

A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces*

Thirty years on. The implementation of Directive 93/13 on unfair terms, a joint and progressive task of legislators and judges

CARMEN JEREZ DELGADO*
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO VERDÚN PÉREZ**
Abogado

Recibido:14.12.2022/Aceptado:17.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7548

Resumen: Transcurridos treinta años desde que se publicó la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, en España continúa el proceso de progresiva implementación, legal y jurisprudencial, en el que los jueces juegan un importante rol a través de la cuestión prejudicial. Esta Directiva es -como ninguna otra- un paradigma del juego institucional entre los Estados miembros y la Unión Europea. Y muy concretamente lo es el caso español. Una Directiva que en principio tiene contenido material o sustantivo, ha resultado ser un auténtico caballo de Troya en el Derecho formal (procesal) español, viniendo a alterar sus principios clásicos, ante el estupor de la doctrina procesalista.

Palabras clave: Cláusulas abusivas, Derecho procesal europeo de consumo, Directiva 93/13.

Abstract: Thirty years after the publication of Directive 93/13 on unfair terms, the process of progressive implementation continues in Spain, both legally and jurisprudentially, in which the judges play an important role through the preliminary ruling question. This Directive is - like no other - a paradigm of the institutional game between the Member States and the European Union. The Spanish case is a case in point. A Directive that in principle has a material or substantive content has turned out to be a real Trojan horse in Spanish formal (procedural) law, altering its classic principles, to the astonishment of procedural doctrine.

Keywords: Unfair terms, European consumer procedural law, Directive 93/13.

*Este trabajo se realiza al amparo del proyecto “Hacia un Derecho Procesal de Consumo: un paso en la modernización de la jurisdicción civil en el contexto europeo” (PID2020-117624GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. El texto se presenta en coautoría, correspondiendo a Carmen Jerez el escrito (sistematización, planteamiento, desarrollo y conclusiones) y a Francisco Verdún la contribución al denso apartado VI (la información jurisprudencial de este apartado se debe al autor, y la autora la ha empleado, sistematizándola), la localización de algunas fuentes bibliográficas y la revisión general del artículo.

*carmen.jerez@uam.es

**info@verdunabogados.com

Sumario: I. Planteamiento. II. La transposición de la Directiva 93/13 en el ámbito sustantivo. III. El fuerte impacto de la Directiva 93/13 en el ámbito procesal. IV. Paradigma: El caso *Aziz* y la modificación del procedimiento de ejecución hipotecaria. 1. La cuestión prejudicial. 2. La reacción del legislador. V. La Directiva 93/13 y la revisión del principio de autonomía procesal de los Estados miembros. VI. Avances en la implementación de la Directiva a impulsos de la cuestión prejudicial planteada por los jueces españoles. 1. Desde la perspectiva sustantiva. 2. Desde la perspectiva procesal. VII. La implicación de los Tribunales Supremo y Constitucional en la implementación de la Directiva. Particular atención a los principios de cosa juzgada y *reformatio in peius*. La acumulación de litigios en materia de consumo. VIII. La necesidad de sistematizar el Derecho procesal europeo de consumo. IX. Conclusiones y reflexiones finales.

I. Planteamiento

1. En relación con la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, se ha producido en España un fenómeno curioso y digno de observación: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha traspasado los límites del Derecho material -propio de la Directiva- y ha entrado de lleno en el ámbito procesal de nuestro país. Y si bien el legislador hizo inicialmente la transposición de la Directiva como corresponde, en normas civiles relativas al Derecho de consumo (en sentido material), a la vuelta de los años se ha visto compelido por el TJUE para modificar varias normas procesales. Esta jurisprudencia europea ha sido secundada tanto por el legislador como por la cúpide judicial representada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

2. Lo interesante es, quizás, que este fenómeno se origina por la actuación de los jueces nacionales. El itinerario ha sido el siguiente: El TJUE ha dictado auténticas normas al responder a la cuestión prejudicial planteada por los jueces nacionales, relativa a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Muchos jueces españoles –y destacadamente el juez de lo mercantil de Barcelona, José M^a Fernández Seijo-, han sido protagonistas en este ámbito. Y, aunque el contenido de la Directiva consultada fuera básicamente Derecho sustantivo, las respuestas del TJUE han tenido un impacto más allá de este ámbito material, alcanzando al Derecho procesal¹.

