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13

3.2.2 Concepto de cláusulas no negociadas individualmente

Caso 36. *STING Reality*, C-853/19, (auto, 2 de julio de 2020), EU: C:2020:522, Eslovaquia: Aplicación de normas procesales nacionales para evaluar si las cláusulas del contrato de venta de inmueble han sido objeto de negociación individual, tras haber rechazado el profesional el requerimiento del juez nacional para la aportación de contratos similares al controvertido suscritos con otros consumidores.

3.3 La exclusión de las cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas y supletorias

Caso 37. *Barclays Bank*, C-280/13, (30 de abril de 2014), EU: C:2014:279, España: Con base en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las disposiciones legales y reglamentarias como los artículos 570 y 579, así como el artículo 671 de la LEC (adjudicación del bien ejecutado por parte del acreedor) cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

Caso 38. *Banco Popular Español y PL Salvador*, C-7/16, (auto, 5 de julio de 2016), EU: C:2016:523, España: La Directiva 93/13 no es aplicable a una normativa nacional (artículo 1535 del Código Civil) relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a este el precio que haya pagado por esa acción por la exclusión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 y por cuanto que ni el artículo 1535 del Código Civil ni la jurisprudencia nacional que lo interpreta pretenden determinar la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual.

Caso 39. *OTP Bank y OTP Faktoring*, C-51/17, (20 de septiembre de 2018), EU: C:2018:750, Hungría: Exclusión del ámbito de la Directiva 93/13 de la cláusula sobre el diferencial cambiario por aplicación del artículo 1.2 al haber sido sustituida por norma correctora del legislador húngaro y no exclusión de la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio.

Caso 40. *Woonhaven Antwerpen*, C-446/17, (auto, 7 de diciembre de 2017), EU: C:2017:954, Bélgica: El artículo 1.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que dicha Directiva no se aplica a las condiciones que figuran en el contrato de alquiler social celebrado entre una sociedad de alquiler social reconocida y un arrendatario, que están determinadas por una normativa nacional como la cláusula 11 del contrato-tipo que figura como anexo a la Decisión Marco sobre el alquiler social.

Caso 41. *Mikrokasa y Revenue*, C-779/18, (26 de marzo de 2020), EU: C:2020:236, Polonia: No está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 una cláusula contractual que fija el coste del crédito no correspondiente a intereses respetando el límite máximo previsto por una disposición nacional porque no refleja una disposición legal imperativa o una disposición dispositiva aplicable con carácter supletorio.

Caso 42. *Banca Transilvania*, C-81/19, (9 de julio de 2020), EU: C: 2020:532, Rumanía: Una cláusula contractual que no ha sido objeto de negociación individual, pero que refleja una norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplica entre las partes contratantes cuando estas no hayan pactado otra cosa, no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Caso 43. *Credit Europe Ipotecar IFN y Credit Europe Bank*, C-364/19, (auto, 14 de abril de 2021), EU: C:2021:306, Rumanía: Al analizar la eventual naturaleza abusiva de una cláusula, el órgano judicial debe examinar primeramente si opera la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 prevista en su artículo 1.2 y si la exclusión no procede entonces analizará la aplicación del artículo 4.2 con relación a dicha cláusula.

Caso 44. *Prima Banca Slovensko*, C-192/20, (10 de junio de 2021), EU: C:2021:480, Eslovaquia: la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a disposiciones nacionales eslovacas que imponen unos límites en los intereses e importes a percibir por la entidad bancaria al consumidor cuando se ha producido el vencimiento anticipado del préstamo.

Caso 45. *NSV Y NM*, C-87/21, (auto, 14 de octubre de 2021), EU: C:2021:860, Rumanía: Una cláusula contractual que refleja una disposición supletoria nacional queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 aunque concurren tres circunstancias: falta de evaluación por parte del legislador del equilibrio entre las partes al elaborar la disposición, falta de información y de transparencia por parte del profesional al insertar la cláusula e indicios de mala fe por parte del profesional al conocer el desequilibrio significativo creado entre las partes por la cláusula.

Caso 46. *Trapeza Peiraios*, C-243/20, (21 de diciembre de 2021), EU: C:2021:1045, Grecia. A pesar de que el artículo 8 de la Directiva 93/13 no resulta de aplicación a las cláusulas contempladas en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, dicho artículo 8 no se opone a la adopción o al mantenimiento de disposiciones de Derecho interno que tengan como efecto aplicar la Directiva 93/13 a cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas o supletorias del Derecho nacional, siempre que ello sea compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13 y con los Tratados.

Caso 47. *Zagrebacka banka*, C-567/20, (5 de mayo de 2022), EU: C:2022:352, Croacia. Las cláusulas de un apéndice a un contrato originario de préstamo inmobiliario que reflejan una reforma legal quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 por aplicación de su artículo 1.2.

CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTROVERTIDAS PLANTEADAS MAYORITARIAMENTE POR LA JUSTICIA ESPAÑOLA

4.2 La cláusula de intereses moratorios

Caso 48. *Unicaja Banco y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, (21 de enero de 2015), EU: C:2015:21, España: La disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 es compatible con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 siempre que la aplicación de dicha disposición no prejuzgue la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios por parte del juez nacional y que no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

Caso 49. *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-602/13, (auto, 11 de junio de 2015), EU: C:2015:397, España: Las normas nacionales controvertidas (disp. transitoria segunda de la Ley 1/2013 en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos) son compatibles con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 siempre que no prejuzguen la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional y que no impidan que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

Caso 50. *Banco Grupo Cajatres*, C-90/14, (auto, 8 de julio de 2015), España, EU: C:2015:465: La disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no se opone a la Directiva 93/13, siempre y cuando no impida que el juez pueda apreciar el carácter abusivo de una cláusula y pueda no aplicarla cuando aprecie que es abusiva.

Caso 51. *Ibercaja Banco (contra José Cortés González)*, C-613/15, (auto, 17 de marzo de 2016), EU: C:2016:195, España: Los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre consumidor y profesional.

Caso 52. *Banco Santander y Escobedo Cortés*, C-96/16 y C-94/17, (7 de agosto de 2018), EU: C:2018:643, España: Es compatible con la Directiva 93/13 la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que procede declarar abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos celebrados con consumidores (préstamos hipotecarios y préstamos personales) relativas a los intereses de demora cuando se fije un interés de demora superior a los dos puntos porcentuales de incremento sobre el interés remuneratorio y también lo es la que establece como consecuencia de esa declaración de abusividad la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

4.3 La cláusula abusiva de vencimiento anticipado y su sustitución por una disposición supletoria de Derecho nacional

Caso 53. *Abanca Corporación Bancaria*, C-70/17 y C-179/17, (26 de marzo de 2019), EU: C:2019:250, España: Los artículos 6 y 7 de la

Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Caso 54. *Bankia (contra Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez)*, C-92/16, (auto, 3 de julio de 2019), EU: C:2019:560, España: Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio de las partes del contrato, sustituyéndola por la nueva redacción de esta disposición legal introducida posteriormente a la celebración del contrato, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Caso 55. *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (contra Fernando Quintano Ujeta)*, C-167/16, (auto, 3 de julio de 2019), EU: C:2019:570, España : Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio de las partes del contrato, sustituyéndola por la nueva redacción de esta disposición legal introducida posteriormente a la celebración del contrato, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Caso 56. *Bankia (contra Alfredo Sánchez Martínez)*, C-486/16, (auto, 3 de julio de 2019), EU: C:2019:572, España: Sobre la vinculación de un órgano jurisdiccional de primera instancia a una resolución dictada en apelación que ordena el inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria al no fundamentarse la demanda en la cláusula abusiva sino en el artículo 693.2 LEC.

Caso 57. *CDT*, C-321/20, (auto, 4 de febrero de 2021), EU: C:2021:98, España: La cláusula de vencimiento anticipado en el marco de un contrato de

préstamo personal: el principio de seguridad jurídica frente a la doctrina de la no integración de la sentencia *Banco Español de Crédito*.

Caso 58. *Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest*, C-600/21, (8 de diciembre de 2022), EU: C:2022:980, Francia: Interpretación de *Banco Primus* a petición del Tribunal de casación francés en relación con una cláusula de vencimiento anticipado de contrato de préstamo, sin requerimiento previo, por retraso superior a treinta días en el pago de una cuota de principal, de los intereses o de las cantidades accesorias.

4.5 La cláusula suelo y los acuerdos novatorios sobre ella

Caso 59. *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, (21 de diciembre de 2016), EU: C:2016:980, España: El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de la cláusula suelo.

Caso 60. *Ibercaja Banco (contra XZ)*, C-452/18, (9 de julio de 2020), EU: C:2020:536, España: La renuncia a reclamar los efectos de una eventual declaración de abusividad de la cláusula suelo pactada originariamente puede ser compatible con el Derecho de la Unión si la renuncia procede de un consentimiento libre e informado mientras que la renuncia al ejercicio de acciones con relación a controversias futuras es siempre una cláusula abusiva que no vincula al consumidor.

Caso 61. *Ibercaja Banco (contra TJ)*, C-13/19, (auto, 3 de marzo de 2021), EU: C:2021:158, España: la exigencia de transparencia implica que cuando se celebra un contrato de novación relativo a la cláusula suelo deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación.

Caso 62. *Banco Santander (contra UP)*, C-268/19, (auto, 1 de junio de 2021), EU: C:2021:423, España: Únicamente si a la fecha de celebración de la novación el consumidor era consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo y de las consecuencias que ello conllevaba, puede considerarse válido el contrato de novación (novación celebrada antes de la STS de 9 de mayo de 2013).

4.7 La cláusula IRPH

Caso 63. Gómez del Moral Guasch, C-125/18, (3 de marzo de 2020), EU: C:2020:138, España: No es de aplicación el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 a la cláusula del índice IRPH; algunos criterios orientativos relativos al control de transparencia y, finalmente, en el eventual supuesto de declaración de nulidad de la cláusula, la sustitución del índice IRPH por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013 sería compatible con la Directiva 93/13 si el contrato no puede subsistir sin la cláusula y si, además, la anulación deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice sustitutivo tiene carácter supletorio.

