

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 10 DE OCTUBRE DE 2019 (530/2019)**

**Deber judicial de examinar *ex officio*
posibles cláusulas abusivas
tras doctrina jurisprudencial europea**

Comentario a cargo de:
CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 2019

Roj: STS 3133/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:3133

ID CENDOJ: 28079119912019100028

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: Inicialmente, la litigiosidad estaba motivada por la utilización de la cláusula suelo en un préstamo con garantía hipotecaria, y la pretensión del consumidor de que la cláusula se declarase nula, se expulsara del contrato y no vinculara al consumidor. La eficacia de dicha declaración debía producir la restitución de todas las cantidades cobradas indebidamente en virtud de una cláusula nula, y solo subsidiariamente, desde la STS de 9 de mayo de 2013. Pero el problema finalmente fue de índole procesal, una vez que la sentencia de primera instancia y tras admitir la nulidad, limitó los efectos de la misma, que el consumidor aceptó y no recurrió. Sin embargo, su pretensión inicial constatada en la demanda, obtuvo pleno reconocimiento cuando medió el allanamiento de la entidad crediticia en el recurso de casación. No

habrían faltado razones jurídicas para resolver en igual sentido, mucho antes, en el momento en el que resolvió la Audiencia Provincial de Huelva. La interpretación de la Directiva 93/13 dada por el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, en cuanto a que la cláusula declarada abusiva nunca ha existido y por tanto no podrá tener efectos frente al consumidor, debió ser tenida en cuenta.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Una cuestión de fondo: la no apreciación por la Audiencia Provincial de los efectos restitutorios plenos, a pesar de doctrina del TJUE. 5.1.1. Principio de primacía del Derecho europeo, también de la jurisprudencia del TJUE. 5.1.2. Deber de examinar de oficio cláusulas abusivas y su prevalencia sobre principios procesales internos. 5.1.3. Deber de no vinculación a los consumidores de la cláusula abusiva. Efecto útil. 5.2. Una cuestión procesal: efecto y alcance del allanamiento. 5.3. Una Sentencia congruente con la demanda. Y una oportunidad perdida en el ámbito procesal. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El 17 de octubre de 2007, la entidad financiera Caja Rural del Sur S.C.C. (demandada) concedió a D^a Pura y D. Bernabé un préstamo de 224.400 euros con garantía hipotecaria, para adquirir su vivienda familiar. Los prestatarios debían devolverlo en 28 años mediante el pago de 336 cuotas mensuales. El contrato estaba integrado por condiciones generales predispuestas por Caja Rural del Sur. El tipo de interés estaría sujeto al valor variable Euribor más un diferencial fijo del 1,240, si bien, y teniendo en cuenta las fluctuaciones del primero, se limitaba la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés remuneratorio del préstamo, que nunca bajaría del 4% anual (esta sería la cláusula suelo de este préstamo concreto). Los prestatarios, consumidores, presentaron demanda el 30 de diciembre de 2015 contra la entidad prestamista en la que solicitaron que se declarara nula la cláusula que limitaba la posibilidad de variación a la baja del interés remuneratorio por debajo del 4%, una vez que había faltado la debida transparencia en la incorporación de la cláusula, y los prestatarios desconocían la repercusión en el préstamo con garantía hipotecaria. Como consecuencia de la nulidad que se pretende por los demandantes, la declaración de nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, deberá ir acompañada del deber de restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula abusiva, y subsidiariamente, que la devolución de cantidades indebidamente satisfechas por aplicación de una cláusula

que resulte nula, al menos lo sea desde la Sentencia del Pleno del TS de 9 de mayo de 2013. Caja Rural del Sur se opuso a la demanda, alegando que había sido individualmente negociada y por tanto no era abusiva.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva, dictó Sentencia estimatoria de la demanda formulada por D. Bernabé y Doña Pura contra la entidad Caja Rural del Sur y declaró que la cláusula suelo que establece un tipo mínimo de interés de un 4% era abusiva por falta de transparencia. Aunque las consecuencias de tal nulidad, solo obligaban a la entidad prestamista a restituir las cantidades indebidamente cobradas a partir de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, con sus intereses.