3. Este estudio tiene por objeto ofrecer una síntesis panorámica del proceso de implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, que nos permite presentar -como ninguna otra- el juego de los poderes nacionales españoles -legislativo y judicial- en el esfuerzo de adaptación del sistema interno a los dictados europeos: A la vuelta de los años, se comprueba que la incorporación de la Directiva 93/13 en España se ha realizado de modo progresivo, y es resultado tanto de la tarea del legislador como del diálogo de nuestros jueces con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A la vez, se llega a la conclusión de que siendo una Directiva de contenido material o sustantivo (civil), sólo queda plenamente implementada cuando se ve afectado el Derecho formal (procesal), ante el consiguiente estupor de la doctrina procesalista.

¹ Como ha explicado M. JIMENO BULNES, en “El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en derecho procesal español”, *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los Tribunales*, JIMÉNEZ CONDE (Dir.), Tirant lo Blanch, 2018 (pp. 101-135), los mejores ejemplos del diálogo entre tribunales europeos y nacionales son el de las cláusulas abusivas en materia civil y el de órdenes de detención europea en sede penal, y –entre ambos- el que muestra en mejor medida su incidencia en el Derecho procesal español es el primero (p. 104).

II. La transposición de la Directiva 93/13 en el ámbito sustantivo

4. En España se pensó que el lugar idóneo para realizar la transposición de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, era la normativa civil especial de protección de los consumidores:

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (CGC), modificó la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), a fin de realizar la transposición de la Directiva: La Ley de CGC añadía un artículo 10.bis a la mencionada LGDCU, con la definición de “cláusula abusiva” y una Disposición adicional primera que recogía un listado de cláusulas abusivas conforme al listado de la Directiva y añadiendo otras que se consideraban como tales conforme al Derecho español. En su artículo 8.2, la Ley de CGC (1998) remitía el régimen jurídico de las condiciones generales abusivas a esos dos nuevos textos que incorporaba a la entonces vigente LGDCU de 1984.

Cuando el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), derogó la anterior LGDCU de 1984 (para fusionar su contenido con otras normas de protección de consumidores en un único texto), incorporó el contenido de la Directiva en los artículos 80 y siguientes².

5. El legislador español, al hacer en 1998 la trasposición de la Directiva 93/13, expresó su voluntad como un deseo magnánimo en los siguientes términos: “Se ejercita la facultad del Estado obligado a trasponer la Directiva comunitaria de poder incrementar el nivel de protección más allá de las obligaciones mínimas que aquella impone” (Exposición de Motivos de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, CGC). Sin embargo, a la vuelta de los años se puso de manifiesto la necesidad de reformas más profundas o más amplias, no sólo en el Derecho sustantivo sino que alcanzasen también al ámbito procesal, a fin de hacer efectiva la defensa de los consumidores.

6. El motor de una y otra ampliación de los campos en que la Directiva debía incidir en el Derecho interno lo ha constituido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a raíz de las cuestiones prejudiciales formuladas sobre la interpretación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, y su compatibilidad con la legislación y jurisprudencia nacionales.

Desde el punto de vista del Derecho material, esta jurisprudencia ha querido recogerse en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de crédito inmobiliario. De este modo, se pretende consolidar soluciones a los grandes frentes que fueron abriéndose por los jueces ante el TJUE y dando lugar a nueva jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas (cláusulas suelo, vencimiento anticipado, hipotecas multidivisa, etc.)³.

III. El fuerte impacto de la Directiva 93/13 en el ámbito procesal

7. Como hemos anunciado, la implementación de la Directiva 93/13 en el ámbito civil material o sustantivo, no cierra el panorama de las dimensiones del Derecho interno que se han visto afectadas. En concreto, la doctrina procesalista percibe la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, como un *caballo de Troya* en lo que al ámbito de su disciplina se refiere. Y es que, cuando se trata de cláusulas abusivas, los principios procesales clásicos parecen saltar por los aires como efecto de la jurisprudencia del TJUE en la materia.