Caso 64. Gómez del Moral Guasch II, C-655/20 (auto, 17 de noviembre de 2021), EU: C:2021:943, España: El artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales permiten al profesional no incluir en el contrato de préstamo hipotecario la definición completa del índice de referencia o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Caso 65. *Unión de Créditos Inmobiliarios*, C-79/21, (auto, 17 de noviembre de 2021), EU: C:2021:945, España: El artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de proporcionar al consumidor, en el momento de celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice Euribor, siempre que esa normativa y esa jurisprudencia permitan al juez comprobar no obstante que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y

razonablemente atento y perspicaz, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Caso 66. *Caixabank (contra AW)*, C-254/22, (auto, 28 de febrero de 2023), EU: C:2023:134, España: Reiteración de las indicaciones sobre la cláusula IRPH dadas en *Unión de Créditos Inmobiliarios* y en *Gómez del Moral Guasch I y II*.

4.9 La cláusula de comisión de apertura

Caso 67. *Caixabank (contra X)*, C-565/21, (16 de marzo de 2023), EU: C:2023:212, España: La jurisprudencia del Tribunal Supremo que no considera abusiva la cláusula de comisión de apertura es compatible con el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 siempre que exista un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pudiendo ser abusiva una cláusula de comisión de apertura si no se han prestado los servicios de estudio y tramitación del préstamo o bien cuando la comisión sea desproporcionada en función del importe del préstamo –situaciones que, en principio, difícilmente se darán–.

CAPÍTULO 5. CONTRIBUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA DEFINICIÓN DE LOS EFECTOS DE LA IDENTIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

5.2 Efectos de la identificación de una cláusula abusiva

Caso 68. *Pereničová y Perenič*, C-453/10, (15 de marzo de 2012), EU: C:2012:144, Eslovaquia: Para determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas el juez nacional debe adoptar un enfoque objetivo, no pudiendo basarse en el carácter eventualmente favorable para el consumidor de la anulación de dicho contrato en su conjunto.

Caso 69. *Kásler y Káslerné Rábai* (también conocida como *Kásler*), C-26/13, EU: C:2014:282, (30 de abril de 2014), Hungría: Por primera vez, la

compatibilidad con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 de la sustitución de la cláusula abusiva nula por una disposición supletoria de Derecho nacional.

Caso 70. *Sziber*, C-483/16, (31 de mayo de 2018), EU: C:2018:367, Hungría: No se opone al artículo 7 de la Directiva 93/13 la legislación húngara que establece requisitos procesales para las demandas de los consumidores relativas a la nulidad de cláusulas contractuales –en particular, la aportación de una liquidación de cuentas resultante de la nulidad– siempre que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en tal contrato permita restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dichas cláusulas abusivas.

Caso 71. *Dunai*, C-118/17, (14 de marzo de 2019), EU: C:2019:207, Hungría: El artículo 6.1 de la Directiva 93/3 se opone a la legislación nacional húngara que impide al juez que conoce del asunto, en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, estimar una pretensión de anulación de un contrato de préstamo basada en el carácter abusivo de una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, cuando se aprecie su carácter abusivo y la imposibilidad de que el contrato subsista sin ella.

Caso 72. *GT*, C-38/17, (5 de junio de 2019), EU: C:2019:461, Hungría: El tribunal remitente debería considerar nulo el contrato de préstamo en contra de lo previsto por la legislación húngara, tal como la interpreta la Kúria, si comprueba que se dan de forma acumulativa las circunstancias de que la cláusula controvertida –relativa a la fijación del tipo de cambio– no ha sido redactada de manera clara y comprensible, tiene naturaleza abusiva y el contrato de préstamo no puede subsistir sin ella.

Caso 73. *Dziubak*, C-260/18, (3 de octubre de 2019), EU: C:2019:819, Polonia: El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, tras haber constatado el carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera, considere, conforme a su Derecho interno, que ese contrato no puede subsistir sin tales cláusulas debido a que su supresión tendría como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato.

Caso 74. *Topaz*, C-211/17, (auto, 24 de octubre de 2019), EU: C:2019:906, Rumanía: Cláusulas eventualmente abusivas en el marco de un contrato de promesa de compraventa de inmueble: el juez nacional no puede remediar la nulidad de tales cláusulas abusivas sustituyéndolas por su propia

decisión, a menos que el contrato no pueda subsistir en caso de que se eliminen las cláusulas abusivas y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Caso 75. *Kanyeba*, C-349/18 a C-351/18, (7 de noviembre de 2019), EU: C:2019:936, Bélgica: En relación con una cláusula penal de aplicación a un viajero en tren sin billete, se opone a la Directiva 93/13 que un juez nacional sustituya la cláusula –en caso de ser abusiva– por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, salvo que el contrato controvertido no pueda subsistir en caso de supresión de la cláusula abusiva y si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias particularmente perjudiciales.

Caso 76. *Caixabank (contra CY)* –también referenciada como *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*–, C-224/19 y C-259/19, (16 de julio de 2020), EU: C:2020:578, España: Sobre la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que regulan el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula determinante de dicho reparto y sobre la incompatibilidad con la Directiva 93/13 del artículo 394.2 LEC en materia de costas.

Caso 77. *Banca B.*, C-269/19, (25 de noviembre de 2020), EU: C:2020:954, Rumanía: Tras la anulación de la cláusula abusiva, cuando el contrato no puede subsistir y no hay disposición nacional supletoria, el juez puede emplazar a las partes a negociar siempre que establezca el marco para las negociaciones y estas se dirijan a establecer un equilibrio real.

Caso 78. *Dexia*, C-229/19 y C-289/19, (27 de enero de 2021), EU: C:2021:68, Países Bajos. En el marco de un contrato aleatorio (arrendamiento financiero de acciones), al declararse nula por abusiva una cláusula, no cabe la sustitución por la disposición supletoria nacional y, por ende, no procede la indemnización establecida por dicha disposición supletoria en favor del profesional, si el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva.

Caso 79. *Bank BPH*, C-19/20, (29 de abril de 2021), EU: C:2021:341, Polonia: Es compatible con la Directiva 93/13 que el juez nacional suprima únicamente el elemento abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor siempre que ese elemento consista en una obligación contractual diferenciada y susceptible de ser objeto de un examen individualizado de su carácter abusivo.

Caso 80. *OTP Jelzálogbank y otros*, C-932/19, (2 de septiembre de 2021), EU: C:2021:341, Hungría: Es compatible con la Directiva 93/13 la legislación húngara que obliga al juez nacional a sustituir la cláusula nula relativa al diferencial cambiario por una disposición de Derecho nacional, siempre que el juez nacional pueda comprobar que ello permite restablecer efectivamente la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva.

Caso 81. *A. S. A.*, C-212/20, (18 de noviembre de 2021), EU: C:2021:934, Polonia: Es contrario a la Directiva 93/13 que el juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor lleve a cabo la interpretación de dicha cláusula para paliar su carácter abusivo, aun cuando esa interpretación corresponda a la voluntad común de las partes contractuales.

Caso 82. *Lombard Lízing*, C-472/20, (31 de marzo de 2022), EU: C:2022:242, Hungría: Un dictamen no vinculante de un tribunal supremo de un Estado miembro, como el dictamen de la Kúria, no puede asimilarse a una disposición supletoria de Derecho nacional a los fines de sustituir a una cláusula de un contrato de préstamo considerada abusiva.

Caso 83. *D. B. P.*, C-80/21 a C-82/21, (8 de septiembre de 2022), EU: C: 2022:646, Polonia: Si el consumidor ha sido informado sobre las consecuencias de la nulidad del contrato y ha aceptado dichas consecuencias, no procede la sustitución de la cláusula abusiva anulada por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio.

Caso 84. *S*, C-566/21, (auto, 7 de diciembre de 2022), EU: C: 2022:980, Rumanía: Cuando el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva lo que procede es la exclusión de esta, siendo incompatible con la Directiva 93/13 que el juez conceda al consumidor la revisión de la cláusula abusiva en el sentido de que una facultad a favor del profesional de conversión en moneda nacional de la divisa en que se había denominado el contrato de préstamo pueda ser revertida en favor del consumidor.

Caso 85. *GUPFINGER Einrichtungsstudio*, C-625/21, (8 de diciembre de 2022), EU: C: 2022:971, Austria: En un supuesto de indemnización en favor del profesional por resolución sin causa justificada del contrato de venta por parte del consumidor, previendo la cláusula controvertida la posibilidad de elección a instancia del profesional entre una indemnización equivalente al veinte por ciento del valor del contrato o bien por el perjuicio efectivamente

causado y en el caso de considerarse abusiva por el juez nacional la cláusula penal que prevé esa situación, no puede aplicarse la disposición supletoria del Derecho nacional –coincidente con la segunda opción de que disfruta el profesional–, salvo que el contrato de venta no pueda subsistir sin la cláusula penal, siendo irrelevante que la eliminación de la cláusula de indemnización abusiva tenga el efecto de liberar al consumidor de cualquier obligación de indemnizar.

Caso 86. *D. V.*, C-395/21, (12 de enero de 2023), EU: C:2023:14, Lituania: Falta de transparencia de la cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos que fija el precio de los servicios según el principio de tarifa por hora sin otras indicaciones necesarias, lo que podría tener como efecto, eventualmente, que el profesional no perciba remuneración alguna por sus servicios en función de las diferentes prevenciones establecidas por el Derecho nacional.

Caso 87. *TBI Bank*, C-379/21, (auto, 17 de enero de 2023), EU: C:2023:29, Bulgaria: Cuando en una reclamación de un profesional el tribunal nacional no puede distinguir las cantidades que corresponden a la aplicación de las cláusulas abusivas –porque el profesional no ha facilitado esa diferenciación en la petición– el tribunal nacional está obligado a desestimar íntegramente la demanda.

Caso 88. *M. B. y otros*, C-6/22, (16 de marzo de 2023), Polonia: Aunque no cabe la sustitución de la cláusula abusiva por una norma de Derecho nacional que no tenga carácter de disposición supletoria, el juez nacional tiene que adoptar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias perjudiciales que pudiera provocarle la anulación del contrato.

Caso 89. *AxFina Hungary*, C-705/21, (27 de abril de 2023), EU: C:2023:352, Hungría: Las disposiciones supletorias que pueden sustituir a las cláusulas abusivas en casos excepcionales –cuando la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales– no pueden ser de naturaleza genérica y deben sustituir útilmente la cláusula abusiva mediante una mera sustitución por el juez nacional que no requiera una acción por parte de dicho juez que equivalga a revisar el contenido de una cláusula abusiva de dicho contrato.

