

I CONGRESO PARA ABOGADOS DE DERECHO DE CONSUMO ICA GRANADA

Mesa Redonda: *Ámbito procesal del derecho de consumo: Condiciones Generales de la Contratación*

1. El control de Transparencia en el ámbito de la contratación bajo condiciones generales. Ponente Sr. Orduña Moreno.
2. Cuestiones procesales y sustantivas relevantes en procedimientos sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores. Ponente Sr. Pinazo Tobes
3. *Vademecum* procesal, aplicación práctica. Ponente Sr. Sánchez García

Jesús María Sánchez García

Abogado

Ponencia: *Vademecum* procesal, aplicación práctica.

1. INTRODUCCIÓN.

Si consultamos la definición de la palabra "*vademecum*" en el diccionario de la Real Academia Española, veremos que tiene su origen en el latín: *vade*: "ven", "camina" y *mecum* "conmigo" y la define como el libro de poco volumen y de fácil manejo para consulta inmediata de nociones e informaciones fundamentales".

Como el título de la mesa redonda, que tengo el honor de compartir con dos ilustres y brillantes juristas, es el "ámbito procesal del derecho de consumo: Condiciones Generales de la Contratación" y a mí se me ha asignado la tercera ponencia sobre el "*vademecum* procesal y su aplicación práctica", intentaré que mi intervención (si ello es posible) pueda servir de guía para una consulta inmediata de nociones e informaciones fundamentales de ámbito procesal en el ámbito de los consumidores en la contratación seriada.

En el actual contexto jurídico que vive nuestro País, para abordar un *vademecum* de utilidad práctica en el ámbito procesal de la contratación

seriada, es necesario hacer referencia a los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores.

La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio rector tanto del ordenamiento jurídico español (artículo 51 CE), como del comunitario (art. 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (art. 8 TRLGDCU).

Y, sin duda, es de especial relevancia la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (C-40/08) que resalta la importancia del "interés público" que fundamenta la protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹ otorga a los consumidores y equipara el artículo 6.1 de esa norma comunitaria a las disposiciones de derecho interno con rango de norma de orden público.²

El profesor Santiago A. Bello, considera que los preceptos de la Directiva son normas jurídicas de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales³.

Para poder diseñar un *vademécum* práctico sobre nociones e informaciones, en materia procesal, de los derechos de consumidores, se hace necesario analizar no solo la doctrina y jurisprudencia de nuestros Tribunales nacionales, sino también la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, máxime cuando el propio TJUE desde su sentencia de 7 de agosto de 2018 (apartado 68) nos recuerda que al TS le está encomendada la función unificadora del derecho de la Unión⁴, doctrina que reitera en su sentencia de 14 de marzo de 2019, asunto C-118/17 (apartado 63), resolviendo en el apartado 64 que:⁵

"Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta 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 ni asegurar la

¹ ECLI:EU:C:2000:346

² ECLI:EU:C:2009:615

³ Ver más ampliamente el desarrollo que efectúa el profesor Bello Paredes en "Primera interpretación auténtica de la 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores". El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho nº 1282, 6 Noviembre 2000.

⁴ ECLI:EU:C:2018:643

⁵ ECLI:EU:C:2019:207

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 plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia en este sentido, extremo este cuya apreciación corresponde, en cualquier caso, al órgano jurisdiccional remitente”.

No cabe duda de que la Directiva 93/13/CEE se ha convertido en un instrumento jurídico fundamental en nuestra práctica forense, al extremo que las resoluciones del TJUE, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros tribunales, ha provocado una auténtica revolución procesal, sin que nuestros legisladores hayan sabido adaptar adecuadamente nuestra ley procedimental a los nuevos criterios impuestos por la Corte de Luxemburgo.

Son tantas y tan importantes las resoluciones del TJUE interpretando la Directiva 93/13/CEE, que la propia Comisión Europea ha elaborado una Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE⁶ y el propio Tribunal Constitucional ha elaborado un Prontuario de jurisprudencia del TC sobre el Derecho de la Unión Europea.⁷

2. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD CONFORME LA JURISPRUDENCIA FIJADA POR EL TJUE.

En la Unión Europea la protección de los derechos de los consumidores se eleva a rango fundamental, exigiendo una interpretación de nuestras normas sustantivas y procesales, conforme a la legislación y jurisprudencia comunitaria.⁸

En su Sentencia de 20 de septiembre de 2011, asunto F-8/05 REV, el TJUE resuelve que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del artículo 47, párrafo primero de la Carta de los Derechos Fundamentales, no queda confinado a la protección de los derechos fundamentales, sino que abarca también la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión.⁹

⁶ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/uctd_guidance_2019_es_0.pdf

⁷ <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Prontuario%20jurisprudencia%20constitucional%20sobre%20Derecho%20de%20la%20UE.pdf>

⁸ Sánchez García, J: “El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la LEC. Revista Jurídica de Catalunya. Núm 1. 2017

⁹ ECLI:EU:F:2011:145

El TJUE ha venido reiterando de forma constante que a falta de una normativa de la Unión en materia procesal, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro su regulación, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que las normas que los regulen no sean menos favorables que las que rigen en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). (Sentencias del TJUE de 8 de marzo 2017, asunto C-14/16;¹⁰ 26 de enero de 2017, asunto C-421/14;¹¹ 26 de octubre de 2016, asuntos acumulados C-568/14 a 570/14;¹² 9 de noviembre de 2016, asunto C-212/15;¹³ 15 de octubre de 2015, asunto C-310/14,¹⁴ y 14 de junio de 2012, C-618/10,¹⁵ entre otras muchas).

Como resolvió el TJUE en su Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE 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 éstas.¹⁶

Y en sus Sentencias de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05 – Mostaza Claro¹⁷ y de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 – asunto Asturcom Telecomunicaciones–,¹⁸ el TJUE, respecto del principio de efectividad, nos recuerda que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 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 y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias.

Como acertadamente sostiene el Magistrado Hugo Novales Bilbao, comentando la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15),¹⁹ no podemos hablar de cánones preestablecidos o de verdades inmutables cuando se trata de derecho de

¹⁰ ECLI:EU:C:2017:177

¹¹ ECLI:EU:C:2017:60

¹² ECLI:EU:C:2016:828

¹³ ECLI:EU:C:2016:841

¹⁴ ECLI:EU:C:2015:690

¹⁵ ECLI:EU:C:2012:349

¹⁶ ECLI:EU:C:2012:349

¹⁷ ECLI:EU:C:2006:675

¹⁸ ECLI:EU:C:2009:615

¹⁹ ECLI:EU:C:2016:980

consumidores y más cuando se trata de aplicar a casos individuales la doctrina de la transparencia contractual y el control de abusividad.²⁰

Y como afirma el Magistrado Daniel Pedro Álamo González, en la aplicación e interpretación de la Directiva 93/13/CEE, las Sentencias dictadas por el TJUE vinculan directamente a los tribunales españoles a la hora de analizar los efectos jurídicos de las cláusulas incluidas en contratos de consumo, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE.²¹

3. LA PRIMACIA DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL CONTROL JUDICIAL MATERIAL DE LA ABUSIVIDAD.

Es necesario abordar esta materia desde el principio de primacía del Derecho comunitario (art. 4 bis de la LOPJ), habida cuenta de la existencia de una legislación supranacional y de la interpretación que de esa legislación ha efectuado el TJUE, de obligada observancia por los tribunales nacionales.