3. Soluciones dadas en apelación

Caja Rural del Sur recurrió en apelación solicitando que se revocara la sentencia de primera instancia alegando que la cláusula que limitaba la posibilidad de variación a la baja del interés remuneratorio no era abusiva por falta de transparencia y por tanto no era nula. En consecuencia, no habría que restituir cantidad alguna. Los demandantes-consumidores se opusieron al recurso.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia el 16 de enero de 2017, confirmó la nulidad de la cláusula suelo pero en lugar de aplicar la doctrina establecida por el Tribunal europeo en su resolución de 21 de diciembre de 2016, que obliga a la restitución total de las cantidades indebidamente abonados por aplicación de una cláusula declarada nula, limitó la restitución únicamente a las cantidades que habían sido abonadas por los demandantes tras la STS de 9 de mayo de 2013. Solo estimó el recurso de apelación de Caja Rural del Sur en el sentido de anular la condena al pago de los intereses de las cantidades a restituir.

4. Los motivos de casación alegados

Los prestatarios-consumidores formulan recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial con base en que se infringe, entre otros, el art. 6.1 de la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas con consumidores, que declara el carácter no vinculante de estas estipulaciones, y el art. 1303 del Código civil en cuanto a los efectos restitutorios completos derivados de la nulidad de la cláusula. Sería un argumento más la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limite en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial y en la deliberación del mismo, la Sala de lo Civil, constituida en Pleno, acordó suspender la votación y fallo, para dar audiencia a las partes en el plazo de diez días sobre la procedencia de plantear cuestión prejudicial. El órgano remitente plantearía en que medida los principios de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (art. 6.1 de la Directiva 93/13) y el deber de los Estados miembros de velar porque existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de estas cláusulas (art. 7.1) son compatibles con las exigencias derivadas de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius* que establece la LEC en los arts. 216, 218.1 y 465.5. Los consumidores manifestaron su conformidad a plantear cuestión prejudicial, la entidad crediticia se allanó al recurso de casación.

El Tribunal Supremo mediante Sentencia de 10 de octubre de 2019, no se pudo pronunciar sobre el fondo del asunto una vez que medió allanamiento de la recurrida que determina una sentencia estimatoria del recurso, casó la sentencia de la Audiencia Provincial y revocó en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. Por lo que procede condenar a Caja Rural del Sur a pasar por la declaración de nulidad de la cláusula suelo abusiva, a la restitución completa de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la estipulación, con los intereses legales devengados desde la fecha de cada uno de los cobros.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

El punto de partida que se suscitaba era de índole procesal, una vez que se planteaba que no se podían infringir los principios dispositivo y de justicia rogada, ya que los prestatarios no recurrieron ni impugnaron la sentencia de primera instancia que recordemos, estimó la cláusula suelo como predispuesta, con grave desequilibrio para el consumidor, y que por falta de transparencia era abusiva, pero cuyas consecuencias se limitaban a restituir las cantidades cobradas a partir de la Sentencia del Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, con sus intereses. Los demandantes-consumidores dieron por buena esta sentencia a pesar de la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad, y sin embargo, el allanamiento al recuso de casación por la parte demandada (entidad crediticia), estimó todas las pretensiones de los recurrentes ante el Supremo, superando las expectativas que dieron por buenas, inicialmente, tras la resolución del juzgado de primera instancia.

5.1. *Una cuestión de fondo: la no apreciación por la Audiencia Provincial de los efectos restitutorios plenos, a pesar de doctrina del TJUE*

La muy conocida y analizada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, plenaria, de 9 de mayo de 2013, ratificada por otras muchas resoluciones

de todas las instancias, y discutida por otras tantas, determinó que aquellas cláusulas suelo insertas en los contratos con garantía hipotecaria carecían de la falta de transparencia material necesaria y eran nulas de pleno derecho, por lo que se tenían por no puestas. Sin embargo, y a pesar de la ineficacia más absoluta de la estipulación y los efectos restitutorios plenos del art. 1303 del CC, limitó en el tiempo los efectos de dicha declaración de nulidad, por lo que solo habrían de restituirse las cantidades indebidamente satisfechas desde la sentencia que ahora refrendaba la pretendida nulidad de las cláusulas suelo.

La limitación temporal de los efectos a partir del 9 de mayo de 2013 fue objeto de varias peticiones de decisión prejudicial, principalmente porque limitar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva, únicamente desde el período posterior a esta declaración de nulidad, podría no ser compatible con el Derecho europeo, más concretamente con el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 *Gutiérrez Naranjo* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), vino a dar respuestas a varias de estas peticiones planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. En este contexto, determinó que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas *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 cuestión* (apartado 75, asunto *Gutiérrez Naranjo*).