Caso 90. *Bank M*, C-520/21, (15 de junio de 2023), EU: C:2023:478, Polonia: Declarada la anulación de un contrato de préstamo hipotecario en su

totalidad, la Directiva 93/13 no se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a solicitar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad. Ahora bien, el profesional no tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento.

5.3 El inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones reparatorias a resultas de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva

Caso 91. *Raiffeisen Bank*, C-698/18 y C-699/18, (9 de julio de 2020), EU: C:2020:537, Rumanía: Es incompatible con la Directiva 93/13 y con los principios de efectividad y equivalencia una interpretación jurisdiccional de la normativa rumana con arreglo a la cual la acción de restitución de las cantidades abonadas a resultas de una cláusula abusiva queda sujeta a un plazo de prescripción de tres años que comienza a correr desde el cumplimiento íntegro del contrato en el que figura dicha cláusula.

Caso 92. *Profi Credit Slovakia*, C-485/19, (22 de abril de 2021), EU: C:2021:313, Eslovaquia: Vulnera el principio de efectividad la normativa eslovaca que determina que el plazo de prescripción de tres años para el ejercicio de la acción reparatoria de cantidades abonadas a resultas de una cláusula abusiva comienza a correr en la fecha en la que se produce el enriquecimiento injusto.

Caso 93. *BNP Paribas Personal Finance (contra VB y otros)*, C-776/19 a C-782/19, (10 de junio de 2021), EU: C:2021:470, Francia: Es contraria a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad la normativa nacional francesa que determina que el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de la acción de devolución de cantidades abonadas a resultas de una cláusula abusiva empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo.

CAPÍTULO 6. CONDICIONES DE COMPATIBILIDAD DE LOS REGISTROS NACIONALES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Caso 94. *Biuro podrózy «Partner»*, C-119/15, (21 de diciembre de 2016), EU: C:2016:987, Polonia: El registro polaco de condiciones declaradas abusivas judicialmente es compatible con el Derecho de la Unión, a condición de que el profesional pueda recurrir tanto contra la resolución que declara la equivalencia de su cláusula con la incluida en el registro, como contra la resolución que fije, en su caso, el importe de la multa, correspondiendo al juez nacional la comprobación sobre si esa doble condición se cumple o no.

CAPÍTULO 7. RELACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13 CON NORMATIVAS SECTORIALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Caso 95. *Air Berlin*, C-290/16, (6 de julio de 2017), EU: C:2017:523, Alemania. La Directiva 93/13 es una directiva general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de actividad económica, por lo que para que no resulte de aplicación a un ámbito concreto es necesario que existan disposiciones que exprese y claramente así lo dispongan, lo que no sucede en el caso en cuestión (explotación de servicios aéreos).

Caso 96. *DelayFix*, C-519/19, (18 de noviembre de 2020), EU: C:2020:933, Polonia: En supuestos de cesión de créditos a una agencia de gestión de cobro el hecho de que los litigios se sustancien únicamente entre profesionales no impide la aplicación de la Directiva 93/13 en la medida en que el ámbito de aplicación de esta no depende de la identidad de las partes del litigio, sino de la calidad de las partes en el contrato.

CAPÍTULO 8. LA DOCTRINA DE LA OBLIGADA ACTUACIÓN DE OFICIO DEL JUEZ EN EL MARCO DE LA DIRECTIVA 93/13

Caso 97. *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98 a C-244/98, (27 de junio de 2000), EU: C:2000:346, España: La necesidad de que el juez nacional esté facultado para apreciar de oficio el carácter abusivo

de una cláusula en un contrato de consumidores, como único medio para alcanzar la protección efectiva del consumidor con arreglo al objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva 93/13.

Caso 98. *Cofidis*: C-473/00, (21 de noviembre de 2002), EU: C:2002:705, Francia: La facultad de un tribunal nacional de examinar de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor el carácter abusivo de una cláusula no se puede hacer depender de la observancia de un plazo de preclusión.

Caso 99. *Mostaza Claro*, C-186/05, (26 de octubre de 2006), EU: C:2006:675, España: La equiparación del rango de determinadas disposiciones de la Directiva 93/13 a las normas nacionales de orden público en el marco de un procedimiento de nulidad del laudo arbitral.

Caso 100. *Pannon GSM*, C-243/08, (4 de junio de 2009), EU: C:2009:350, Hungría: La plena transformación de la facultad en obligación del juez.

Caso 101. *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, (9 de noviembre de 2010), EU: C:2010:659, Hungría: La obligación del juez nacional de acordar de oficio diligencias de prueba cuando ello sea necesario para determinar si una cláusula es abusiva.

Caso 102. *Pohotovost'* (contra Iveta Korckovska), C-76/10, (auto, 16 de noviembre de 2010), EU: C:2010:685, Eslovaquia: Aplicación del principio de equivalencia de orden público no solo en situaciones procedimentales como la cláusula de sometimiento a arbitraje (*Asturcom Telecomunicaciones*), sino también en relación con el contenido sustantivo del laudo arbitral, es decir, aplicación a una cláusula que impone intereses moratorios abusivos.

Caso 103. *Banif Plus Bank*, C-472/11, (21 de febrero de 2013), EU: C:2013:88, Hungría: La obligación del juez de informar a las partes sobre la posible existencia de la cláusula abusiva y de instarles a que debatan el asunto de forma contradictoria según las formas previstas por las reglas procesales nacionales.

Caso 104. *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, (30 de mayo de 2013), EU: C:2013:341, Países Bajos. La Directiva 93/13 se aplica a los contratos de arrendamiento de vivienda a consumidores a reserva de las cláusulas que reflejen disposiciones imperativas del Derecho nacional.

Caso 105. *Lintner*, C-511/17, (11 de marzo de 2020), EU: C:2020:188, Hungría: El juez nacional no está obligado a examinar de oficio e individualmente todas las demás cláusulas contractuales que no han sido impugnadas por el consumidor, con el fin de verificar si pueden considerarse abusivas, sino que únicamente debe examinar aquellas cláusulas que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes, debiendo acordar, si es necesario de oficio, diligencias de prueba, requiriendo a las partes para que aporten aclaraciones y documentos al efecto.

Caso 106. *Kancelaria Medius*, C-495/19, (4 de junio de 2020), EU: C:2020:431, Polonia: El artículo 7.1 de la Directiva 93/13 se opone a la interpretación de una disposición nacional polaca que impediría al juez que debe resolver una demanda presentada por un profesional contra un consumidor en rebeldía adoptar las diligencias de prueba necesarias para examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda cuando ese juez alberga dudas sobre el carácter abusivo de tales cláusulas.

CAPÍTULO 9. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LA TUTELA DEL CONSUMIDOR

9.2 Análisis jurisprudencial relativo a la competencia territorial

Caso 107. *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, C-413/12, (5 de diciembre de 2013), EU: C:2013:800, España: Compatibilidad con la Directiva 93/13 de la obligación por parte de la asociación de consumidores de presentar la acción de cesación ante el juez del establecimiento o domicilio del profesional demandado.

Caso 108. *IJDF Italy*, C-344/17, (auto, 30 de noviembre de 2017), EU: C:2017:924, Italia: La Directiva 93/13 no es aplicable en el contexto de un litigio relativo a la determinación de la competencia jurisdiccional concerniente a asuntos conexos, ya que, según el TJUE, dicho litigio no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Caso 109. *Aqua Med*, C-266/18, (3 de abril de 2019), EU: C:2019:282, Polonia: Las normas procesales polacas que permiten al profesional demandante elegir, en el caso de una demanda en la que se alega el incumplimiento de un contrato por parte del consumidor, entre el órgano judicial competente

del domicilio del demandado y el del lugar de ejecución del contrato, son compatibles con la Directiva 93/13, salvo que la elección del lugar de cumplimiento del contrato suponga para el consumidor condiciones procesales que puedan restringir excesivamente el derecho a la tutela judicial efectiva que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.

9.3 Análisis jurisprudencial relativo a la competencia objetiva por razón de la materia

Caso 110. *Baczó y Vizsnyiczai* (también referenciada como *Nóra Baczó*), C-567/13, (12 de febrero de 2015), EU: C:2015:88, Hungría: Cumplimiento del principio de efectividad por parte de la norma procesal húngara de atribución a los tribunales provinciales de la competencia para las acciones de declaración de naturaleza abusiva de las cláusulas.

9.4 Distribución de competencias o funciones entre el TJUE y los tribunales nacionales

Caso 111. *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, (1 de abril de 2004), EU: C:2004:209, Alemania: El TJUE es competente para establecer los criterios que sirven de base para la calificación de la naturaleza abusiva de una cláusula, correspondiendo la apreciación de la cláusula controvertida a la competencia del juez nacional en función de las circunstancias concurrentes en el asunto enjuiciado.

CAPÍTULO 10. CONCRECIÓN DE CIERTAS REGLAS Y PRINCIPIOS PROCESALES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TJUE

10.2.1 Jurisprudencia del TJUE en materia de acciones colectivas: su relación con las acciones individuales

Caso 112. *Invitel*, C-472/10, (26 de abril de 2012), EU: C:2012:242, Hungría: Obligación de los tribunales de aplicar de oficio todas las consecuencias también en el futuro a fin de que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las

mismas condiciones generales no estén vinculados por una cláusula declarada abusiva en el marco de una acción de cesación.

Caso 113. *Sales Sinués*, C-381/14 y C-385/14, (14 de abril de 2016), EU: C:2016:909, España: La normativa procesal española que –según el TJUE– obliga al juez a suspender la acción individual de declaración de abusividad de cláusula en espera de sentencia firme en la acción colectiva (artículo 43 LEC) es incompatible con el artículo 7 de la Directiva 93/13.

10.2.2 **Jurisprudencia del TJUE en materia de asociaciones de consumidores: su intervención en acciones individuales**

Caso 114. *Pohotovost' (contra Miroslav Vasuta)*, C-470/12, (27 de febrero de 2014), EU: C:2014:101, Eslovaquia: Es compatible con la Directiva 93/13 y con los artículos 38 y 47 de la Carta la normativa nacional eslovaca que no permite la intervención procesal de una asociación de consumidores en el marco de la ejecución de un laudo arbitral.

10.3 **El principio de equivalencia de orden público**

Caso 115. *Jorös*, C-397/11, (30 de mayo de 2013), EU: C:2013:340, Hungría: Aplicación del principio de equivalencia de orden público en virtud del cual el tribunal de apelación debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando el juez nacional que resuelve en apelación dispone de esa competencia en las situaciones de naturaleza interna, ya que la situación controvertida afecta a la salvaguardia de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor.