Así lo ponen de manifiesto —entre otras— expresiones tales como que la jurisprudencia del TJUE parece provocar la “deconstrucción” de los principios procedimentales básicos sobre los que se asienta

² Actualmente, artículos 80 a 91 TRLGDCU.

³ En este sentido, C.C. CASTILLO MARTÍNEZ (“Derechos reales e hipotecario: en el umbral de un nuevo horizonte”, *Diario La Ley*, 27 mayo 2022), considera “prácticamente superados” los interrogantes relativos a las “cláusulas suelo, vencimiento anticipado, hipoteca multidivisa, interés de demora”, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

la seguridad jurídica (F. Adán Domenech⁴, M. López Gil⁵); que “la cosa juzgada ha muerto” (A.J. Pérez-Cruz Martín)⁶; o que el control de oficio de la abusividad de las cláusulas por el juez puede suponer “un ataque frontal al principio dispositivo” (S. González García)⁷; que el “tribunal dejará de ser imparcial y tomará partido por uno de los litigantes” (M. Serrano Masip)⁸; o bien, en términos más castizos, se pregunta: “Ante la jurisprudencia del TJUE, ¿por qué el Derecho procesal tiene que pagar los platos rotos?” (J. Damián Moreno⁹).

8. Una posible respuesta, aportada por alguno de estos autores, es la siguiente: Así como la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y los principios procesales se elaboraron en el siglo XIX sobre la base del principio de igualdad de partes, y así como el Código civil en materia de contratos descansa sobre ese mismo principio de igualdad de los contratantes, así también sucede que, al desarrollarse el Derecho de consumo en el siglo XX sobre una base distinta (la desigualdad entre el consumidor y el profesional), el principio de protección del consumidor por el que se decanta el legislador en el ámbito de los contratos de consumo, acaba afectando a los principios procesales clásicos para hacerse efectivo. Da lugar así, en el siglo XXI a un Derecho procesal específico (como sucede en el ámbito de las obligaciones y contratos): El Derecho procesal de consumo¹⁰.

9. Desde la perspectiva civil, se ha intentado explicar que -como sucede con toda nulidad absoluta- la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas que hace la Directiva 93/13/CEE es cuestión de orden público y que -por consiguiente- el efecto que debía haber producido en el ámbito procesal era sencillamente una multiplicación de los casos en que el juez debía apreciar de oficio la nulidad¹¹. Pero

⁴ F. ADAN SOMÉNECH, “Deconstrucción del ordenamiento procesal español (Deconstructing the Spanish procedural code)”, *Justicia*, 2018, núm. 2, pp. 223-268. El autor califica de “tsunami jurídico” el efecto de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento procesal español. A su juicio, aplicar dicha jurisprudencia y las Directivas europeas supone un quebranto de “los principios básicos y dogmas procesales españoles”, por lo que considera que “el principal desafío” del legislador español consiste en “dar solución a estas incoherencias e incompatibilidades” a fin de permitir la “convivencia armónica con el ordenamiento comunitario” (p. 223).

⁵ M. LÓPEZ GIL, en “El principio *tantum appellatum quantum devolutum* en la justicia de consumo: una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE”, *Actualidad Civil*, La Ley-Wolters Kluwer, online, nº 5, 2022.

⁶ A.-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, “La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)”, en *Actualidad civil*, La Ley-Wolters Kluwer, online, nº 7, 2022.

⁷ S. GONZÁLEZ GARCÍA, “El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores?”, *Diario La Ley*, 15 diciembre 2017.

⁸ M. SERRANO MASIP, “Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Derecho interno”, *Revista de Estudios Europeos*, n. 68, julio-diciembre 2016, pp. 5-32, p. 31.

⁹ J. DAMIÁN MORENO, “Ante la jurisprudencia del TJUE, ¿por qué el Derecho procesal tiene que pagar los platos rotos?”, *V Encuentro sobre Jurisprudencia Europea*, Centro Español del *European Law Institute* (Spanish Hub), online, 15 mayo 2020. En sentido semejante, M. LÓPEZ GIL (“El principio *tantum appellatum quantum devolutum* en la justicia de consumo: una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE”, *Actualidad Civil*, mayo 2022) busca una interpretación conciliadora de la jurisprudencia del TJUE con el Derecho procesal nacional, cuya inadmisión haría necesario, a su juicio, abordar “la creación de un proceso especial en materia de consumo regido por otros principios” (*Resumen*).