Lo anterior, obliga, conforme art. 7.1 de la Directiva 93/13, a que los Estados miembros prevean medios adecuados y eficaces “para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. De lo que resulta el deber del Estado de posibilitar que dicha cláusula declarada abusiva sea expulsada del contrato, por lo que se tendrá por no puesta y por tanto, no vinculará al consumidor, una vez que por doctrina jurisprudencial europea no cabe limitación de los efectos. Se opone así esta doctrina a una jurisprudencia nacional que limite en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de nulidad.

Pues bien, la incidencia de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, no podía ser ignorada por los tribunales nacionales. Y sin embargo, la Audiencia Provincial en la resolución dictada el 16 de enero de 2017 para el caso objeto de estudio, contra todo pronóstico, no aplicó la doctrina del Alto Tribunal europeo, porque si lo hacía, dijo, *infringiría los principios dispositivo y de justicia rogada, ya que los prestatarios no recurrieron ni impugnaron la sentencia de primera instancia* (F.J. 11). Todo un desacierto, o eso me parece, una vez que no se hace alusión al principio *tantum devolutum quantum appellatum* (imposibilidad

de entrar a conocer de aquellos extremos admitidos por la parte al no haber sido objeto de impugnación), en los términos expresados en el art. 465.5 de la LEC. Argumento eso sí, que con respaldo *ex lege*, no está exento de polémica en materia de cláusulas abusivas con consumidores.

La sentencia de segunda instancia se funda en que los demandantes dieron por buenos los pronunciamientos estimados en la primera instancia, aunque no contuviera resultados tan satisfactorios como pretendían. Así consta en la Sentencia de 10 de octubre de 2019 una vez que habiendo apelado Caja Rural Sur, los consumidores simplemente se opusieron a la estimación del recurso, sin que impugnaran la resolución apelada en lo que les resultaba claramente desfavorable. Con estas premisas, parece claro que conforme art. 465.5 de la LEC, la *sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, y en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461*. Pues bien, por mucho que en la segunda instancia, los tribunales tengan por limitaciones, tanto la prohibición de la *reformatio in peius*, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*), conforme Sentencias del TS (Sala 1ª), entre otras, la de 12 de mayo de 2006 o la de 7 de marzo de 2018, que alude a la anterior citada y a alguna más, en este tipo de procedimientos no parece que cabe esta respuesta. A pesar de que el art. 465.5 de la LEC así lo determine, en materia de cláusulas abusivas, está en juego el interés general, una vez que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 alcanza igual importancia que las normas de orden público establecidas en los ordenamientos de los Estados miembros, como ha sido declarado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal europeo. Así se expresó en la Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2005, en el asunto *Mostaza Claro* (C-243/08), o en la de 6 de octubre de 2009, en el asunto *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08), más recientemente en la Sentencia de 28 de julio de 2016 asunto *Tomášová* (C-168/15).

De hecho, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, no podía eludir, por un lado, examinar de oficio la existencia de otras cláusulas abusivas aunque no se hubiera alegado por la parte demandante (siempre que estén vinculadas al objeto del litigio del que se conoce como expresamente admite el TJUE en reciente Sentencia de 11 de marzo de 2020), y por otro, y con mayor razón aún, una vez conocida la doctrina del Alto tribunal europeo de 21 de diciembre de 2016, el alcance derivado de la imperatividad de la Directiva –la cláusula abusiva no vinculará al consumidor–, y las consecuencias explícitas fijadas por el TJUE, en cuanto a que la cláusula abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor (apartado 61). Lo que exigía una respuesta acorde con el Derecho europeo. Con independencia de lo que resolvió el Tribunal Supremo en la sentencia plenaria de 9 de mayo de 2013, y al margen de lo que dispone la norma procesal interna en el art. 465.5 de la LEC, en materia de cláusulas abusivas, se impone a la completa compatibilidad con la Directiva 93/13.