10.4 **El principio de igualdad de armas**

Caso 116. *Sánchez Morcillo* (también conocido como *Sánchez Morcillo y Abril García*), C-169/14, (17 de julio de 2014), EU: C:2014:2099, España: El artículo 695 LEC es contrario al principio de igualdad procesal porque el deudor ejecutado no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestima su oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusula abusiva mientras que el acreedor ejecutante puede interponer

recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

Caso 117. *Sánchez Morcillo II* (también conocido como *Sánchez Morcillo y Abril García II*), C-539/14, (auto, 16 de julio de 2015), EU: C:2015:508, España: Una vez reformado el artículo 695.4 LEC, dicho precepto es compatible con la Directiva 93/13 y con los artículos 7 y 47 de la Carta porque los motivos de recurso de apelación ajenos a la existencia de cláusulas abusivas no entran en el ámbito del Derecho de la Unión (al no acreditarse la vinculación de una norma del Derecho de la Unión aplicable *in concreto*).

10.5 El principio de cosa juzgada

Caso 118. *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, (6 de octubre de 2009), EU: C:2009:615, España: El principio de cosa juzgada frente a la aplicación de oficio del Derecho de la Unión Europea en el marco de la ejecución de un laudo arbitral.

Caso 119. *Banco Primus*, C-421/14, (26 de enero de 2017), EU: C:2017:60, España: Incluso habiéndose adoptado resolución judicial con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de una o varias cláusulas cuando no haya llevado a cabo el juicio de abusividad de esa cláusula o cláusulas en el control judicial anterior del contrato controvertido que dio lugar a la resolución firme.

Caso 120. *Ibercaja Banco (contra MA)*, C-600/19, (17 de mayo de 2022), EU: C:2022:394, España: Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación económica.

Caso 121. *SPV Project 1503, C-693/19 y C-831/19* (17 de mayo de 2022), EU: C:2022:395, Italia: El juez que conoce la ejecución de un requerimiento de pago con fuerza de cosa juzgada que no ha sido objeto de oposición por parte del deudor, ni ha sido objeto de control de oficio motivado sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en la expedición del requerimiento, debe poder controlar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato en las que se fundamenta dicho requerimiento.

10.6 Cuestiones relativas al plazo para formular oposición

Caso 122. *BBVA, C-8/14*, (29 de octubre de 2015), EU: C:2015:731, España: Incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 porque el plazo para formular oposición se calcula a partir del día siguiente a la publicación de dicha ley en el BOE sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición, por lo que no se garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa.

Caso 123. *BNP Paribas Personal Finance (contra MF), C-75/19*, (auto, 6 de noviembre de 2019), EU: C:2019:950, Rumanía: Es contraria a la Directiva 93/13 la legislación procesal rumana que concede al consumidor un plazo de únicamente quince días para formular la oposición a la demanda ejecutiva por impago de un préstamo, con base en la existencia de cláusulas abusivas en el título en el que se funda la ejecución, aun cuando el consumidor disponga de una acción ordinaria no sujeta a plazo para la declaración del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo.

10.7 Exigencia de fianza para suspender la ejecución

Caso 124. *Impuls Leasing Romania, C-725/19*, (17 de mayo de 2022), EU: C:2022:396, Rumanía: La legislación rumana es incompatible con la Directiva 93/13 porque no permite que el juez que sustancia la ejecución, conociendo de una oposición a la ejecución, aprecie, de oficio o instancia del consumidor, la naturaleza abusiva de las cláusulas del contrato que constituye título ejecutivo, mientras que el juez que conoce de la acción declarativa para el examen de la abusividad de las cláusulas únicamente puede suspender la ejecución si el consumidor constituye una fianza.

Caso 125. *BRD Groupe Société Générale y Next Capital Solutions*, C-200/21, (4 de mayo de 2023), EU: C:2023:380, Rumanía: Incompatibilidad de la normativa rumana con la Directiva 93/13, dado que la suspensión de la ejecución forzosa por la existencia de cláusulas abusivas en el título sobre el que se basa la ejecución no puede ser solicitada por el consumidor en el procedimiento de ejecución fuera del plazo de quince días y, cuando es solicitada en el proceso declarativo no sujeto a plazo, exige la constitución de fianza cuyo importe puede disuadir al consumidor de ejercitar la acción, si bien este extremo corresponde comprobarlo al juez nacional, precisión añadida a lo declarado en *Impuls Leasing Romania*.

10.8 Adopción de medidas cautelares

Caso 126. *Fernández Oliva*, C-568/14 a C-570/14, (auto, 26 de octubre de 2016), EU: C:2016:828, España: La normativa española que prohíbe al juez la adopción de oficio de medidas cautelares (artículo 721.2 LEC) en el marco de una acción de un consumidor para la declaración como abusiva de una cláusula es incompatible con el artículo 7 de la Directiva 93/13.

Caso 127. *Getin Noble Bank*, C-287/22, (15 de junio de 2023), EU: C:2023:491, Polonia: Se opone a la Directiva 93/13 la jurisprudencia polaca según la cual el órgano jurisdiccional nacional puede desestimar la solicitud de medidas cautelares de un consumidor destinada a que, a la espera de una resolución definitiva sobre la anulación del contrato de préstamo celebrado por el consumidor por contener cláusulas abusivas, se suspenda el pago de las cuotas mensuales derivadas de dicho contrato de préstamo, cuando esas medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la referida resolución.

10.9 *Reformatio in peius*

Caso 128. *Unicaja Banco*, C-869/19, (17 de mayo de 2022), EU: C:2022:397, España: El principio de prohibición de la *reformatio in peius* queda desvirtuado en el marco de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente

pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva, debiendo el tribunal decretar la restitución íntegra de esas cantidades cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este.

10.10 Cuestiones sobre condena en costas al profesional

Caso 129. *Caixabank (contra EL, TP)*, C-385/20, (7 de abril de 2022), EU: C:2022:278, España: El límite máximo de la tercera parte de la cuantía del litigio para los honorarios del abogado en el marco de la tasación de costas fijado por el artículo 394.3 LEC es compatible con la Directiva 93/13, pero podría ser objeto de excepción cuando el juez considere que dicho límite máximo no permite al consumidor obtener el reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente como consecuencia del procedimiento instado.

Caso 130. *Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U.*, C-215/21, (22 de septiembre de 2022), EU: C:2022:723, España: En el marco de litigios de consumidores, en los supuestos de satisfacción extraprocésal del artículo 22.1 LEC, el juez tiene que tener en cuenta imperativamente la eventual mala fe del profesional y condenarlo en costas en ese caso, considerándose uno de los supuestos de mala fe cuando el profesional recibe el requerimiento extrajudicial efectuado por el consumidor anteriormente a la presentación de la demanda, asimilándose de esta forma el tratamiento de la satisfacción extraprocésal en materia de costas al del allanamiento previsto en el artículo 395.1 LEC.

10.11 Introducción de nuevo recurso y de instancia adicional

Caso 131. *SC Banca E*, C-381/19, (auto, 15 de enero de 2020), EU: C:2020:67, Rumanía: No se opone a los principios de seguridad jurídica y efectividad una norma procesal rumana que modifica el sistema de recursos internos introduciendo un recurso y una instancia adicionales y que se aplica a un procedimiento en curso porque el nuevo recurso está abierto tanto al profesional como al consumidor.

CAPÍTULO 11. LA REVISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES NACIONALES, ASÍ COMO DEL MONITORIO EUROPEO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TUTELA DEL CONSUMIDOR A RESULTAS DE LA DOCTRINA DEL TJUE

11.2 El procedimiento de ejecución hipotecaria. La gran convulsión: Aziz y sus consecuencias

Caso 132. *Aziz*, C-415/11, (14 de marzo de 2013), EU: C:2013:164, España: El procedimiento de ejecución hipotecaria español es incompatible con la Directiva 93/13 porque no prevé la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de cláusulas contractuales, dándose la circunstancia de que no le está permitido al juez que conoce del procedimiento declarativo sobre nulidad de las cláusulas contractuales abusivas la adopción de medidas cautelares, en especial, la suspensión de la ejecución.

Caso 133. *Banco Popular Español* (también referenciado como *Banco Popular Español y Banco de Valencia*), C-537/12 y C-116/13, (auto, 14 de noviembre de 2013), EU: C:2013:759, España: Idénticas conclusiones que en *Aziz*, alcanzadas en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y no de un declarativo como sucedía en *Aziz*, con particular referencia a los criterios para que el juez nacional pueda apreciar el posible carácter abusivo de la cláusula sobre vencimiento anticipado.

Caso 134. *Addiko Bank*, C-407/18, (26 de junio de 2019), EU: C:2019:537, Eslovenia: La legislación eslovena sobre ejecución forzosa es incompatible con la Directiva 93/13 y con el principio de efectividad porque el juez nacional no dispone de la posibilidad de examinar, ni a instancia del consumidor ni de oficio, si las cláusulas contenidas en el contrato de crédito hipotecario presentan un carácter abusivo ni de suspender sobre esta base la ejecución forzosa solicitada.

11.3 El procedimiento de ejecución extrajudicial

Caso 135. *Kušionová*, C-34/13, (10 de septiembre de 2014), EU: C:2014:2189, Eslovaquia: La legislación eslovaca sobre ejecución extrajudicial es compatible con la Directiva 93/13 siempre que esa normativa no haga

imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al juez nacional.

Caso 136. *ERSTE Bank Hungary (contra Attila Sugár)*, C-32/14, (1 de octubre de 2015), EU: C:2015:637, Hungría: La legislación húngara sobre ejecución notarial es compatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13.

Caso 137. *Banco Santander (contra Cristobalina Sánchez López)*, C-598/15, (7 de diciembre de 2017), EU: C:2017:945, España: Es compatible con la Directiva 93/13 la utilización del procedimiento de ejecución extrajudicial para conseguir e inscribir el título de propiedad en combinación con el procedimiento del artículo 250.1.7.º de la LEC para obtener, posteriormente, la posesión de la vivienda, sin que ni en uno ni en otro exista control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

11.4 El procedimiento monitorio

11.4.1 A nivel nacional

Caso 138. *Banco Español de Crédito*, C-618/10, (14 de junio de 2012), EU: C:2012:349, España: El procedimiento monitorio español (arts. 815.1 y 818.1 LEC) se opone a la Directiva 93/13 porque no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, pueda examinar de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no ha formulado oposición.