El principio de primacía del Derecho comunitario, fijado por el TJUE desde su primera sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto C-6/64)²², ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico por el TC, entre otras muchas, en sus sentencias 145/2012, de 2 de julio, 26/2014 de 13 de febrero, 232/2015, de 5 de noviembre, 13/2017 de 30 de enero, 17/2017 de 19 de junio, 21/2018 de 5 de marzo y 31/2019, de 28 de febrero; y ha sido elevado a rango legal a través de la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ, que introduce un nuevo artículo 4 bis, estableciendo en su apartado primero que los Jueces y Tribunales aplicarán el derecho de la Unión europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

El TJUE ha recordado en su Sentencia de 22 de junio de 2010, asunto C-188/10, que el Juez nacional encargado de aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de esas normas, dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su

²⁰ Nogales Bilbao, H: «Mas de derecho de consumidores y de prácticas judiciales en este ámbito jurídico y una cuestión: ¿todo es posible?», Boletín Digital Civil de la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, Núm 11, enero 2017.

²¹ Álamo Gonzalez, P: «El Derecho comunitario y la protección del consumidor en los procedimientos de reclamación de crédito». Diario la Ley nº 8275, Sección Doctrina, 20 marzo 2014.

²² ECLI:EU:C:1964:66

previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional.²³

En la Unión Europea, la protección de los derechos de los consumidores se eleva a rango fundamental, exigiendo una interpretación de nuestras normas, sustantivas y procesales, conforme a la legislación y jurisprudencia comunitaria.

Se hace preciso tener presente el Derecho de la Unión contenido en la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y son especialmente relevantes las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales españoles en la adecuación del derecho interno español a las disposiciones de la citada Directiva y que ha dado lugar a diversos pronunciamientos sobre las facultades de los Tribunales españoles a la hora de analizar los efectos jurídicos de las cláusulas incluidas en contratos de consumo, en aplicación de la citada Directiva 93/13/CEE.

También deberemos estar atentos a la reciente Directiva 2019/2161, de 17 de noviembre de 2019, sobre mejora en la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.²⁴

Sin embargo, la protección de los consumidores, conforme a la doctrina del TJUE, no queda circunscrita a la Directiva 93/13/CEE.

En la sentencia de 21 de abril de 2016, asunto C-377/14,²⁵ el TJUE (apartado 62) reitera la obligación que incumbe al juez nacional de examinar de oficio la vulneración de ciertas disposiciones del Derecho de la Unión en materia de consumidores. Así en lo que atañe a la Directiva 93/13/CEE, la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08 (apartado 32)²⁶, respecto de la Directiva 85/577/CEE, referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la sentencia de 17 de diciembre de 2009, Martin Martin C-227/08 (apartado 29)²⁷ y en lo relativo a la Directiva 199/44/CEE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, la sentencia de 3 de octubre de 2013, Duarte Heros, asunto C-32/12 (apartado 39).²⁸

²³ ECLI:EU:C:2010:363

²⁴ Martínez Gómez, S: "la Directiva 2019/2161, de 17 de noviembre de 2019, sobre mejora en la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas. 7 de enero de 2020.

²⁵ ECLI:EU:C:2016:283

²⁶ ECLI:EU:C:2009:350

²⁷ ECLI:EU:C:2009:792

²⁸ ECLI:EU:C:2013:637

Y en el apartado 66 de la citada sentencia de 21 de abril del 2016, el TJUE afirma que no podría alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional no estuviera obligado a apreciar de oficio el cumplimiento de las exigencias resultantes de las normas de la Unión en materia de consumidores, siendo, igualmente relevante, la citada sentencia cuando resuelve sobre el efecto directo de las disposiciones de las directivas y en concreto de las Directivas 93/13/CEE y 2008/48/CEE.

El TJUE resuelve en la comentada sentencia de 21 de abril de 2016 (apartados 76, 77 y 79) que si bien una directiva no puede crear por si misma obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona, no es menos cierto que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa, impuesto por el artículo 288 del TFUE, párrafo tercero y por la propia Directiva y esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales y la obligación de proceder a un examen de oficio del carácter abusivo de ciertas cláusulas y de las menciones obligatorias de un contrato de crédito constituye una norma procesal que recae no sobre los particulares sino sobre las autoridades judiciales, debiendo los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver los litigios de que conozcan.

El TJUE en su sentencia de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, resuelve sobre los requisitos para que se genere la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por vulneraciones del Derecho de la Unión imputables a un órgano jurisdiccional nacional²⁹.

En el apartado 20 de la sentencia de 28 de julio de 2016, el TJUE resuelve que habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas de la Unión y de la circunstancia de que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden hacer valer los derechos que les reconoce ese

²⁹ Sobre la materia ver más extensamente los artículos de Anta Gonzalez, J. "Responsabilidad de los Estados de la Unión cuando los tribunales incumplen la Directiva 93/13/CEE". Boletín Digital orden civil, nº 7, septiembre 2016, Edición AJFV y Sanchez Garcia, J. "La debida observancia de la jurisprudencia del TJUE a fin de evitar la responsabilidad del Estado. Comentarios a la sentencia del TJUE DE 28 de julio de 2016, asunto C-168/15". Actualidad Civil nº 10, Octubre 2016.

ordenamiento, el Tribunal de Justicia ha considerado que se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se debilitaría la protección de esos derechos si los particulares no pudieran obtener una reparación en determinadas condiciones, de los perjuicios que les provoque una violación del Derecho de la Unión imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia.

Como sostiene el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, la cuestión de la efectiva protección de los intereses de los consumidores obliga a replantear el rol del juez en su relación con la norma procesal cuando está en juego la tutela de los consumidores.³⁰

4. EL ORDEN PUBLICO COMUNITARIO Y SU INCIDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN MATERIA DE CONSUMIDORES

El concepto de orden público en la actualidad debe ponerse en íntima relación con el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.³¹

El Tribunal Constitucional en su sentencia nº 19 de 13 de febrero de 1985 nos recuerda que el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público.³²

Si bien en la actualidad ya forma parte del ADN de nuestra cultura jurídica la primacía del derecho comunitario, elevado a rango legal con la reforma de la LO 7/2015, a través del actual artículo 4 bis de la LOPJ, no está plenamente asumido, a mi entender, el orden público comunitario, ni la relevancia que el mismo supone, tanto sustantiva, como procesalmente, en el ordenamiento jurídico español, especialmente en materia de consumidores.³³

La doctrina del TJUE analizando la Directiva 93/13/CEE y el rango de norma de orden público de su artículo 6.1, ha provocado una auténtica "revolución" procesal y sustantiva en nuestro ordenamiento jurídico interno y como históricamente suele ocurrir en toda transformación de hechos relevantes

³⁰ Sancho Gargallo, I. "Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores". Revista Jurídica de Catalunya, nº 4/2013, pgs 972-986).

³¹ Sanchez Garcia, J: "El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores". Revista de Derecho vLex - Núm. 158, Julio 2017.