¹⁰ Conversaciones con el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, profesor Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho procesal, en diciembre de 2020. Actualmente, el autor da una explicación muy valiosa de cómo está funcionando el sistema: J. DAMIÁN MORENO, “El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022”, *Diario La Ley*, 21 noviembre 2022.

¹¹ En este sentido se han pronunciado algunos civilistas en sus tesis doctorales: Destacadamente, J.M. MARTÍN FUSTER, *La apreciación de oficio de la nulidad. La protección de los consumidores y otros supuestos prácticos*, Atelier, 2021, pp. 49-74 (el autor trae a colación un interesante informe del *Max Planck Institute* de Luxemburgo, dedicado al Derecho procesal, que permite constatar que en otros países de la Unión no se ha producido el fenómeno español de reformas procesales porque se ha tratado el asunto conforme a los principios *iura novit curia* y de nulidad de los actos contrarios al orden público, pp. 101-109, p. 107); Indirectamente, B. DEL CAMPO ÁLVAREZ, *Nulidad parcial en los contratos*, Aranzadi, 2021. Ambos autores hacen elenco de supuestos de nulidad absoluta por incompatibilidad con el orden público y señalan el deber del juez de apreciación de oficio: No sólo en materia de cláusulas abusivas, sino, por ejemplo, cuando advierte sobreprecio en la venta de viviendas de protección oficial, cuando se introducen en el contrato de arrendamiento cláusulas contrarias a las normas imperativas (ambos autores), cuando se aprecia usura, o se renuncia a derechos indisponibles, se vulnera la normativa de aprovechamiento por turnos, se declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, se declara la nulidad de un testamento, la nulidad de un contrato por falta de forma, o pactos prematrimoniales contrarios al orden público, entre otros ejemplos (Martín Fuster).

quizás no fuera tan sencillo, habida cuenta de las características de los procedimientos civiles que se verían afectados.

10. Piénsese que algunos procedimientos especiales, en que el juez (o el notario) debían lidiar con las citadas cláusulas abusivas, no les permitían declarar la nulidad (asunto que se relegaba a los procedimientos declarativos ordinarios): Este era el caso, por ejemplo, del procedimiento de ejecución hipotecaria¹². Por esta razón, los jueces españoles formularon cuestiones prejudiciales ante el TJUE, a fin de contrastar la compatibilidad de nuestras normas procesales con lo dispuesto en la Directiva. La respuesta del TJUE a estas cuestiones -declarando la incompatibilidad- dio lugar a un conocido efecto *dominó* de reformas procedimentales (procedimiento de ejecución hipotecaria, judicial y notarial¹³; fase ejecutiva del procedimiento ordinario¹⁴; procedimiento monitorio¹⁵; procedimiento de jura de cuentas¹⁶). Por consiguiente, la labor del legislador en el ámbito procesal obedece a las indicaciones del TJUE: En concreto, son normas dirigidas a la correcta implementación del principio de apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, conforme al cual el juez debe declarar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva, sea cual sea el tipo de procedimiento¹⁷ (lo que en ocasiones ha llevado a soluciones insólitas desde el punto de vista procesal, como veremos más adelante).

11. Probablemente, el ejemplo más ilustrativo y conocido de la adaptación de la ley procesal a la Directiva 93/13 es el originado por el caso *Aziz*: Veámoslo.

IV. Paradigma: El caso *Aziz* y la modificación del procedimiento de ejecución hipotecaria

12. Desde una perspectiva de Derecho procesal europeo de consumo, el Caso *Aziz*¹⁸ es sin duda

¹² A partir del año 2000, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, pasó a regular en España el procedimiento de ejecución hipotecaria, antes contenido en la Ley hipotecaria, y modificó los artículos de esta última. Desde entonces, el artículo 129 de la Ley hipotecaria remite el régimen jurídico de la acción hipotecaria a la propia LEC, cuando se trate de un procedimiento judicial, o bien –como hacía antes- sigue remitiéndose al Código civil y al régimen previsto en el Reglamento hipotecario cuando exista pacto entre las partes para la ejecución extrajudicial (artículo 1858 CC; véase también el artículo 1872 CC). Los artículos 222 y siguientes del Reglamento hipotecario se refieren al ejercicio de la acción hipotecaria, distinguiendo según ésta se resolviera en un procedimiento ejecutivo ordinario, un procedimiento judicial sumario (derogado por la LEC), o un procedimiento ejecutivo extrajudicial.