Caso 139. *Finanmadrid EFC*, C-49/14, (18 de febrero de 2016), EU: C:2016:98, España: la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa procesal española porque esta, por un lado, preveía que era el secretario judicial el que dictaba el requerimiento de pago, no figurando entre sus competencias la apreciación del carácter eventualmente abusivo de una cláusula contenida en un contrato que sirve de fundamento al crédito, y, por otro lado, no permitía al juez que conoce la ejecución de ese requerimiento de pago –convertido en decreto de terminación del monitorio– llevar a cabo la

apreciación sobre la posible existencia de cláusulas abusivas ya que dicha resolución ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

Caso 140. *Aktiv Kapital Portfolio*, C-122/14, (auto, 21 de junio de 2016), EU: C:2016:486, España: La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución de un auto de conclusión de un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que haya dado lugar a ese auto, cuando, por falta de oposición del consumidor en el proceso monitorio, el juez que haya dictado el auto no estuviera facultado para proceder a ese examen.

Caso 141. *Profi Credit Polska (contra Mariusz Wawrzosek)*, C-176/17, (13 de septiembre de 2018), EU: C:2018:711, Polonia: El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a un procedimiento que permite expedir un requerimiento de pago, cuando el juez que conoce de una demanda de requerimiento de pago no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato controvertido, ya que los requisitos para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la citada Directiva.

Caso 142. *EOS KSI Slovensko*, C-448/17, (20 de septiembre de 2018), EU: C:2018:745, Eslovaquia: El procedimiento monitorio eslovaco es incompatible con la Directiva 93/13 ya que, a pesar de prever en la fase en que se dicta un requerimiento de pago contra un consumidor el control del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, por una parte, confía a un funcionario de un órgano jurisdiccional que no tiene la condición de magistrado la competencia de emitir ese requerimiento de pago y, por otra, prevé un plazo de quince días para formular oposición y exige que esta última deba motivarse en cuanto al fondo, siempre que tal control de oficio no esté previsto en la fase de la ejecución del referido requerimiento, lo que corresponde comprobar al juez remitente.

Caso 143. *PKO Bank Polski*, C-632/17, (auto, 28 de noviembre de 2018), EU: C:2018:963, Polonia: El artículo 7.1 de la Directiva 93/13 y el artículo 10 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de

que se oponen a una normativa nacional que permite expedir un requerimiento de pago, basado en un extracto de los libros de contabilidad de un banco, cuando el juez que conoce de una demanda de requerimiento de pago no tiene la facultad de proceder a un examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas de dicho contrato, ya que las modalidades para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de las citadas Directivas.

Caso 144. *Profi Credit Polska (contra Bogumila Wlostowska y otros)*, C-419/18 y C-483/18, (7 de noviembre de 2019), EU: C:2019:930, Polonia: El pagaré en blanco previsto por la legislación polaca es compatible con la Directiva 93/13 con la única particularidad de que el previo acuerdo cambiario que determine las condiciones en las que el pagaré podrá ser completado –preceptivo con arreglo a la legislación polaca–, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y al artículo 10 de la Directiva 2008/48, pudiendo el juez nacional exigir al profesional que presente el documento donde consta el clausulado.

Caso 145. *DSK Bank y FrontEx International*, C-807/19, (auto, 26 de noviembre de 2020), EU: C:2020:967, Bulgaria: El juez que conoce de una solicitud de proceso monitorio, por un lado, no puede prescindir del examen del carácter eventualmente abusivo de la cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, debido a dificultades prácticas, como la carga de trabajo que recae sobre él, y, por otro lado, puede solicitar de oficio al acreedor información adicional cuando el consumidor no ha formulado oposición y si el juez presume que la solicitud está basada en una cláusula abusiva.

Caso 146. *Profi Credit Bulgaria*, C-170/21, (30 de junio de 2022), EU: C:2022:518, Bulgaria: En el marco de una petición de requerimiento de pago, entre las consecuencias que debe deducir un juez cuando aprecia la naturaleza abusiva de una cláusula en el contrato sobre el que se basa la petición de requerimiento, en principio, no está la de realizar la compensación de oficio entre el pago indebido efectuado a consecuencia de la cláusula abusiva y el saldo adeudado a resultados del contrato.

11.4.2 A nivel europeo

Caso 147. *Bondora*, C-453/18 y C-494/18, (19 de diciembre de 2019), EU: C:2019:1118, España: El Reglamento 1896/2006 que establece el proceso monitorio europeo y la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que el juez puede pedir al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas contractuales con el fin de controlar de oficio la eventual naturaleza abusiva de esas cláusulas.

11.5 El expediente de jura de cuentas español

Caso 148. *Margarit Panicello*, C-503/15, (16 de febrero de 2017), EU: C:2017:126, España: incompetencia del secretario judicial para plantear cuestión prejudicial en el marco de un procedimiento de jura de cuentas y su posible incompatibilidad con la Directiva 93/13, con la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales y con el artículo 47 de la Carta.

Caso 149. *Barba Giménez*, C-426/17, (auto 25 de octubre de 2018), EU: C:2018:858, España: Inadmisibilidad motivada por el hecho de que la respuesta a las cuestiones prejudiciales no le resulta necesaria al Juzgado de lo Social para resolver el litigio en relación con el cual han sido formuladas, habiendo planteado dicho juzgado la posible incompatibilidad del procedimiento de jura de cuentas con la Directiva 93/13 en relación con la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales y con el artículo 47 de la Carta.

Caso 150. *Vicente*, C-335/21, (22 de septiembre de 2022), EU: C: 2022:720, España: Incompatibilidad del proceso de jura de cuentas previsto en los artículos 34 y 35 de la LEC con la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta.

11.6 El procedimiento concursal

Caso 151. *Radlinger y Radlingerová*, C/377/14, (21 de abril de 2016), EU: C:2016:283, Chequia: La obligada actuación de oficio también corresponde al juez concursal en el marco de un procedimiento concursal respecto del examen del carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en dicho procedimiento.

Nota informativa: Cómputo de sentencias y autos interpretadores de la Directiva 93/13 objeto de análisis por Estado miembro.

España: 48.
Hungría: 22.
Rumanía: 20.
Polonia: 18.
Eslovaquia: 8.
Francia: 8.
Bulgaria: 4.
Italia: 4.
Alemania: 3.
Bélgica: 3.
Países Bajos: 3.
Austria: 2.
Eslovenia: 2.
Lituania: 2.
Chequia: 1.
Croacia: 1.
Grecia: 1.
Portugal: 1.

ANEXO 4

SENTENCIAS Y AUTO DEL TJUE NO INTERPRETADORES DE LA DIRECTIVA 93/13 CITADOS

Asunto C-29/69, sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1969. Eric Stauder/Stadt Ulm, Sozialamt. Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht, Stuttgart, Alemania. EU: C:1969:57.

Asunto C-11/70, sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970. Internationale Handelsgesellschaft mbH /Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht, Frankfurt am Main, Alemania. EU: C:1970:114.

Asunto C-33/76, sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1976. Rewe-Zentralfinanz eG y Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht, Alemania. EU: C:1976:188.

Asunto C-106/77, sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978. Amministrazione delle Finanze dello Stato/SpA Simmenthal. Petición de decisión prejudicial planteada por el Pretore de Susa, Italia. EU: C:1978:49.

Asunto C-14/83, sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984. Sabine Von Colson y Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen. Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Hamm, Alemania. EU: C:1984:153.

Asunto C-222/84, sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986. Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary.

Petición de decisión prejudicial por el Industrial Tribunal of Northern Ireland, en Belfast, Irlanda. EU: C:1986:206.

Asunto C-213/89, sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990. The Queen y Secretary of State for Transport, ex parte/Factortame Ltd y otros. Petición de decisión prejudicial planteada por la House of Lords, Reino Unido. EU: C:1990:257.

Asunto C-361/89, sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 1991. Procedimiento penal entablado contra Patrice Di Pinto. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Paris, Francia. EU: C:1991:118.

Asunto C-312/93, sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995. Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS/État belge. Petición de decisión prejudicial planteada por la cour d'appel de Bruxelles, Bélgica. EU: C:1995:437.

Asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995. Jeroen van Schijndel y otros/Stichting Pensionenfonds voor Fysiotherapeuten. Peticiones de decisión prejudicial por el Hoge Raad der Nederlanden, Países Bajos. EU: C:1995:441.

Asunto C-269/95, sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1997. Francesco Benincasa/Dentalkit Srl. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München, Alemania. EU: C:1997:337.

Asunto C-45/96, sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1998. Bayerische Hypotheken und Wechselbank AG/Edgard Dietzinger. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof, Alemania. EU: C:1998:111.

Asunto C-126/97, sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999. Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad de Países Bajos. EU: C:1999:269.

Asunto C-144/99, sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2001. Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de los Países Bajos. Incumplimiento de Estado. EU: C:2001:257.

Asunto C-50/00 P, sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002. Unión de Pequeños Agricultores/Consejo. Recurso de casación. EU: C:2002:462.

Asunto C-167/00, sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 2002. Verein für Konsumenteninformation contra Karl Heinz Henkel. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof de Austria, EU: C:2002:555.

Asunto C-224/01, sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003. Gerhard Köbler/Republik Österreich. Petición de decisión prejudicial planteada por Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, Austria. EU: C:2003:513.

Asunto C-464/01, sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2005. Johann Gruber/Bay Wa AG. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof, Austria. EU: C:2005:32.

Asunto C-429/05, sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 2007. Rampion y Godard. Ax Rampion y Marie-Jeanne Godard, señora de Rampion/ Franfinance SA y K par K SAS. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'instance de Saintes, Francia. EU: C:2007:575.

Asunto C-432/05, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007. Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd y Justitiekanslern. Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen, Suecia. EU: C:2007:163.

Asunto C-268/06, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008. Impact/Minister for Agriculture and Food y otros. Petición de decisión prejudicial planteada por la Labour Court, Irlanda. EU: C:2008:223.

Asunto C-509/07, sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2009. Luigi Scarpelli/NEOS Banca SpA. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bergamo, Italia. EU: C:2009:255.

Asunto C12/08, sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009. Mono Car Styling SA, en liquidación/Dervis Odemis y otros. Petición de decisión prejudicial planteada por la cour du travail de Liège, Bélgica. EU: C:2009:466.