³² ECLI:ES:TC:1985:19

³³ Sánchez García, J: "Incidencia de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento jurídico español: comentarios a la sentencia dictada por el Pleno del TS número 725/2018, de 19 de diciembre. Revista de Derecho vLex - Núm. 175, diciembre 2018

con consecuencias jurídicas, una parte de la comunidad jurídica es reticente a aceptar las mismas.

En el ámbito de los consumidores el legislador europeo ha querido otorgar rango de orden público al artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE.³⁴

En la sentencia de 30 de mayo de 2013³⁵, asunto C-488/11, el TJUE declara que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento interno, tienen rango de normas de orden público y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta.

La sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2013, C-413/12, en su apartado 27 dispone que el artículo 7, apartados 1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE: "Impone a los Estados miembros la obligación de velar porque, en sus ordenamientos jurídicos nacionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores" y el apartado 39 de la misma sentencia dispone "que con el fin de respetar el principio de efectividad la organización de los recursos internos y el número de instancias no deben hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables".

El TJUE en sus sentencias de 21 de diciembre de 2016 el TJUE, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 y 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, nos ha recordado que el artículo 6, apartado 1 de Directiva 93/13/CEE es una disposición que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público, así como una norma imperativa.

De la importancia del orden público comunitario se ha hecho eco el TS en sus resoluciones, no solo en materia de condiciones generales de la

³⁴ Sánchez García, J: "El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores". Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE. 28 de mayo de 2018.

³⁵ Rodríguez Achútegui, E. "La posición de los tribunales españoles respecto al concepto de consumidor amparado frente a las cláusulas abusivas". Revista Aranzadi Doctrinal Núm 5/2016. BIB 2016\21179.

contratación, sino en otras bien distintas como, por ejemplo, en la normativa antitrust.

El TS en su sentencia de 3 de noviembre de 2017, afirma que “la normativa antitrust comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene un carácter imperativo, pues través de ella se establecen los límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público «español o comunitaria» en el mantenimiento de la competencia” (FD 3º, ap 5)³⁶.

Como afirma el profesor Vicente Perez Daudi, la primera resolución del TJUE que hace referencia al orden público comunitario es el Auto de 22 de junio de 1965, asunto 9/65.³⁷

La primera sentencia en la que la Sala 1ª del TS aborda la figura jurídica del orden público comunitario es la de 22 de abril de 2015, de la que fue ponente el Magistrado D. Rafael Saraza, que en su fundamento de derecho tercero, punto segundo in fine, nos dice:

“El cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y que, como veremos más adelante, tal desvinculación deba ser apreciada de oficio por los órganos judiciales, en una dimensión que entronca con el orden público comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (artículo 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”.³⁸

La segunda sentencia es la de 11 de abril de 2018. Esta sentencia resuelve un recurso de casación sobre nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia y los efectos derivados de una novación modificativa del préstamo con garantía hipotecaria entre el prestatario y la entidad bancaria, con posterioridad a la sentencia de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013 y

³⁶ Roj: STS 3879/2017.

³⁷ Ver sobre el orden público comunitario la monografía del Catedrático de Derecho Procesal Vicente Perez Daudi, “La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario”. Atelier Libros. 1ª Edición, abril 2018.

³⁸ Roj: STS 1723/2015

encontramos la referencia al orden público comunitario en el voto particular emitido por el Magistrado D. Javier Orduña.³⁹

En el fundamento de derecho tercero del voto particular, el Magistrado D. Javier Orduña realiza un extraordinario estudio del régimen de ineficacia de la cláusula suelo declarada abusiva como parte integrante del concepto de «orden público comunitario» y su extensión a los documentos predispuestos en el seno de una relación contractual entre consumidores y profesionales y sobre la invalidez de la renuncia de derechos básicos del consumidor, explicando en el fundamento de derecho tercero del voto particular que:

“La incidencia del orden público comunitario, en la naturaleza y alcance del régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad de la cláusula resulta más relevante, si cabe, si es considerada desde la perspectiva axiológica que aporta el Derecho de la contratación a las relaciones de consumo, pues revela el peso de los «principios jurídicos» (entre otros, buena fe y transparencia) en el desenvolvimiento mismo de nuestras directrices de orden público económico (STS 464/2014, de 8 de septiembre).

Desde esta perspectiva, resulta incuestionable que el régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público comunitario, conforme al principio de efectividad del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE (SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011). De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los jueces nacionales.

Esta conexión de régimen del control de transparencia, de su función y sentido, con el concepto de orden público que informa la Directiva 93/13, y a sus propias directrices de «no vinculación» y de «efecto disuasorio», ha sido objeto de una rotunda confirmación por la reciente jurisprudencia del TJUE, especialmente en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15, respecto del régimen normativo que se deriva de la declaración de abusividad por falta de transparencia de la denominada «cláusula suelo». Sentencia del TJUE que determinó un cambio de la jurisprudencia de esta sala a partir de la STS 123/2017, de 24 de febrero”.

El Pleno de la Sala 1ª del TS en su sentencia número 725/2018, de 19 de diciembre de 2018, de la que fue Ponente D. Pedro José Vela, en su fundamento de derecho segundo y con cita de la jurisprudencia comunitaria que analiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, resuelve que “el art. 6.1

³⁹ Roj: STS 1238/2018

debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales”.⁴⁰

La sentencia del TS que comento de 19 de diciembre de 2018, tiene una especial relevancia al analizar los efectos del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, conforme a la doctrina jurisprudencial que fijó el TJUE desde su sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 (apartado 52), acordando que “dada la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público”, deseando que ese concepto de orden público comunitario y su trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico interno, cuando se aplica en materia de consumidores, conforme ha sido delimitado por el TJUE al interpretar el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, forme parte, de forma definitiva, de nuestra cultura jurídica.⁴¹

Y ese deseo parece convertirse en realidad, porque la Sala 1ª del TS ha dictado dos recientes sentencias, en las que pone especial énfasis en la figura jurídica del orden público comunitario.

Así, en la sentencia de 6 de octubre de 2009, analiza la jurisprudencia comunitaria sobre el orden público comunitario resolviendo que:

“El art. 6.1 de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, C-488/11 , apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 , apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15;

⁴⁰ Roj: STS 4236/2018

⁴¹ Sánchez García, J: “Incidencia de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento jurídico español: comentarios a la sentencia dictada por el Pleno del TS número 725/2018, de 19 de diciembre. Revista de Derecho vLex - Núm. 175, diciembre 2018

y 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 "Se trata 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 éstas".