5.1.1. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO, TAMBIÉN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Enlazando con lo anterior, corresponde a los Estados miembros, y con ellos a los jueces nacionales, respetar y hacer valer el principio de primacía del Derecho europeo sobre los Derechos nacionales. Y aunque no quisiera detenerme mucho en este punto, parece necesario volver sobre la importancia de los principios del Derecho de la Unión, entre los que se incluye, como baluarte, el que ahora nos ocupa, a pesar de no contenerse mención expresa en los Tratados. Siendo así, que ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión el que ha determinado que este constituye *la piedra angular del Derecho europeo*, lo que nos obliga, al menos, a traer a colación la superioridad de este ordenamiento frente a los Derechos nacionales.

El caso del que ahora nos ocupamos y que dio origen a la Sentencia del TS de 10 de octubre de 2019, parte de la siguiente premisa: los demandantes recurrentes, denuncian infracción del art. 1303 del CC en cuanto a la limitación de la restitución de las cantidades abonadas una vez que únicamente les reintegrarían aquellas indebidamente cobradas desde la STS de 9 de mayo de 2013, y a pesar de que igual reconocimiento se les había hecho en la resolución de primera instancia, sin que entonces fuese recurrida por los demandantes. La diferencia está –y es fundamental–, en que la sentencia de la Audiencia Provincial, en enero de 2017, desatendió la doctrina jurisprudencial marcada por el TJUE en *Gutiérrez Naranjo* poco antes, en diciembre de 2016, y que determina, como hemos dicho en repetidas ocasiones, la no vinculación del consumidor a la cláusula abusiva reconocido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13, sin limitación de los efectos. Sin duda, no había razón alguna para resolver contra el Derecho europeo.

El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea exige que las normas internas, y las resoluciones de los tribunales nacionales, sean compatible con el Derecho de la Unión, sin que puedan menoscabar la máxima eficacia del mismo. Desde la Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 1963 asunto *Van Gend & Loos* (C-26/62), es indiscutible que el Derecho europeo tiene un valor superior a los Derechos internos, por propia delegación de los Estados miembros, y que se integra en los ordenamientos de los distintos países que están obligados a cumplirlo, con base entre otros, en el considerando noveno de la meritada resolución: (i) el DUE constituye un nuevo ordenamiento jurídico, a favor del cual los Estados han limitado su soberanía; (ii) los sujetos no son solo los Estados miembros, sino también sus nacionales; (iii) crea no solo obligaciones a cargo de unos y otros, sino que también genera derechos subjetivos a favor de sus particulares que se incorporan a su acervo jurídico; (iv) siendo función principal del TJUE la de garantizar la aplicación y la unidad de interpretación del Derecho europeo, y asegurar que los tribunales nacionales también lo hacen.

De lo anterior no solo derivará la prevalencia de la norma europea frente a la interna cuando esta última resulta incompatible, sino que también obliga a los jueces nacionales, en el contexto de sus competencias, a excluir la aplicación del Derecho interno y la jurisprudencia de los Tribunales nacionales, cuando estemos ante una incompatibilidad con el Derecho supranacional, que prevalece frente al nacional. Es más, en caso de duda, el órgano jurisdiccional interno, que debe garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, debe elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo para que resuelva sobre si la interpretación o aplicación del Derecho del Estado miembro es o no compatible con él, según art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

De la obligación del juez nacional de *garantizar la plena eficacia* del Derecho europeo y de *proteger los derechos que éste confiere a los particulares*, se ocupa con detalle la Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal* (C-106/77), en el apartado 21 y ss. También reiteradas Sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo (nº 356/2018, de 13 de junio, o 232/2019, de 17 de abril, entre otras) o del Tribunal Constitucional, entre las que cabe citar como recientes las SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, la 75/2017, de 19 de junio, o la 71/2019, de 28 de febrero. En esta última, de la que ha sido ponente la Magistrada Encarna Roca, destaca, en lo que aquí nos interesa, que el reiterado art. 6.1 de la Directiva 93/13 es “una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas”, y que dado su carácter de norma equivalente a las nacionales “que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público”, el órgano jurisdiccional pertinente –en este caso la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva–, debió atenerse a la interpretación de la Directiva realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión en la citada Sentencia de 21 de diciembre de 2016. Esta determinó que el efecto jurídico de la cláusula abusiva y su carácter no vinculante, tiene como consecuencia restablecer al consumidor en la situación en la que se encontraría de no haber existido dicha cláusula (apartado 61). Todo ello, con independencia, como señalara la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, asunto *Pannon GSM* (C-243/08), de si fue planteado por el consumidor el carácter abusivo de la estipulación, o del cuando (apartado 28). Con todo lo que antecede, una vez más, es difícil de justificar la respuesta dada por la Audiencia Provincial, que ignoró la aplicación del art. 6.1 de la Directiva 93/13 a la luz de la jurisprudencia europea, vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