Asunto C-63/08, sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2009. Virginie Pontin/T-Comalux SA. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, Luxemburgo. EU: C:2009:666.

Asunto C-89/08, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2009. Comisión Europea/Irlanda y otros. Recurso de casación. EU: C:2009:742.

Asuntos acumulados C317/08, C318/08, C319/08 y C320/08, sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 2010. Rosalba Alassini/Telecom Italia SpA y otros. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Giudice di pace di Ischia, Italia. EU: C:2010:146.

Asunto C-279/09, sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2010. DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH/Bundesrepublik Deutschland. Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht de Berlín, Alemania, EU: C:2010:811.

Asunto C-617/10, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013. Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson. Petición de decisión prejudicial planteada por el Haparanda tingsrätt, Suecia. EU: C:2013:105.

Asunto C-32/12, sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de octubre de 2013. Soledad Duarte Hueros/Autociba, S. A. y Automóviles Citroën España, S. A. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Badajoz, España. EU: C:2013:637.

Asunto C59/12, sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2013. BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof, Alemania. EU: C:2013:634.

Asunto C-487/12, sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de septiembre de 2014, Vueling Airlines, S. A., contra Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Ourense, EU: C:2014:2232.

Asuntos acumulados C58/13 y C59/13, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2014. Angelo Alberto Torresi y Pierfrancesco Torresi/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Consiglio Nazionale Forense, Italia, EU: C:2014:2088.

Asunto C198/13, sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014. Víctor Manuel Julián Hernández y otros/Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) y otros. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Benidorm, Alicante, España. EU: C:2014:2055.

Asunto C-258/13, auto del Tribunal de Justicia de 28 de noviembre de 2013, Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio. Petición de decisión prejudicial planteada por la 5.ª Vara Cível de Lisboa. EU: C:2013:810.

Asunto C-497/13, sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2015, Froukje Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV. Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, Países Bajos. EU: C:2015:357.

Asunto C 441/14, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de abril de 2016. Dansk Industri (DI)/Sucession Karsten Eigil Rasmussen. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Dinamarca. EU: C:2016:278.

Asunto C-61/14, sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute Studio Infermieristico Associato contra Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino – Città di Levico Terme y otros. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, Italia. EU: C:2015:655.

Asunto C203/14, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015. Consorci Sanitari del Maresme contra Corporació de Salut del Maresme i la Selva. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, España. EU: C:2015:664.

Asunto C-274/14, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de enero de 2020. Procedimiento incoado por Banco de Santander, S. A. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Económico Administrativo Central, España, EU: C:2020:17.

Asunto C-300/14, sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2015. Imtech Marine Belgium Nv/Radio Hellenic S. A. Cuestión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Apelación de Amberes, Bélgica. EU: C:2015:825.

Asunto C-42/15, sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2016. Home Credit Slovakia a.s./ Klára Bíróová. Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Dunajská Streda, Eslovaquia, EU: C:2016:842.

Asunto C-168/15, sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de julio de 2016. Milena Tomášová/Slovenská republika Ministerstvo spravodlivosti SR y Pohotovosť s.r.o. Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Prešov, Eslovaquia. EU: C:2016:602.

Asunto C-205/15, sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2016. Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov (DGRFP) contra Vasile Toma y Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci. Petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Sibiu, Rumania. EU: C:2016:499.

Asunto C-682/15, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de mayo de 2017. Berlioz Investment Fund SA/Directeur de l'administration des contributions directes. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour administrative, Luxemburgo. EU: C:2017:373.

Asunto C-109/17, sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2018. *Bankia*. Bankia, S. A./Juan Carlos Mari Merino y otros. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena, España. EU: C:2018:735.

ANEXO 5

CONCLUSIONES PRESENTADAS POR ABOGADOS GENERALES DEL TJUE CITADAS (ORDENADAS CRONOLÓGICAMENTE POR ASUNTO)

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Antonio Saggio el 16 de diciembre de 1999 (EU: C:1999:620) en asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000. Océano Grupo Editorial, S. A. contra Rocío Murciano Quintero y Salvat Editores, S. A. contra José M. Sánchez Alcón Prades y otros (EU: C:2000:346).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Jean Mischo el 14 de junio de 2001 (EU: C:2001:337) en asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2001. Cape Snc contra Idealservice Srl y Idealservice MN RE Sas contra OMAI Srl (EU: C:2001:625).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tizzano el 18 de abril de 2002 (EU: C:2002:239) en asunto C-473/00. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de noviembre de 2002. Cofidis SA y Jean-Louis Fredou (EU: C:2002:705).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Geelhoed el día 25 de septiembre de 2003 (EU: C:2003:504) en asunto C-237/02. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 1 de abril de 2004. Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contra Ludger Hofstetter y Ulrike Hofstetter. (EU: C:2004:209).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tizzano el 22 de septiembre de 2005 (EU: C:2005:576) en asunto C-302/04, Ynos. Sentencia

del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de enero de 2006. Ynos kft contra János Varga (EU: C:2006:9).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tizzano el día 27 de abril de 2006 (EU: C:2006:265) en asunto C-168/05. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006. Elisa María Mostaza Claro y Centro Móvil Milenium, S. L. (EU: C:2006:675).

Conclusiones presentadas por la Abogado General Sra. Verica Trstenjak el 14 de mayo de 2009 (EU: C:2009:305) en asunto C40/08. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009. Asturcom Telecomunicaciones, S. L., contra Cristina Rodríguez Nogueira (EU: C:2009:615).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak el 6 de julio de 2010 (EU: C:2010:401) en asunto C-137/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010. VB Pénzügyi Lízing Zrt. Y Ferenc Schneider (EU: C:2010:659).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak el 29 de octubre de 2009 (EU: C:2009:682) en asunto C-484/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) dictada el 3 de junio de 2010. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), (EU: C:2010:309).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak el 29 de noviembre de 2011 (EU: C:2011:788) en asunto C-453/10. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012. Jana Pereničová y Vladislav Perenič contra SOS financ spol. s r.o. (EU: C:2012:144).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak el 6 de diciembre de 2011 (EU: C:2011:806) en asunto C-472/10. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de abril de 2012. Nemzeti Fogasztóvédelmi Hatóság contra Invitel Távközlési Zrt (EU: C:2012:242).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón el 12 de junio de 2012 (EU: C:2012:340) en asunto C-617/10. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013. Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson (EU: C:2013:105).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak el 14 de febrero de 2012 (EU: C:2012:74) en asunto C-618/10. Sentencia del

Tribunal de Justicia (Sala Primera) dictada el 14 de junio de 2012. Banco Español de Crédito, S. A. contra Joaquín Calderón Camino (EU: C:2012:349).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak el 13 de septiembre de 2012 (EU: C:2012:566) en asunto C92/11. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de marzo de 2013 RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV (EU: C:2013:180).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Kokott el día 8 de noviembre de 2012 (EU: C:2012:700) en asunto C-415/11. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013. Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) (EU: C:2013:164).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi el 5 de septiembre de 2013 (EU: C:2013:532) en asunto C413/12. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de diciembre de 2013. Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León contra Anuntis Segundamano España, S. L. (EU: C:2013:800).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el día 12 de diciembre de 2013 (EU: C:2013:844) en asunto C470/12. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de febrero de 2014. Pohotovost' s.r.o. contra Miroslav Vašuta, en el que participa Združenie na ochranu občana spotrebiteľa HOOS (EU: C:2014:101).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el 12 de febrero de 2014 (EU: C:2014:85) en asunto C-26/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014. Arpad Kasler, Hajnalka Káslerné Rabai contra OTP Jezalogbank Zrt. (EU: C:2014:282).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el 16 octubre de 2014 (EU: C:2014:2299) en asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de enero de 2015. Unicaja Banco, S. A. contra José Hidalgo Rueda y otros (asunto C-482/13), Caixabank, S. A. contra Manuel María Rueda Ledesma y otra (asunto C-484/13), contra José Labella Crespo y otros (asunto (C-485/13) y contra Alberto Galán Luna y otro (C-487/13) (EU: C:2015:21).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 13 de mayo de 2015 (EU: C:2015:321) asunto C-8/14. Sentencia del Tribunal de