El artículo 7.1 impone a los Estados miembros la obligación de velar para que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La referencia a medidas "adecuadas y eficaces" representa la manifestación positiva del principio de efectividad, inicialmente incluido en las directivas sobre antidiscriminación y que, con posterioridad, se ha incorporado a numerosas directivas, entre ellas las relativas a consumidores, como la Directiva 93/13 y la Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, al concretar el contenido de las sanciones para los proveedores que incumplan las previsiones adoptadas por la norma nacional para aplicar la Directiva, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias".⁴²

Y más recientemente el Pleno de la Sala 1ª del TS ha dictado la sentencia de 12 de diciembre de 2019,⁴³ en la que en su fundamento de derecho quinto incide en la relevancia del orden público comunitario.⁴⁴

También el TC en su sentencia número 31/2019, de 28 de febrero, nos recuerda la importancia de destacar que el TJUE ha declarado que "el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, es (i) "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 éstas (véanse, en particular, las sentencias de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23,

⁴² Roj: STS 3221/2019

⁴³ Roj: STS 3911/2019

⁴⁴ Vallejo Ros, C: "La consumación o extinción del contrato no impiden el ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula abusiva: STS Pleno Sala de lo Civil de 12 de diciembre de 2019. Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE. 8 de enero de 2020.

y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartados 53 y 55)” (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 41); y (ii) “debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 54)” (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 42).⁴⁵

Sin duda las nuevas figuras jurídicas de orden público económico comunitario y, especialmente, la transparencia como valor del cambio social y su alcance constitucional y normativo, constituye un elemento vertebrador de nuevos valores sociales del Siglo XXI.⁴⁶

5. CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL DEL TJUE.

En este capítulo abordaré algunas de las resoluciones que el TJUE ha dictado en los últimos años analizando la Directiva 93/13/CEE y la incidencia que esas resoluciones han provocado en el ordenamiento procesal interno español.

➤ **Resoluciones del TJUE**

- ✓ STJUE 18 de febrero 2016, asunto C-49/14.⁴⁷
- ✓ ATJUE 21 junio 2016, asunto C-122/14.⁴⁸
- ✓ STJUE 14 de junio de 2017, asunto C-75/16.⁴⁹
- ✓ STJUE 17 mayo 2018, asunto C-147/16.1⁵⁰
- ✓ STJUE 31 de mayo 2018, asunto C-483/16.⁵¹

⁴⁵ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4446

⁴⁶ Orduña Moreno, J, Sánchez Martín, C y Guillen Catalan, R: “Transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Editorial Aranzadi, 12 septiembre 2019.

⁴⁷ ECLI:EU:C:2016:98

⁴⁸ ECLI:EU:C:2016:486

⁴⁹ ECLI:EU:C:2017:457

⁵⁰ ECLI:EU:C:2018:320

- ✓ STJUE 7 agosto 2018, asunto acumulados C-96/16 y C-94/17.⁵²
- ✓ STJUE 6 septiembre 2018, asunto C-75/16.⁵³
- ✓ STJUE 13 septiembre 2018, asunto C-176/17.⁵⁴
- ✓ STJUE 19 septiembre 2018, asunto C-109/17.⁵⁵
- ✓ STJUE 20 septiembre 2018, asunto C-51/17.⁵⁶
- ✓ STJUE 20 septiembre 2018, asunto C-448/17.⁵⁷
- ✓ ATJUE 28 noviembre 2018, asunto C-632/17.⁵⁸
- ✓ STJUE 28 noviembre 2018, asunto C-632/17.⁵⁹
- ✓ STJUE 21 marzo 2019, asunto C-590/17.⁶⁰
- ✓ STJUE 26 marzo 2019, acumulados C-70/17 y C-179/17.⁶¹
- ✓ STJUE 14 marzo 2019, asunto C-118/17.⁶²
- ✓ STJUE 5 junio 2019, asunto C-38/17.⁶³
- ✓ STJUE 26 junio 2019, asunto C-407/18.⁶⁴
- ✓ ATJUE 3 julio 2019, asunto C-92/16.⁶⁵
- ✓ ATJUE 3 julio 2019, asunto C-167/16.⁶⁶
- ✓ ATJUE 3 julio 2019, asunto C-486/16.⁶⁷
- ✓ STJUE 4 septiembre 2019, asunto C-347/18.⁶⁸
- ✓ STJUE 19 septiembre 2019, asunto C-34/18.⁶⁹

⁵¹ ECLI:EU:C:2018:367

⁵² ECLI:EU:C:2018:643

⁵³ ECLI:EU:C:2017:457

⁵⁴ ECLI:EU:C:2018:711

⁵⁵ ECLI:EU:C:2018:735

⁵⁶ ECLI:EU:C:2018:750

⁵⁷ ECLI:EU:C:2018:745

⁵⁸ ECLI:EU:C:2018:963

⁵⁹ ECLI:EU:C:2018:963

⁶⁰ ECLI:EU:C:2019:232

⁶¹ ECLI:EU:C:2019:250

⁶² ECLI:EU:C:2019:207

⁶³ ECLI:EU:C:2019:461

⁶⁴ ECLI:EU:C:2019:537

⁶⁵ ECLI:EU:C:2019:560

⁶⁶ ECLI:EU:C:2019:570

⁶⁷ ECLI:EU:C:2019:572

⁶⁸ ECLI:EU:C:2019:661

- ✓ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-260/18.⁷⁰
- ✓ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-621/17.⁷¹
- ✓ STJUE 7 noviembre 2019, acumulados C-349/18 y C-351/18.⁷²
- ✓ STJUE 19 diciembre 2019, acumulados C-453/18 y C-494/18.⁷³

- **La cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.**

La Sala 1ª del TS en su sentencia de 11 de septiembre de 2019 se ha inclinado por la tesis de permitir un nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria, mediante la aplicación analógica del artículo 24 de la LCCI y que el propio TJUE permite en su Auto de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16 (si bien en base al artículo 693,2 de la LEC).⁷⁴

Y más recientemente la Sala 1ª del TS en su sentencia de 14 de noviembre de 2019,⁷⁵ ha resuelto que: “en suma, para que 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

Sin duda, en la fundamentación jurídica de la sentencia del TS de 11 de septiembre de 2019⁷⁶, ha resultado esencial la interpretación que hace el TS respecto del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de que debe interpretarse con un criterio objetivo, conforme la doctrina fijada por el TJUE en su sentencia de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10 (apartado 32), que es la tesis que mantuvo la Abogada del Estado Sra. García Valdecasas, Agente del Reino de España ante el TJUE en la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia de 26 de marzo de 2019.

De las cuatro recientes resoluciones que ha dictado el TJUE (la sentencia de 26 de marzo de 2019 y los tres autos de 3 de julio de 2019), la más

⁶⁹ ECLI:EU:C:2019:764

⁷⁰ ECLI:EU:C:2019:819

⁷¹ ECLI:EU:C:2019:820

⁷² ECLI:EU:C:2019:936

⁷³ ECLI:EU:C:2019:1118

⁷⁴ Roj: STS 2761/2019

⁷⁵ Roj: STS 3765/2019

⁷⁶ Roj: STS 2761/2019

relevante y que da la clave para entender la sentencia de la Sala 1ª del TS de 11 de septiembre de 2019, es el Auto de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16.⁷⁷

He venido resaltando la importancia de esta resolución en distintos foros y así lo expresé en un artículo publicado en el Blog Hay Derecho,⁷⁸ manifestando la importancia de su apartado 48, que permite interponer un nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo del artículo 693,2 LECivil, en su versión posterior a la firma del contrato, al poner el énfasis la Corte de Luxemburgo en 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».⁷⁹

- **La cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo al consumo.**

La doctrina fijada por el TS en su sentencia de 11 de septiembre de 2019, es aplicable para las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos con garantía hipotecaria (contratos de financiación crediticia para la adquisición de bienes inmuebles caracterizados por ser de larga duración), todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 24 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y su disposición transitoria 1ª, que deberán ser interpretados, conforme la doctrina sentada por el TS en su sentencia de 11 de septiembre de 2019.