5.1.2. DEBER DE EXAMINAR DE OFICIO CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU PREVALENCIA SOBRE PRINCIPIOS PROCESALES INTERNOS

Con todo lo anterior, está en juego, en materia de consumidores, hacer valer el Derecho europeo en toda su extensión, que puede ser mejorado por el

ordenamiento interno en cuanto a garantías y derechos para los particulares. Sin duda, el principio de autonomía procesal reconocido a los Estados, con los límites impuestos conforme los principios de equivalencia y de efectividad, nos muestran una cada vez mayor limitación a la capacidad de los Estados miembros para articular el proceso civil, en el que las garantías exigidas por el ordenamiento de la Unión posibilitan medios y mecanismos hasta ahora impensables, y que son “de tal calibre que alcanza incluso a sus principios rectores” (Aguilera Morales, “El control de oficio...”).

En este contexto, y dado el interés público que rige en la protección de los consumidores, como determinó la STJUE de 26 de octubre de 2006 en el asunto *Mostaza Claro* (C-243/08), la cláusula abusiva no vinculará al consumidor, teniendo los Estados miembros la obligación de velar porque así sea (arts. 6.1 y 7 de la Directiva 93/13). De ahí que, incumbe al juez interno dejar sin aplicación la cláusula abusiva, en cualquier tiempo y en cualquier situación, con independencia de que haya sido o no alegada por la parte más débil en el contrato, lo que “apunta a una inflexión del principio dispositivo y de cuanto se considera correlato de él (principio de aportación de parte, congruencia, proscripción de *reformatio in peius* y cosa juzgada)” (Aguilera Morales, op. cit. anteriormente).

En este sentido, el reconocimiento del principio de examinar de oficio por el órgano jurisdiccional nacional del carácter abusivo de una cláusula, permite (i) visualizar una respuesta uniforme para cuestiones semejantes (principio de equivalencia y de efectividad); (ii) extraer la obligación del juez interno que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula de instar a las partes a que presenten sus observaciones antes de extraer las consecuencias de dicha comprobación; y (iii) examinar otras cláusulas que aún cuando no fueron impugnadas por el consumidor, estén vinculadas al objeto del litigio, y por consiguiente, al examen de oficio que incumbe realizar al juez nacional, tal y como ha resuelto la Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2020 asunto *Györgyné Lintner* (C-511/17).

El deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de garantizar dicho control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, interpretando y aplicando el ordenamiento interno conforme al Derecho de la Unión, y deducir todas las consecuencias derivadas del carácter abusivo, encuentra el punto de partida en la Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* (asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98), una vez que admite que la apreciación de oficio por el juez interno “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” (apartado 29), lo que implica que el juez correspondiente “pueda apreciar de oficio el carácter de abusivo de una cláusula” (apartado 29). No obstante, ya había señalado en apartados anteriores, “que la situación de desequilibrio entre el consumidor

y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato” (apartado 27), de ahí el deber de los Estados miembros de velar porque existan los medios adecuados para que cese el uso de las cláusulas abusivas a tenor del art. 7.1 de la Directiva 93/13.

Sin duda, aquello era el comienzo para lograr el efecto útil de la Directiva 93/13. La Sentencia dictada el 21 de noviembre de 2002, en el asunto *Cofidis* (C-473/00) dio un paso más cuando admitió “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 pretende conferir a los consumidores”, (apartado 36) por lo que es incompatible con el Derecho europeo. Vendrían después otras que impondrían al Tribunal correspondiente dicha obligación en el proceso de ejecución –fundada o no en títulos judiciales–, o en apelaciones, o en el procedimiento monitorio.

Sería la sentencia dictada en el asunto *Pannon* (2009) la que estableció sin fisuras 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 territorial. Lo que no impide, dice, que el juzgador a pesar del deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión, mantenga su vigencia 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 (apartados 32 y 33).