Justicia de 29 de octubre de 2015, BBVA, S. A., anteriormente Unnim Banc, S. A., contra Pedro Peñalva López, Clara López Durán, Diego Fernández Garro (EU: C:2015:731).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón el 25 de junio de 2015 (EU: C:2015:424) en asunto C-32/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2015. ERSTE Bank Hungary Zrt. contra Attila Sugár (EU: C:2015:637).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 11 de noviembre de 2015 (EU: C:2015:746) en asunto C-49/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de Febrero de 2016. Finanzmadrid E. F. C., S. A. contra Jesús Vicente Albán Zambrano, María Josefa García Zapata, Jorge Luis Albán Zambrano y Miriam Elisabeth Caicedo Merino (EU: C:2016:98).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón el 23 de abril de 2015 (EU: C:2015:271) en Asunto C-110/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2015. Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA. (EU: C:2015:538).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el 3 de julio de 2014 (EU: C:2014:2110) en Asunto C-169/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de julio de 2014. Juan Carlos Sánchez Morcillo y otra contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA. (EU: C:2014:2099).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston el 19 de noviembre de 2015 (EU: C:2015:769) en Asunto C377/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de abril de 2016. Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová y Finway a.s. (EU: C:2016:283).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 14 de enero de 2016 (EU: C:2016:15) en asuntos C-381/14 y C-385/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de abril de 2016. Jorge Sales Sinués contra Caixabank, s.a.(asunto C-381/14) y Youssouf Drame Ba contra Catalunya Caixa, s.a. (Catalunya Banc, s.a.) (asunto C-385/14) (EU: C:2016:909).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 2 de febrero de 2016 (EU: C:2016:69) en asunto C421/14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) dictada el 26 de enero de 2017, Banco Primus, S. A., contra Jesús Gutiérrez García (EU: C:2017:60).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard el 2 de junio de 2016 (EU: C:2016:387) en asunto C-119/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de diciembre de 2016. Biuro podrózy «Partner» sp. Z o.o. sp.k. w Dabrowie Górniczej contra Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (EU: C:2016:987).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi el 13 de julio de 2016 (EU: C:2016:552) en asuntos acumulados C154/15, C307/15 y C308/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 (Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco, S. A. U. (asunto C154/15), Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (BBVA) (asunto C307/15), Banco Popular Español, S. A., contra Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu (asunto C308/15) (EU: C:2016:980).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard el 2 de junio de 2016 (EU: C:2016:388) en asunto C-191/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016, Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl (EU: C:2016:61).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Juliane Kokott el 15 de septiembre de 2016 (EU: C:2016:696) en asunto C503/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2017. Ramón Margarit Panicello contra Pilar Hernández Martínez (EU: C:2017:126).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el 29 de junio de 2017 (EU: C:2017:505) en asunto C-598/15. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de diciembre de 2017. Banco Santander S. A. contra Cristobalina Sánchez López (EU: C:2017:945).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 13 de septiembre de 2018 (EU: C:2018:727) en asunto C-92/16. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 2019. Bankia contra Henry–Rodolfo Rengifo Jiménez (EU: C:2019:560).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl (EU: C:2018:216) en asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de agosto de 2018. Asunto Banco Santander, s.a. contra Mahamadou Demba y Mercedes Godoy Bonet (C-96/16) y asunto Rafael Ramón Escobedo Cortés contra Banco de Sabadell (C-94/17) (EU: C:2018:643).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Sharpston el 30 de noviembre de 2017 (EU: C:2017:928) en asunto C147/16. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de mayo de 2018. Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW contra Susan Romy Jozef Kuijpers (EU: C:2018:320).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 13 de septiembre de 2018 (EU: C:2018:727) en asunto C-167/16. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 2019. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. contra Fernando Quintano Ujeta y María Isabel Sánchez García (EU: C:2019:570).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el 27 de abril de 2017 (EU: C:2017:313) en asunto C186/16. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017. Ruxandra Paula Andriuc y otros contra Banca Românească SA. (EU: C:2017:703).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el 16 de enero de 2018 (EU: C:2018:9) en asunto C-483/16. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 31 de mayo de 2018. Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt con intervención de Mónica Szeder (EU: C:2018:367).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 13 de septiembre de 2018 (EU: C:2018:728) en asunto C-486/16. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 2019. Bankia contra Alfredo Sánchez Martínez y Sandra Sánchez Triviño (EU: C:2019:572).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Evgeni. Tanchev el 3 de mayo de 2018 (EU: C:2018:303) en asunto C-51/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2018. OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. contra Teréz Ilyés, Emil Kiss (EU: C:2018:750).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 15 de noviembre de 2018 (EU: C:2018:724) en asuntos acumulados C70/17 y C179/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria, S. A. contra Alberto García Salamanca Santos (C70/17), y Bankia, S. A. contra Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez (C179/17) (EU: C:2019:250).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl el 15 de noviembre de 2018 (EU: C:2018:921) en asunto C118/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de marzo de 2019. Zsuzsanna Dunai contra ERSTE Bank Hungary Zrt., (EU: C:2019:207).

Conclusiones presentadas la Abogada General Sra. Juliane Kokott el 26 de abril de 2018 (EU: C:2018:293) en asunto C-176/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska S. A. w Bielsku Bialej contra Mariusz Wawrzosek (EU: C:2018:711).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Evgeni Tanchev el 19 de diciembre de 2019 (EU: C:2019:1141) en asunto C-511/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de marzo de 2020 Györgyné Lintner y UniCredit Bank Hungary Zrt (EU: C:2020:188).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Michal Bobek el 15 de noviembre de 2018 (EU: C:2018:920) en asunto C-590/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de marzo de 2019. Henri Pouvin, Marie Dijoux, de casada Pouvin, contra Électricité de France (EDF) (EU: C:2019:232).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Gerard Hogan el 15 de mayo de 2019 (EU: C:2019:411) en asunto C621/17. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019. Gyula Kiss contra CIB Bank Zrt. Otras partes intervinientes en el litigio principal: Emil Kiss, Gyulané Kiss (EU: C:2019:820).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Gerard Hogan el 21 de mayo de 2019 (EU: C:2019:245) en asunto C-34/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) dictada el 19 de septiembre de 2019. Ottilia Lovasné Toth contra ERSTE Bank Hungary Zrt. (EU: C:2019:764).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Maciej Szpunar el 10 de septiembre de 2019 (EU: C:2019:695) asunto C-125/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, S. A. (EU: C:2020:138).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella el 14 de mayo de 2019 (EU: C:2019:405) en asunto C-260/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019. Kamil Dziubak, Justyna Dziubak contra Raiffeisen Bank International AG (EU: C:2019:819).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Henrik Saugman-daard el 30 de enero de 2020 (EU: C:2020:61) en asunto C452/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2020. XZ contra Iber-
caja Banco, S. A. (EU: C:2020:536).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Sharpston el 31 de octubre de 2019 (EU: C:2019:921) en asunto acumulados C-453/18 y C-494/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2019. Bondora AS contra Carlos V. C. y Bondora AS contra XY (EU: C:2019:1118).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 5 de marzo de 2020 (EU: C:2020:181) en asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2020, SC Rai-
ffeisen Bank SA contra JB (asunto C-698/18) y BRD Groupe Société Générale SA contra KC (asunto C699/18), (EU: C:2020:537).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Gerard Hogan el 19 de diciembre de 2019 (EU: C:2019:1146) asunto C-779/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de marzo de 2020. Mikrokasa S A, Revenue Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty contra XO (EU: C:2020:236).

Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Juliane Kokott el 19 de marzo de 2020 (EU: C:2020:217) en asunto C-81/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de julio de 2020. NG, OH contra SC Banca Transilvania, S. A. (EU: C: 2020:532).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Gerard Hogan el 2 de abril de 2020 (EU: C:2020:259) en asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2020, Profi Credit Polska SA contra QJ (C84/19), y entre BW contra DR (C222/19), y entre QL contra CG (C252/19), (EU: C:2020:631).

Conclusiones presentadas por Abogado General Sr. Pitruzzella el 11 de junio de 2019 (EU: C:2019:478) en asuntos acumulados C349/18 a C-351/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2019. Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) contra Mbutuku Kanyebe (asunto C349/18), Larissa Nijs (asunto C350/18) y Jean-Louis Anita Dedroog (asunto C351/18) (EU: C:2019:936).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 3 de septiembre de 2020 (EU: C:2020:645) en asunto C485/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de abril de 2021. LH contra Profi Credit Slovaquia, s.r.o. (EU: C:2021:313).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tanchev el 15 de julio de 2021 (EU: C:2021:614) en asunto C600/19 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022, MA contra Ibercaja Banco S. A., con intervención de PO (EU: C:2022:394).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tanchev el 15 de julio de 2021 (EU: C:2021:615) en asuntos acumulados C693/19 y C-831/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022, SPV Project 1503 Srl, Dobank SpA contra YB (C-693/19) y Banco di Desio e della Brianza SpA y otros contra YX, ZW (C-831/19), (EU: C:2022:395).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tanchev el 15 de julio de 2021 (EU: C:2021:616) en asunto C725/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022. IO contra Impuls Leasing Romania IFN SA. (EU: C:2022:396).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tanchev el 15 de julio de 2021 (EU: C:2021:617) asunto C869/19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 17 de mayo de 2022, L contra Unicaja Banco S. A. (EU: C:2022:397).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Henrik Saugmandgaard el 6 de octubre de 2021 (EU: C:2021:828) en asunto C385/20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) dictada el 7 de abril de 2022, EL y TP contra Caixabank, S. A., (EU: C:2022:278).

Conclusiones presentadas por la Abogado General Sra. Kokott el 3 de febrero de 2022 (EU: C:2022:76) asunto C 567/20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) dictada el 5 de mayo de 2022, A. H. contra Zagrebacka banka d.d.. (EU: C:2022:352).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Szpunar el 22 de septiembre de 2022 (EU: C:2022:715) en asunto C395/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de enero de 2023. D. V. contra M. A. (EU: C: 2023:14).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. A. M. Collins el 16 de febrero de 2023 (EU: C:2023:120) en asunto C520/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 15 de junio de 2023. Arkadiusz Szczęśniak contra Bank M. SA, con intervención de: Rzecznik Praw Obywatelskich y otros (EU: C:2023:478).

Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Pitruzzella el 15 de diciembre de 2022 (EU: C:2022:1002) en asunto C-570/21. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) dictada el 8 de junio de 2023. I. S., K. S. contra YYY, S. A. (EU: C:2023:456).

ANEXO 6

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CITADAS

STEDH de 13 de mayo de 2008, asunto *McCann c. Reino Unido*, demanda núm. 19009/04. CE: ECHR:2008:0513JUD001900904.

STEDH de 25 de julio de 2013, asunto *Rousk c. Suecia*, demanda núm. 27183/04. CE: ECHR:2013:0725JUD002718304.

STEDH de 15 de diciembre de 2020, asunto *Karesvaara y Njie c. España*, demanda núm. 60750/15. CE: ECHR:2020:1215JUD006075015.

ANEXO 7

SENTENCIAS Y AUTOS DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES CITADOS

1. SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias

STC núm. 41/1981, de 18 diciembre, ES: TC:1981:41.
STC núm. 64/1985, de 17 de mayo, ES: TC:1985:64.
STC núm. 6/1992, de 16 de enero, ES: TC:1992:6.
STC núm. 217/1993, de 30 de junio, ES: TC:1993:217.
STC núm. 224/2006, de 6 de julio, ES: TC:2006:224.
STC núm. 232/2015, de 5 de noviembre, ES: TC:2015:232.
STC núm. 58/2016, de 17 de marzo, ES: TC:2016:58.
STC núm. 148/2016, de 19 septiembre, ES: TC:148:2016.
STC núm. 206/2016, de 12 de diciembre, ES: TC:206:2016.
STC núm. 213/2016, de 15 de diciembre, ES: TC: 2016:213.
STC núm. 223/2016, de 19 de diciembre, ES: TC:223:2016.
STC núm. 3/2017, de 16 de enero de 2017, ES: TC:3:2017.
STC núm. 31/2019, de 28 de febrero, ES: TC:2019:31.
STC núm. 34/2019, de 14 de marzo, ES: TC:2019:34.
STC núm. 80/2022 de 27 de junio, ES: TC:2022:80.

Autos

ATC núm. 113/2011, de 19 de julio, ES: TC:2011:113A.
ATC núm. 70/2014, de 10 de marzo, ES: TC:2014:70A.