Para los préstamos personales vinculados a una compraventa, cuya característica esencial es que son de corta duración en el tiempo y sin garantías especiales, el TS fijó doctrina jurisprudencial respecto de la cláusula de vencimiento anticipado en su sentencia de 7 de septiembre de 2015, estableciendo en su fundamento de derecho octavo.⁸⁰

"1.- El contrato celebrado entre Santander Consumer y los demandados es un contrato de financiación a comprador de bienes muebles. En el caso

⁷⁷ Sánchez García, J: "Comentarios a la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 y los autos de 3 de julio de 2019 sobre el vencimiento anticipado". Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios - Núm. 6. STJUE 26 de marzo de 2019.

⁷⁸ Sánchez García, J: "Los Autos del TJUE de 3 de julio de 2019 sobre el vencimiento anticipado". Blog HayDerecho.com. 3 de julio 2019.

⁷⁹ Sánchez García, J: "Breves comentarios a la sentencia de la Sala 1ª del TS de 11 de septiembre de 2019". Diario La Ley, Nº 9479, Sección Tribuna, 17 de Septiembre de 2019.

⁸⁰ Roj: STS 3828/2015

enjuiciado, el préstamo se concedió para financiar la adquisición de un automóvil.

Este contrato se encuentra regulado en la Ley 28/1998, de 13 de julio, como resulta de la regulación que de su ámbito de aplicación hace el art. 1.1 en relación al art. 4 de la ley.

El art. 10.2 de esta ley prevé: «[I]a falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente».

2.- La estipulación que en el contrato regulaba el vencimiento anticipado del contrato reproduce el régimen establecido en el citado precepto legal, sin añadir ninguna modificación significativa, por lo que no puede aplicarse el control de abusividad establecido en el art. 3.1 y concordantes de la Directiva 13/1993, y en la legislación nacional que la traspone al Derecho interno. Como declaró la STJUE de 30 abril de 2014, Caso Barclays Bank, S .A. contra Alejandra y Cristobal, asunto C-280/13, « [I]a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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 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 disposiciones».

Por tanto, la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos, cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato".⁸¹

Las Secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial de Alicante sobre la cláusula de vencimiento anticipado en las ejecuciones de títulos no judiciales y en los procedimientos monitorios han adoptado un acuerdo en base a que: «mientras que la ejecución hipotecaria tiene por finalidad la realización de las garantía mediante la subasta de la finca en los supuestos previstos en la ley o en el contrato, los procedimientos monitorios y de ejecución ordinaria de título no judicial consisten esencialmente en una simple reclamación de cantidad, con

⁸¹ Sánchez García, J: "La cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de crédito al consumo". Blog de derecho de los consumidores del CGAE, 11 diciembre 2019.

ciertas especialidades procedimentales. Dichas especialidades (limitación de la cognición judicial, adopción inmediata de medidas cautelares, etc.) dependen de la naturaleza del título donde consta la deuda y no de la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que la nulidad de esta no ha de determinar la inadmisión de la demanda o el sobreseimiento del procedimiento».

En base a ello y respecto del procedimiento monitorio las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Alicante adoptan el siguiente criterio:

«Una vez declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado el procedimiento monitorio continuará sólo por las cantidades vencidas al tiempo de formularse la solicitud inicial (arts. 410 y 812 LEC). Se concederá al demandante un plazo dentro del cual deberá presentar una liquidación detallada y justificada, bajo apercibimiento de desistimiento, conforme al artículo 815.3 LEC. En caso de oposición, el juicio verbal sólo podrá tramitarse por las cantidades fijadas en la forma indicada. Esta limitación no regirá en caso de que por razón de la cuantía el procedimiento posterior sea un juicio ordinario».

El criterio adoptado por la Audiencia Provincial de Alicante es coherente con el principio que inspira el procedimiento monitorio, en cuanto a la reclamación de la deuda que esté vencida en el momento de interposición de la demanda y sobre el que se ha pronunciado en el mismo sentido otra Audiencia Provincial (ver el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Girona número 82/2019, de 17 de mayo,⁸² resolviendo sobre la cláusula de vencimiento anticipado en un procedimiento monitorio).

Respecto de las ejecuciones ordinarias de títulos no judiciales, las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Alicante han adoptado los siguientes criterios:

a) La declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado conllevará la apreciación de la excepción de pluspetición (art. 557 -1-3ª y 558 LEC), con la particularidad de que en este caso será apreciable de oficio por aplicación de la regla del art. 561.1.3ª LEC.

b) La cantidad adeudada estará compuesta, en primer lugar, por el importe de las cuotas no satisfechas en el momento en que el acreedor aplicó la cláusula de vencimiento anticipado. Si esta cantidad no pudiera determinarse por simples operaciones aritméticas en función de los datos que consten en el título presentado la deuda se considerará ilíquida por defecto del título, defecto que se considerará subsanable en los términos previstos en el art. 559.2 LEC.

⁸² Roj: AAP GI 304/2019

c) A la cantidad a que se refiere el apartado anterior habrá de añadirse el importe de las cuotas del préstamo que hayan vencido hasta la interposición de la demanda. Respecto de las que hayan vencido o vengán con posterioridad, el demandante podrá ejercer ante el Juzgado la facultad prevista en el art. 578 LEC, en cuyo caso la deuda final se liquidará en la forma prevista en el apartado segundo de dicho precepto.

d) Excepcionalmente, cuando en el curso del procedimiento se hubiera agotado el plazo natural de vencimiento de la obligación, se declarará igualmente la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado a fin de que esta declaración produzca los efectos oportunos en la correspondiente liquidación de intereses.⁸³

El 12 de febrero de 2020, el Pleno de la Sala 1ª del TS ha dictado la sentencia número 101/2020, primero de los cuatro recursos que tiene en tramitación, sobre la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo personal, manteniendo la tesis que alguna de las consideraciones contenidas en la jurisprudencia sentada en la sentencia de 11 de septiembre de 2019, son aplicables a préstamos personales y resolviendo al respecto que⁸⁴:

“3.- En todo caso, haciendo nuestra la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 *Aziz*, y 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, *Banco Primus*; y AATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, y 8 de julio de 2015, asunto C-90/14), hemos declarado que, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

4.- A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (sentencia 463/2019, de 11 de septiembre). En consecuencia, no podemos extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en

⁸³ Sánchez García, J: “Comentarios al acuerdo de unificación de criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Alicante sobre la cláusula de vencimiento anticipado en las ejecuciones de títulos no judiciales y en los procedimientos monitorios. Diario La Ley, Nº 9548, Sección Tribuna, 8 de enero de 2020.

⁸⁴ Roj: STS 336/2020

que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor (por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019).

5.- Pero es que, además, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado –no solo como pacto, sino como previsión legal- (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI), no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía.

6.- Finalmente, la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicó en su literalidad y la entidad prestamista soportó un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla, porque ello contraviene la jurisprudencia del TJUE.”