En esta sucesión de doctrina jurisprudencial europea no se tratará una mera facultad de declarar de oficio la nulidad de una cláusula eventualmente abusiva, sino de la obligación de examinar esta cuestión tan pronto como el juzgador disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, según Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, asunto *Erika Jörös* (C-397/11), incidiendo que este deber existe aun cuando “la parte litigante que habría podido alegar esa causa de nulidad no la hubiera invocado” (apartados 28 y 35), citando al efecto otras Sentencias del TJUE (asunto *Banesto*, apartado 42 y *Banif Plus Bank*, apartados 22 a 24). Cosa distinta será, que el consumidor, una vez informado del derecho que le asiste, no quiera la protección que le dispensa la Directiva, como así excepciona entre otras, las Sentencias dictadas en el asunto *Pannon* (200), apartado 35, o *Erika Jörös* (2013), en su apartado 41.

Sin embargo, en nuestro Derecho interno, adquirirá especial relevancia la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, as. *Aziz y Catalunya Caixa* (C-415/11), que permite al juez nacional suspender una ejecución hipotecaria

y examinar las cláusulas del contrato firmado entre el consumidor y la entidad financiera para determinar si son abusivas, en cuanto impulsó la aprobación 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, y que introdujo un nuevo párrafo en el artículo 552.1 de la LEC: “cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes”. Lo que faculta –o impone– al juez para examinar *ex officio* las cláusulas incluidas en el título ejecutivo, y que se suma a la vía de examen de abusividad a instancia de parte (que podrá oponerse a la ejecución cuando medien causas tasadas arts. 557.7 y 695.4ª LEC). Se consolida así, la protección de los consumidores más allá de lo previsto inicialmente por nuestro Derecho interno, en la línea ya iniciada en SSTJUE de 4 de junio de 2009, *Pannon* (C-243/08); o en la de 14 de marzo de 2013, asunto *Aziz* (C-415/11), entre otras, posibilitando la finalidad contenida en el art. 6 Directiva 93/13.

La repercusión de los avances en la materia en lo que a interpretación y aplicación de la Directiva 93/13 por el Tribunal de Justicia, no son ajenos a nadie, ni siquiera a la propia Unión Europea que verá necesario lanzar un paquete de medidas para responder y atajar las prácticas abusivas con medidas disuasorias y sancionadoras que fortalezcan la protección del consumidor. El New Deal presentado por la UE el 11 de abril de 2018, las propuestas de nuevas Directivas (una para fortalecer e impulsar la acción colectiva, u otra para consolidar otras relacionadas con los consumidores), junto con las Directrices con criterios orientadores sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13, de 27 de septiembre de 2019, dan muestra de que se impulsan cambios sustantivos y procesales que cambian por completo la percepción de las relaciones jurídico-privadas entre consumidor y usuario, teniendo en cuenta la interpretación que las resoluciones del Tribunal de Justicia hacen de los artículos 6.1 y del 7.1 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, junto con los principios de equivalencia y efectividad. La relevancia de cuanto antecede es clara: (i) porque estamos ante una cuestión de interés público; (ii) porque el sistema garantista de la Unión a través de la primacía del ordenamiento supranacional impulsa obligaciones a los Estados para la defensa de los intereses de consumidores y usuarios; (iii) porque en esta materia, la obligación del juez interno de examinar de oficio posibles cláusulas abusivas y expulsarlas del contrato ante su abusividad, se constituye en la excepción por antonomasia a la regla general de derecho dispositivo y justicia rogada que rige en las relaciones jurídico-privadas propias del Derecho civil; y (iv) ¿por qué no? Porque a pesar de la autonomía procesal de los Estados, los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar que se protegen eficazmente esos derechos, en conjunción con los principios de equivalencia y efectividad.

No es infundado, la Sentencia de 28 de julio de 2016 asunto *Tomášová* (C-168/15), fiel reflejo de la doctrina del TJUE iniciada con la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de noviembre de 1991 *Francovich et. al* (asuntos

acumulados C-6(90 y 9/90), determinó que estando el juez nacional obligado a examinar ex officio sobre una cláusula abusiva, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesario, si no lo hace, habrá inobservado la jurisprudencia europea y habrá incurrido en “una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión” (aptdo. 33). Así será cuando tal incumplimiento se plasme en resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia, con pérdida definitiva de derechos para el consumidor, lo que podría generar responsabilidad civil extracontractual del Estado miembro (Muñoz García, *Responsabilidad extracontractual del Estado...*).