2. SENTENCIAS Y AUTOS DE LA SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

STS núm. 853/2006, de 11 de septiembre, ES: TS:2006:6597.
STS núm. 342/2011, de 13 de mayo, ES: TS:2011:2900.
STS núm. 842/2011, de 25 de noviembre, ES: TS:2011:7981.
STS núm. 406/2012, de 18 de junio, ES: TS:2012:5966.
STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, ES: TS:2013:2016.
STS núm. 97/2014, de 12 de marzo, ES: TS:2014:1101.
STS núm. 214/2014, de 15 de abril, ES: TS:2014:2388.
STS núm. 462/2014, de 24 de noviembre, ES: TS:2014:4617.
STS núm. 466/2014, de 12 de septiembre, ES: TS:2014:3892.
STS núm. 557/2014, de 22 de octubre, ES: TS:2014:4429.
STS núm. 139/2015, de 25 de marzo, ES: TS:2015:1280.
STS núm. 265/2015, de 22 de abril, ES: TS:2015:1723.
STS núm. 469/2015, de 8 de septiembre, ES: TS:2015:3829.
STS núm. 470/2015, de 7 de septiembre, ES: TS:2015:3828.
STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre, ES: TS:2015:5618.
STS núm. 79/2016, de 18 de febrero, ES: TS:2016:626.
STS núm. 180/2016, de 17 de marzo, ES: TS:2016:1292.
STS núm. 483/2016, de 14 de julio, ES: TS:2016:3412.
STS núm. 16/2017, de 16 de enero, ES: TS:2017:17.
STS núm. 123/2017, de 24 de febrero, ES: TS:2017:477.
STS núm. 251/2017, de 25 de abril, ES: TS:2017:1631.
STS núm. 526/2017, de 27 de septiembre, ES: TS:2017:3373.
STS núm. 558/2017, de 16 de octubre, ES: TS:2017:3721.
STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, ES: TS:2017:3893.
STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, ES: TS:2017:4308.
STS núm. 205/2018, de 11 de abril, ES: TS:2018:1238.
STS núm. 669/2018, de 26 de noviembre, ES: TS:2018:3968.
STS núm. 725/2018, de 19 de diciembre, ES: TS:2018:4236.
STS núm. 48/2019, de 23 de enero, ES: TS:2019:104.
STS núm. 49/2019, de 23 de enero, ES: TS:2019:105.
STS núm. 158/2019, de 14 de marzo, ES: TS:2019:773.
STS núm. 439/2019, de 17 de julio, ES: TS:2019:2553.
STS núm. 463/2019, de 11 de septiembre, ES: TS:2019:276.
STS núm. 607/2019, de 14 de noviembre, ES: TS:2019:3627.
STS núm. 121/2020, de 24 de febrero, ES: TS:2020:504.

STS núm. 411/2020, de 7 de julio, ES: TS:2020:2415.
 STS núm. 457/2020, de 24 de julio, ES: TS:2020:2495.
 STS núm. 580/2020, de 5 de noviembre, ES: TS:2020:3549.
 STS núm. 581/2020, de 5 de noviembre, ES: TS:2020:3593.
 STS núm. 589/2020, de 11 de noviembre, ES: TS:2020:3688.
 STS núm. 595/2020, de 12 de noviembre, ES: TS:2020:3613.
 STS núm. 596/2020, de 12 de noviembre, ES: TS:2020:3629.
 STS núm. 597/2020, de 12 de noviembre, ES: TS:2020:3756.
 STS núm. 598/2020, de 12 de noviembre, ES: TS:2020:3628.
 STS núm. 675/2020, de 15 de diciembre, ES: TS:2020:4251.
 STS núm. 692/2020, de 28 de diciembre, ES: TS:2020:4388.
 STS núm. 48/2021, de 4 de febrero, ES: TS:2021:466.
 STS núm. 49/2021, de 4 de febrero, ES: TS:2021:468.
 STS núm. 63/2021, de 9 de febrero, ES: TS:2021:388.
 STS núm. 101/2021, de 24 de febrero, ES: TS:2021:584.
 STS núm. 160/2021, de 22 de marzo, ES: TS:2021:1081.
 STS núm. 201/2021, de 13 de abril, ES: TS:2021:1349.
 STS núm. 42/2022, de 27 de enero, ES: TS:2022:153.
 STS núm. 43/2022, de 27 de enero, ES: TS:2022:154.
 STS núm. 44/2022, de 27 de enero, ES: TS:2022:240.
 STS núm. 67/2022, de 1 de febrero, ES: TS:2022:359.
 STS núm. 110/2022, de 14 de febrero, ES: TS:2022:604.
 STS núm. 116/2022, de 15 de febrero, ES: TS:2022:603.
 STS núm. 117 /2022 de 15 de febrero, ES: TS:2022:602.
 STS núm. 125/2022 de 16 de febrero, ES: TS:2022:601.
 STS núm. 166/2022, de 1 de marzo, ES: TS: 2022:791.
 STS núm. 250/2022, de 29 de marzo, ES: TS:2022:1212.
 STS núm. 686/2022, de 21 de octubre, ES: TS:2022:3753.
 STS núm. 712/2022, de 26 de octubre, ES: TS:2022:3846.
 STS núm. 260/2023, de 15 de febrero, ES: TS:2023:1192.
 STS núm. 331/2023, de 28 de febrero, ES: TS:2023:768.
 STS núm. 578/2023, de 20 de abril, ES: TS:2023:1552.
 STS núm. 654/2023, de 3 de mayo, ES: TS:2023:1775.
 STS núm. 816/2023, de 29 de mayo, ES: TS:2023:2131.

Autos

ATS núm. 9133/2010, de 6 de julio, ES: TS:2010:9133A.
 ATS núm. 271/2017, de 8 de febrero, ES: TS:2017:271A.

ATS núm. 785/2017, de 22 de febrero, ES: TS:2017:785A.

ATS núm. 2684/2017, de 4 de abril, ES: TS:2017:2684A.

ATS núm. 10856/2021, de 10 de septiembre, ES: TS:2021:10856A.

ATS núm. 10157/2021, de 22 de julio, ES: TS:2021:10157A.

3. SENTENCIAS Y AUTOS DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES INFERIORES AL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 21), de 16 de enero de 2007. Núm. de resolución: 9/2007, ES: APM:2007:970.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28) de 25 de mayo de 2018. Núm. de resolución: 302/2018, ES: APM:2018:8048.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Santa María la Real de Nieva (Segovia) de 14 de mayo de 2019. ES: JPII:2019:79.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 21 de enero de 2020. Núm. de resolución: 9/2020, ES: APSG:2020:30.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8.^a), de 20 de julio de 2020. Núm. de resolución: 233/2020, ES: APM:2020:11286.

Autos

Auto de la Audiencia Provincial de Toledo (sección 2.^a), de 26 de septiembre. ES: AP: TO:2011:132A.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14), de 29 de octubre de 2012. ES: APB:2012:7113A.

Auto del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Orense, de 15 de marzo de 2019. ES: JPI:2019:5A.

Auto del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Barcelona de 22 de julio de 2021. ES: JPI:2021:297A.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15), de 9 de diciembre de 2021. ES: APB:2021:9350A.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15), de 9 de diciembre de 2021. ES: APB:2021:9347A.

Auto del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca de 4 de abril de 2022. ES: JPI:2022:24A.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas ha tenido una enorme trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, en particular, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, hasta este momento, ninguna obra había llevado a cabo un examen exhaustivo de dicha doctrina del TJUE. La presente monografía cumple con ese cometido efectuando, en primer lugar, el análisis –caso por caso– de todas las sentencias y los autos dictados por el TJUE que han interpretado la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, incluyendo el comentario del autor sobre cada una de dichas resoluciones. En segundo lugar, se presenta la síntesis del análisis jurisprudencial, proporcionando un conjunto de conclusiones que resultan clave para comprender la importancia de la Directiva 93/13, entre otras, las referidas al juicio de abusividad a resultados del método configurado por el TJUE –no siempre respetado por los tribunales nacionales, incluido nuestro Tribunal Supremo–, así como las que versan sobre los efectos de la abusividad. Estas conclusiones, ordenadas sistemáticamente y redactadas con un estilo claro y una visión práctica, pueden resultar muy útiles para los operadores jurídicos, en especial, jueces y abogados, a fin de encontrar soluciones para los asuntos litigiosos, basadas en el rigor de la jurisprudencia del TJUE, no solo en procedimientos judiciales relativos a préstamos y demás productos financieros, sino también en aquellos desarrollados en otros ámbitos como arrendamientos, seguros, compras de inmuebles y muchos otros en los que determinadas cláusulas utilizadas por los profesionales frente a los consumidores son objeto de controversia por su eventual naturaleza abusiva. Finalmente, a modo de corolario, fruto del análisis y de la síntesis, la obra plantea un conjunto de propuestas de *lege ferenda*, bajo la pretensión de elevar el grado de protección de los consumidores, con especial énfasis en la normativización de la doctrina de la obligada tutela judicial de oficio de los consumidores.

Francisco Verdún Pérez

Francisco Verdún es letrado ejerciente del II. Colegio de Abogados de Málaga desde 1987 y doctor en Derecho con mención *cum laude* por la Universidad Autónoma de Madrid. En su dilatada carrera profesional ha intervenido exitosamente ante el Tribunal Supremo (Salas de lo Civil y de lo Penal), ante los Tribunales Superiores de Justicia de diferentes comunidades autónomas en el orden contencioso-administrativo y ante tribunales inferiores de diversos órdenes jurisdiccionales, así como ante el Tribunal Constitucional. También ha actuado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos obteniendo sentencia condenatoria del Reino de España por violación del derecho a un juicio justo (asunto Karesvaara y Njie contra España). Ha intervenido en sesión oral ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo y ha formulado denuncias ante la Comisión Europea por incumplimiento del Derecho de la Unión, dando lugar a recurso de incumplimiento presentado por la Comisión Europea contra el Reino de España. Ha participado en procedimientos arbitrales como árbitro y como abogado de parte. Es especialista universitario en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad de Málaga y máster universitario en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Ha realizado estancias de investigación en el Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law (MPI) de Luxemburgo y en el European Legal Studies Institute (ELSI) de la Universidad de Osnabrück (Alemania). Es miembro del European Law Institute desde 2015. Ha publicado numerosos artículos jurídicos en prestigiosas editoriales españolas y extranjeras, interviniendo como ponente y comunicante en universidades españolas y extranjeras, así como en Colegio de Abogados.