En el fundamento de derecho sexto de la sentencia comentada de 12 de febrero de 2020, el TS resuelve que:

“2.- No obstante, la controversia litigiosa no se ciñe al ejercicio de una acción para la declaración de abusividad de unas cláusulas contractuales, puesto que no tiene su origen en una acción individual de nulidad ejercitada por unos consumidores o ni siquiera en una reconvención, sino que dicha alegación ha sido utilizada como medio de defensa (excepción) frente a una reclamación dineraria formulada por la entidad prestamista por el impago del préstamo.

Y no puede ignorarse que, en la demanda, además de invocarse la cláusula de vencimiento anticipado para solicitar la condena al pago del total de lo debido, también se invocó el art. 1124 CC y se ejercitaron unas acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad. Por lo que, como la parte acreedora ha optado por el cumplimiento forzoso del contrato y no por su resolución, deberá condenarse solidariamente a los demandados al pago de las cantidades adeudadas a la fecha de interposición de la demanda, que, según la liquidación aportada por la demandante, ascendían a 1298,68 € de capital y 2053,84 € de intereses ordinarios vencidos (si bien, en ejecución de sentencia, deberá realizarse la corrección establecida por la Audiencia, no impugnada por la prestataria, respecto del periodo de cálculo: 365 días y no 360).”

- **La cláusula de afianzamiento en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.**

El TS ha dictado la sentencia número 56/2020, de 27 de enero, en la que analiza una cláusula de afianzamiento solidario en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, con un estudio pormenorizado de la jurisprudencia de la propia Sala 1ª del TS y del TJUE.⁸⁵

Así respecto de la Corte de Luxemburgo nos recuerda la doctrina comunitaria fijada en las sentencias de 17 de marzo de 1998, asunto C-45/96 y 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 y en el Auto de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15.

Para el TS: "si el contrato que da origen a la fianza y a la obligación principal, es distintivo, sin que el hecho de formalizar en un mismo instrumento público los fuja o integre, si la regulación contractual y legal de ambos vínculos es igualmente diferente y lo son también las personas de los contratantes (el acreditado es tercero en la fianza y el fiador en el préstamo, sin perjuicio de que éste delimite el riesgo que asume el fiador como garante), y, finalmente es o puede ser también distinto el contenido de los deberes y facultades de las partes (vgr. Arts. 1824, 1825 y 1826 CC) y sus causas de extinción (con el pago por el fiador se extingue su obligación y paralelamente nace sus facultades de reintegro e indemnización y de subrogación frente al deudor ex arts 1838 y 1839 CC), no cabe duda de que se trata de contratos distintos, sin que pueda afirmarse, desde una perspectiva dogmática y conceptual, que la fianza es una mera cláusula o condición general del contrato de préstamo o crédito hipotecario".

Y los contratos de fianza (ATJUE 19/11/2015, asunto C-74/15 y 14/9/2016, asunto C-534/15) también entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y el fiador puede disfrutar de la protección propia de la propia Directiva incluso en el caso de que el contrato del que nace la obligación garantizada sea una operación mercantil, siempre que el fiador tenga la condición de consumidor.

Ahora bien de ello no se deriva que los contratos de fianza suscritos por personas consumidoras en relación con operaciones de préstamo con garantía hipotecaria sean nulos *per se*, ni que dichos contratos tengan el carácter de meras cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación.

Respecto de la sobregarantía que pudiera darse, el TS resuelve que la mera existencia de varias garantías respecto de un mismo crédito no supone *per se* incurrir en la situación de sobregarantía proscrita por la disposición adicional 1ª-18 de la LGCU, pues el artículo 1844 del CC admite la existencia de

⁸⁵ Roj: STS 164/2020

dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misa deuda, y del artículo 1860 del CC se deduce la admisión de que para el aseguramiento de un mismo crédito se den varias cosas en prenda o hipoteca, y que la posibilidad de la concurrencia cumulativa de garantías personales y reales deriva del artículo 105 de la LH al prescribir que la hipoteca “no alterará la responsabilidad personales ilimitada deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil”.

Para el TS la cláusula de afianzamiento no es una condición general de la contratación.

Ahora bien dada la subsunción de los contratos de fianza en los que el fiador actúa como consumidor en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE, cabe la posibilidad de extender los controles de incorporación y transparencia material a las cláusulas de los contratos de fianza y, entre ellas, a la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división (art. 1831 y 1837 CC), en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador, en conexión con las normas vigentes en cada momento sobre las obligaciones de información en la fase precontractual (claramente reforzadas, en particular respecto de los contratos de crédito inmobiliario, en la reciente Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), la claridad de su redacción y el tratamiento secundario o no dado a la misma en el contrato, a fin de permitir el conocimiento por el fiador de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula (STS 314/2018, de 29 de mayo), aunque en este caso la finalidad de dicha información no es tanto permitir comparar ofertas, pues en puridad en la fianza gratuita no hay prestación correspondiente a cargo del acreedor, cuanto permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido.

Por último, el TS analiza la fianza solidaria y resuelve que el pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión (artículo 1831, 2 del CC), como el de división (artículo 1837 párrafo 1 del CC). Por lo que la nulidad de dichas renunciaciones por su eventual abusividad, en caso de estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria, con arreglo a la regulación dispositiva prevista en el propio Código (vid artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE).

El TS en su sentencia de 12 de febrero de 2020,⁸⁶ analiza, igualmente, la cláusula de afianzamiento en un contrato de préstamo personal, resolviendo al respecto que: “El pacto de fianza accesorio de un préstamo, si está concertado por un consumidor, no es necesariamente nulo, sino que es susceptible de los controles de incorporación, transparencia y contenido propios de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores”...” , lo

⁸⁶ Roj: STS 336/2020

determinante para la transparencia de una cláusula (pacto) de esta naturaleza es que el fiador comprenda su carga jurídica y económica, es decir, que sea consciente de que, si el deudor principal no paga, responderá en sus mismas condiciones y el acreedor podrá dirigirse contra él por la totalidad de la deuda pendiente.”

Y nos recuerda, con cita de su sentencia de 27 de enero de 2020 que:

“6.- Además, como también hemos resaltado en misma sentencia 56/2020, tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil sobre la fianza simple como respecto de la fianza solidaria (prevista expresamente en el art. 1822-2), y que el pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión (art. 1831.2º CC), como el de división (art. 1837-1 CC). Por lo que la nulidad de dichas renunciaciones a los beneficios de división, orden y excusión, por su eventual abusividad, en caso de que pudiera estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria con arreglo a la regulación dispositiva prevista en el propio Código (art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE)”.

- **Examen de oficio por parte del Juez, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de derecho y de hecho necesarios para ello.**

En la sentencia de de 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados 419/18 y 483/18, el TJUE analiza el alcance del juez para comprobar si una cláusula en que se funda la ejecución tiene carácter abusivo, resolviendo que el si el juez dispone de los datos de hecho y de derecho debe examinar de oficio las cláusulas que puedan ser abusivas (apartado 63).

En la sentencia de 19 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-453/18 y 494/18, el TJUE declara que el tribunal tiene la obligación de analizar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que fundamenta la petición y que: “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 presentación de una copia de éste”, afirmando que este requerimiento lo integra en la materia probatoria del proceso y tiene por único objeto determinar si la petición es fundada, por lo que no vulnera el principio dispositivo (apartado 52).