5.1.3. DEBER DE NO VINCULACIÓN A LOS CONSUMIDORES DE LA CLÁUSULA ABUSIVA. EFECTO ÚTIL

El Tribunal Supremo, acude en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, a incorporar los criterios establecidos por el Tribunal de Luxemburgo para declarar abusiva una cláusula que siendo lícita entonces (cláusula suelo), carecía de la transparencia material necesaria para vincular al consumidor, conforme art. 4.2 de la Directiva 93/13, y que aunque no había sido transpuesto entonces a nuestro Derecho interno, fue acogido con plenos efectos por nuestro Alto tribunal nacional. Lo relevante es que esta nulidad en toda su extensión, sí se incorporara normativamente en nuestro Derecho a través de sendas disposiciones finales cuarta y octava de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).

Mucho antes, en el contexto general de las cláusulas abusivas con consumidores, el Tribunal europeo ya había establecido en el asunto *Pannon* (2009): el deber del juez interno de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula que podría ser abusiva, una vez que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, y además, el de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva (aptdo. 32). Con un mandato claro, cuando medie una estipulación abusiva, se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone.

5.2. Una cuestión procesal: efecto y alcance del allanamiento

La previsión normativa sobre el allanamiento contemplada en el art. 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determina que “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre el objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de terceros”. Cualquiera de estas acciones, *podrán realizarse en cualquier momento* e instancia, incluso en la ejecución de sentencia, conforme establece el párrafo 3 del citado art. 19 de la LEC.

El problema es conocer el alcance de este allanamiento, y si bien el art. 21.1 de la LEC fija que *cuando el demandado se allane, a todas las pretensiones del*

*actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria, de acuerdo con lo solicitado por este, salvo que esta declaración de voluntad unilateral se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero. Será Gascón Inchausti (“Eficacia del allanamiento en recurso de casación...”, en *Comentarios...* vol. X, p. 191) quien precise con mayor pulcritud que en sede casacional, esta declaración unilateral del recurrido sobre el objeto del procedimiento, supone aceptar las pretensiones del actor del recurso, no las de la demanda, aunque en el caso en cuestión, pudieran coincidir. En definitiva, como pone de relieve el autor mencionado con ocasión de los comentarios a las Sentencias plenarios de la Sala primera del Tribunal Supremo de 21 de mayo y de 11 de julio de 2018, *al tratarse de un allanamiento al recurso, estará condicionado por el objeto del recurso en sí, que no tiene por que coincidir con el objeto del proceso tal como fue inicialmente planteado. Y ello, justifica, debido al juego del propio principio dispositivo a la hora de configurar el objeto en segunda instancia y en fase de recurso extraordinario.**

5.3. *Una Sentencia congruente con la demanda. Y una oportunidad perdida en el ámbito procesal*

La Sentencia, según el principio de justicia rogada (art. 216 y ss. de la LEC), es congruente con la demanda y las pretensiones de la parte demandante. La lástima es que no ha podido resolver sobre la compatibilidad de la Directiva 93/13 con los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, de los arts. 216, 218.1, y 465.5 de la LEC. El acto unilateral del allanamiento por el demandado que se allanaba al recurso de casación lo ha impedido.

Considerados en su conjunto todas las argumentaciones dadas, entendemos que el Tribunal Supremo habría tenido que resolver en el mismo sentido en el que lo ha hecho. Sin duda, corresponde a los jueces y tribunales que conozcan de la existencia de una cláusula que pudiese ser considerada abusiva, la competencia para actuar ex officio y suspender el procedimiento, o incluso, expulsarla del contrato, siempre, claro está, que la relación contractual pueda subsistir sin esta.

Sin embargo, el allanamiento del demandado nos ha privado de conocer, como ya pusiera de manifiesto Gascón Inchausti con ocasión a los comentarios de las plenarios de 23 de mayo y de 11 de julio de 2018, (“Eficacia del allanamiento...” en *Comentarios a las sentencias de unificación...*, p. 199), el pronunciamiento del TJUE y del TS acerca de los límites entre el principio de efectividad del Derecho de la Unión y el principio dispositivo como principio rector del proceso civil.