- **El Juez puede acordar de oficio diligencias de prueba para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula.**

En su sentencia de 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados 419/18 y 483/18, declara que si el Juez no dispone de los elementos de derecho y de hecho para determinar si una cláusula puede ser considerada abusiva, en este caso “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”. Añade 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 por la Directiva 93/13” (apartado 66), afirmando al respecto que no afecta al principio de congruencia, sino que constituye una parte de la etapa probatoria del proceso (apartado 68).

- **Análisis de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en la ejecución de un procedimiento monitorio, como consecuencia de la reforma de la LEC operada a través de la Ley 13/2009.**

El TJUE en su sentencia de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14 y Auto de 21 de junio de 2016, asunto C-122/14, ha resuelto que la Directiva 93/13/CEE 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 todos 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, al carecer la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio de competencia para realizar tal apreciación.

- **El Juez puede examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en un procedimiento monitorio basado en un pagaré que garantiza las obligaciones derivadas de un contrato de préstamo al consumo.**

El TJUE en su sentencia de 13 de septiembre de 2018, asunto C-176/17, resolvió que se opone a la Directiva 93/13/CEE, una normativa nacional 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.

- **Procedimiento de requerimiento de pago basado en un extracto de los libros de contabilidad bancarios que imposibilitan al juez a falta de recurso del consumidor de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales.**

El TJUE en su sentencia de 28 de noviembre de 2018, asunto C-632/17, resolvió que la Directiva 93/13/CEE, se opone 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 de la Directiva 2008/48/CE, 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.

- **Análisis de oficio o a instancia de parte de la posible existencia de una cláusula abusiva en un proceso de ejecución de un documento notarial directamente ejecutivo.**

En su sentencia de 26 de junio de 2019, asunto C-407/18, el TJUE ha resuelto que la Directiva 93/13/CEE 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, ni de suspender sobre esta base la ejecución forzosa solicitada.

- **Análisis de oficio de la existencia de cláusulas abusivas de un contrato formalizado con un consumidor en el que se fundamenta el crédito en un proceso monitorio europeo.**

El TJUE desde su sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, ha venido resolviendo de manera constante y reiterada que el Juez al analizar un contrato celebrado con consumidores, una vez disponga de todos los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, debe declarar, incluso de oficio, la nulidad de una cláusula que considere abusiva, aun cuando el demandado ho haya formulado oposición.

Como consecuencia de la crisis económica, para sanear los balances de algunas entidades bancarias, se procedió a la venta de carteras de créditos impagados a fondos de inversión, en el que el deudor no es parte en el negocio jurídico de la cesión de carteras de crédito, ejercitando algunas de estas entidades la reclamación del crédito desde su domicilio social fuera de España, a través del procedimiento monitorio europeo, que no requiere justificar documentalmente el contrato acreditativo del crédito que se reclama y, por tanto, impide analizar posibles cláusulas abusivas.⁸⁷

⁸⁷ Sánchez García, J: "concepto y extensión temporal del crédito litigioso". Blog Derecho de los Consumidores del CGAE. 2 de octubre de 2019.

Los Juzgados de 1ª Instancia número 20 de Barcelona y 11 de Vigo plantearon sendas cuestiones prejudiciales, dictando el TJUE su sentencia de 19 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-453/18 y C-494/18, resolviendo que:

“El Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, y los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia y a la luz del artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 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”.

- **Inexistencia de traducción de la petición de requerimiento de pago en un procedimiento monitorio europeo.**

En su sentencia de 6 de septiembre de 2018, asunto C-75/16, el TJUE resolvió que en caso de que un requerimiento europeo de pago se notifique o traslade al demandado sin que la petición de requerimiento adjunta a este se haya redactado o vaya acompañada de una traducción en una lengua que se presume que el demandado entiende, debe informarse debidamente al demandado de su derecho a negarse a aceptar el documento de que se trata, sin que este requerimiento adquiera fuerza ejecutiva y el plazo concedido al demandado para presentar escrito de oposición no comienza a correr, de modo que el artículo 20 del Reglamento n.º 1896/2006 no resulta de aplicación.

- **Ámbito de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE de una cláusula contractual que se remite al derecho nacional aplicable para determinar la competencia judicial para**

conocer de los litigios que puedan surgir entre las partes del contrato.

En la sentencia de 3 de abril de 2019, asunto C-266/18, el TJUE se pronuncia respecto de las dos preguntas que se le formulan, en cuanto a la competencia judicial para conocer de los litigios que puedan surgir entre las partes del contrato.

En primer lugar, resuelve que la Directiva 93/13/CEE 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 contrato.

Y, en segunda lugar, 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 nacional.

Y en la sentencia de 4 de septiembre de 2019, asunto C-347/18, el TJUE resolvió que el artículo 53 del Reglamento (UE) n.º 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, en su versión modificada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/281 de la Comisión, de 26 de noviembre de 2014, en relación con el artículo 47 de la CDFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el tribunal de origen que conoce de la solicitud de expedición del certificado previsto en el citado artículo 53, en relación con una resolución judicial definitiva, pueda verificar de oficio si se han infringido las disposiciones de la sección 4 del capítulo II de dicho Reglamento, a fin de informar al consumidor acerca de la eventual infracción constatada y permitir que este último valore con pleno conocimiento de causa la posibilidad de utilizar la vía de recurso que prevé el artículo 45 del propio Reglamento.

- **Plazo para formular oposición que no provoque indefensión al consumidor.**

En la sentencia de 13 septiembre de 2018, asunto C-176/17, declara que “la obligación que resulta del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, de prever modalidades procesales que permitan garantizar el respeto de los derechos que dicha Directiva confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial efectiva, consagrada también en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. Esta 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” (apartado 59).

También declara que entre los medios adecuados y eficaces “que deben garantizar a los consumidores un derecho a la tutela judicial efectiva 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 93/13” (apartado 63).

En el caso concreto considera que el plazo de dos semanas para formular oposición es insuficiente ya que 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 precisar hechos y proponer prueba” (apartado 65). Estos requisitos procesales junto con el plazo tan breve consideran que “implican el riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule oposición o de que ésta sea inadmisibile” (apartado 66).

- **Intervención de las asociaciones de consumidores y usuarios en los litigios individuales.**

En la sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-448/17, el TJUE resuelve sobre la intervención de las asociaciones de consumidores y usuarios en los litigios individuales. En este caso el TJUE afirma que no existe normativa de la Unión, por lo que se remite al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal (apartado 36).

El TJUE declara 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, en particular a su derecho a ejercer acciones colectivas (apartado 41).

- **La legislación nacional puede establecer un recurso obligatorio a un procedimiento de mediación.**

En su sentencia de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16 y en el marco de un procedimiento monitorio, respecto del establecimiento de un procedimiento de mediación obligatorio, resolvió que:

“La 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) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, conforme a la cual, en los litigios contemplados en el artículo 2, apartado 1 de esta Directiva, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial relativa a dichos litigios, en la medida en que tal exigencia no impide que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial.

En cambio, dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, que establece que en el marco de tal mediación los consumidores deben ser asistidos por un abogado y que únicamente pueden retirarse de un procedimiento de mediación si demuestran que existe una causa justa que sustente su decisión”.

- **El artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público.**

En el apartado 35 de la sentencia de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16 el TJUE reitera que el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público y en el apartado 53 de su sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, el TJUE nos recuerda que "según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cuestión de si una cláusula contractual debe declararse abusiva ha de asimilarse a una cuestión de orden público, incumbiendo al juez nacional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 44, y de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartados 40, 41 y 44).

Doctrina comunitaria de la que, una vez, más se ha hecho eco la Sala 1ª del TS en sus sentencias de 19 de diciembre de 2018,⁸⁸ y 12 de diciembre de 2019, resolviendo que la consumación o extinción del contrato no impiden el ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula abusiva, analizando la importancia de la figura jurídica comunitaria del orden público.⁸⁹

▪ **Conclusiones del Abogado General del TJUE Sr. Henrik Saugamandsgaard, en la cuestión prejudicial C-452/18, pendiente de sentencia.**

El 30 de enero de 2020, el Abogado General Sr. Henrik Saugamandsgaard, presentó sus conclusiones en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número tres de Teruel, como consecuencia de la doctrina fijada por la Sala 1ª del TS en su sentencia de 11 de abril de 2018,⁹⁰ con el voto particular del Magistrado Sr. Javier Orduña, respecto de las novaciones/transacciones en los contratos de préstamo

⁸⁸ Sánchez García, J: "Cláusulas suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales Breves comentarios a la sentencia del TS de 11 de abril de 2018. Revista de Derecho vLex - Núm. 167, Abril 2018.

⁸⁹ Vallejo Ros, C: "La consumación o extinción del contrato no impiden el ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula abusiva: STS Pleno Sala de lo Civil de 12 de diciembre de 2019. Blog Derecho de los Consumidores del CGAE. 8 de enero de 2020.

⁹⁰ Roj: STS 1238/2018

con garantía hipotecaria (validez de los acuerdos extrajudiciales en las cláusulas suelo),⁹¹ proponiendo el Abogado General al Tribunal:⁹²

«A la vista de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel:

- «1) Cuando un profesional y un consumidor están vinculados por un contrato, en el marco del cual se suscitan serias dudas en cuanto al potencial carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de una cláusula del contrato y las partes, mediante un acuerdo posterior, han modificado la cláusula en cuestión, confirmado la validez del contrato inicial y renunciado mutuamente a ejercitar acciones que traigan causa de su clausulado, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva no se opone a que dicho acuerdo tenga eficacia vinculante respecto al consumidor, siempre que medie el consentimiento libre e informado de este último a tal acuerdo.
- 2) Una cláusula contractual no ha sido objeto de una negociación individual, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, cuando el consumidor no ha tenido la posibilidad real de influir sobre su contenido. Este extremo ha de apreciarse a la luz de las circunstancias concurrentes en el proceso de celebración del contrato y, en particular, del alcance del diálogo mantenido entre las partes en relación con el objeto de dicha cláusula. Cuando se trata de una cláusula tipo redactada de antemano, corresponde al profesional aportar la prueba de que esta ha sido objeto de tal negociación, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la citada Directiva.
- 3) Una cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales que no ha sido objeto de una negociación individual es abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, salvo cuando se estipula en un contrato cuyo objeto mismo es resolver una controversia entre el consumidor y el profesional. No obstante, incluso en ese caso, tal cláusula debe cumplir el imperativo de transparencia que resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la citada Directiva. Cuando, en el marco de tal contrato, las partes convienen una cláusula por la que renuncian mutuamente a impugnar por la vía judicial la validez de una cláusula preexistente,

⁹¹ Sánchez García, J: "Cláusulas suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales Breves comentarios a la sentencia del TS de 11 de abril de 2018. Revista de Derecho vLex - Núm. 167, Abril 2018.

⁹²<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=222898&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5055461>

se considera que un consumidor medio comprende las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan para él si, en el momento en que celebra dicho contrato, es consciente del posible vicio que afecta a esta nueva cláusula, de los derechos que podría hacer valer en virtud de la referida Directiva a este respecto, del hecho de que es libre de firmar dicho contrato o bien negarse a ello y recurrir a la vía judicial y de que una vez convenida dicha cláusula ya no podrá hacerlo.

- 4) Debe considerarse que una cláusula suelo que no ha sido objeto de una negociación individual es transparente, en el sentido de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, cuando el consumidor está en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula. En particular, el contrato que la contiene debe exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo al que se refiere dicha cláusula. En cambio, no se puede exigir al profesional que exponga, de cara al futuro, las cuotas que tendría que pagar el cliente en ausencia de esa cláusula.»

Estamos pendiente de que el TJUE dicte la sentencia, pero, sin duda, es uno de los temas que más debate ha generado en la doctrina científica, en estos últimos años.⁹³

▪ **Conclusiones del Abogado General TJUE Sr. Maciej Szpunar del TJUE, en la cuestión prejudicial C-125/18, pendiente de sentencia.**

El 30 de septiembre de 2019, el Abogado General Sr. MACIEJ SZPUNAR,⁹⁴ presentó sus conclusiones en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 38 de Barcelona, como consecuencia de la doctrina fijada por la Sala 1ª del TS en su sentencia de 14 de diciembre de 2017,⁹⁵ con el voto particular de los Magistrados Sr. Javier Orduña y Francisco Javier Arroyo, respecto del índice IRPH en los contratos de

⁹³ Martín Lopez, MJ "El acuerdo novatorio y/o transaccional sobre la cláusula suelo en un préstamo hipotecario. Argumentos que justifican el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Centro de Estudios de Consumo. 13 de marzo de 2019.

⁹⁴ Alvarez, S: "Las dudas sobre la transparencia del IRPH y el discutible informe del Abogado General". Diario La Ley, Nº 9516, Sección Tribuna, 12 de Noviembre de 2019.

⁹⁵ Roj: STS 4308/2017

préstamo con garantía hipotecaria (validez de los acuerdos extrajudiciales en las cláusulas suelo), proponiendo el Abogado General al Tribunal:⁹⁶

- 1) "A la vista de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona (España):

«1) La Directiva 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 una cláusula contractual pactada entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable, no está excluida del ámbito de aplicación de esta Directiva.

- 2) El artículo 8 de la Directiva 93/13 se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4, apartado 2, de dicha 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.

La información que el profesional debe facilitar al consumidor para cumplir, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13, la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el índice de referencia de préstamos hipotecarios de las cajas de ahorro (**IRPH** Cajas), cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio debe:

- por una parte, ser suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice, y,

⁹⁶<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=IRPH&docid=217553&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5058576#ctx1>

- por otra parte, referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.

Corresponde al juez nacional, al efectuar el control de la transparencia de la cláusula controvertida verificar, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, por una parte, si el contrato expone de manera transparente el método de cálculo del tipo de interés, de manera que el consumidor estuviera en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que del mismo se derivaban para él y, por otra parte, si este contrato cumple con todas las obligaciones de información previstas en la normativa nacional.»

La sentencia se conocerá el 3 de marzo de 2020.

Granada, a veintiuno de febrero de dos mil veinte.