5.4. *Conclusión*

Lo hemos dicho anteriormente, de no haber mediado allanamiento, el Tribunal Supremo probablemente podría haber resuelto teniendo en cuenta

que la Audiencia Provincial infringió el principio de primacía del Derecho al ignorar en la resolución del recurso de apelación de 16 de enero de 2017, la interpretación del Tribunal europeo sobre las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula, conforme el art. 6.1 de la Directiva 93/13. Con su resolución en apelación, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores, consagrado tanto por los ordenamientos de los Estados miembros en sus textos constitucionales (también en el art. 24.1 de la Constitución española) como 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, así como la jurisprudencia del TJUE que confirma reiteradamente que estamos ante un principio general del Derecho de la Unión.

A partir del mandato establecido en el art. 6 y 7 de la Directiva 93/13, más concretamente, de las interpretaciones que de la norma europea realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la facultad del juzgador de declarar de oficio la nulidad de una cláusula por su eventual carácter abusivo, ni es tal potestad, ni el juez interno estará sujeto a la estricta aplicación de principios procesales internos como el de aportación de parte. Por lo que, como hemos apuntado antes, el juez nacional está obligado a examinar el eventual carácter abusivo de cualquier cláusula del contrato con el consumidor, independientemente de que haya sido alegado o no por este. Deber que se extiende a cualquier tipo de proceso, ya sea declarativo o ejecutivo, a cualquier momento del desarrollo del procedimiento judicial, y a cualquier instancia. Lo que no obsta para que la voluntad del consumidor se manifieste en contra del derecho que le asiste.

El incumplimiento de este deber del juzgador nacional, tendrá respuesta en la jurisprudencia del Tribunal europeo, que determina la responsabilidad del Estado cuando el órgano jurisdiccional correspondiente incumplió el deber de apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula, “a pesar de disponer de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello”, una vez que resulta infringida manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y la implícita violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

Parece pues, que la UE es más proclive al resarcimiento cuando medie transgresión del DUE o de jurisprudencia del TJUE que nuestro Derecho interno, a pesar de lo que dicen nuestras normas administrativas, una vez que, aun cuando proclama la responsabilidad objetiva de la Administración cuando la lesión que sufran los particulares, *sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal* de esta (art. 32.1 LRSP), determina que cuando la responsabilidad lo sea por el funcionamiento de la Administración de Justicia, esta se regirá conforme Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 32.7 LRSP). Así, el art. 296 LOPJ impone la obligación del Estado de responder por los daños causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones (Art. 296 LOPJ), en ningún caso contra los actuantes. Ante el silencio de nuestra normativa para apreciar los parámetros a tener en cuenta para declarar la responsabilidad y exigir la reparación, el TJUE nos da unas pautas que en ningún caso pueden ser más perjudiciales e inaccesibles para el dañado.

6. Bibliografía

- Aguilera Morales, M., en “El control de oficio de las cláusulas abusivas en sede de recurso: la próxima batalla ante el TJUE”, *Diario La Ley*, nº 9378 de 15 de marzo de 2019.
- Alonso García, R., en “El juez constitucional español como garante del diálogo formal, vía prejudicial, con Luxemburgo”, *El juez nacional en su condición de juez europeo* (dir. Alonso García, R.), Instituto Vasco de Administraciones Públicas. IVAP, 2019.
- Alfaro Águila-Real, en “Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato”, *Blog Derecho Mercantil*, 12 febrero 2014.
- Cámara Lapuente, S. (2006) *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi.
- Gascón Inchausti, F., “Eficacia del allanamiento en recurso de casación y alcance el principio dispositivo en materia de cláusulas suelo. Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2018 y 11 de julio de 2018” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, dirigidos por Yzquierdo Tolsada, M., vol. 10º (2018), Dykinson, pp. 185-200.
- Muñoz García, C., “La función del TJUE en el control de la cláusula suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8799, 8 de julio de 2016.
- Muñoz García, C., “Cláusula abusiva nula y su no vinculación. Excesos o rigores del TJUE en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, núm. 8003, 18 de enero de 2017.
- Muñoz García, C., *Responsabilidad extracontractual del Estado frente a los particulares por incumplimiento judicial del Derecho europeo. Una tutela indirecta del consumidor frente a las cláusulas abusivas*. Dykinson, 2020.
- Yzquierdo Tolsada, M y Muñoz García, C. “Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del predisponente que lo es pero que no quiere parecerlo. Comentario a la STJUE 21 diciembre 2016”, *RDBB*; Año 36, 146, 2017.