Por ser el procedimiento de ejecución hipotecaria un procedimiento ágil, sumario, el artículo 698.1 LEC establece que cualquier pretensión contraria se ventilará en el juicio correspondiente “sin producir nunca el efecto de entorpecer el procedimiento que se entabla en el presente capítulo”, incluso aunque “versen sobre la nulidad del título, o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda”. Además, ni el juez de un procedimiento declarativo ordinario puede adoptar medidas cautelares de oficio que paralicen la ejecución hipotecaria conforme a lo dispuesto en el artículo 721 LEC, ni el juez de un procedimiento declarativo ordinario puede adoptar medidas cautelares que paralicen la ejecución hipotecaria.

¹³ Ambos, a impulsos del caso *Aziz*, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que modificó los artículos 695.1 y 4 LEC y 129 LH, respectivamente.

¹⁴ Por la misma Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que modificó los artículos 552.1 y 561.1 LEC.

¹⁵ Reforma también impulsada por el TJUE, al resolver el caso *Banco Español de Crédito* (sentencia TJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10). Por otra parte, en el contexto del procedimiento monitorio europeo (Reglamento CE nº 1896/2002), con ocasión de la sentencia TJUE de 19 de diciembre de 2019 (caso *Bondora*, asuntos C-453/18 y C-494/18) y la aplicación al mismo de la doctrina conforme a la cual no se expedirá procedimiento de apremio para el pago contra un consumidor cuando no se haya hecho previo control de las cláusulas del contrato (lo que en principio, requerirá fase de contradicción), se ha planteado su ampliación al proceso europeo de escasa cuantía (X. FERREIRO BAAMONDE, “La protección procesal a los consumidores: proceso monitorio europeo y proceso europeo de escasa cuantía. ¿Hacia un nuevo Derecho procesal en las relaciones de consumo?”, *Actualidad Civil*, nº 9, septiembre 2022).

¹⁶ Sentencia TJUE de 22 de septiembre de 2022, *Vicente y Delia*, asunto C-335/21.

¹⁷ Por toda referencia: Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, 2019/C 323/04, DOUE 27.9.2019 (apartado 5).

¹⁸ Sentencia del TJUE de 14 marzo de 2013 (asunto C-415/11). Los hechos del caso son los siguientes: El 19 de julio de 2007, *Aziz* firmó un contrato de préstamo hipotecario en escritura pública con el banco Catalunya Caixa. La escritura contaba con una cláusula de condiciones generales (cláusula nº 15), en virtud de la cual se acordó que la entidad bancaria podía dar por

el más destacado pues llevó al legislador español a introducir una rápida modificación del procedimiento hipotecario, judicial y extrajudicial¹⁹. Si nos detenemos en él, podemos analizar la cuestión prejudicial, primero, y, la reacción del legislador, después²⁰.

1. La cuestión prejudicial

El 19 de julio de 2011, el juez del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, José M^a Fernández Seijo, encargado de resolver la demanda de nulidad del procedimiento ejecutivo interpuesta por Aziz, dictó auto elevando una cuestión prejudicial ante el TJUE, habida cuenta de la previa jurisprudencia del TJUE, en relación con la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, conforme a la cual el juez que instruye un procedimiento *puede y debe* apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el contrato. La cuestión prejudicial puso el foco de atención sobre los siguientes aspectos:

Primero: Conforme a la ley española, el demandado no podía paralizar la ejecución de la hipoteca oponiendo la existencia de cláusulas abusivas en el contrato²¹;

Segundo: Conforme a la ley española, el juez no podía apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria²²; y,

vencido anticipadamente el crédito desde que se produjese el impago de una de las cuotas mensuales en que estaba fraccionada la devolución del préstamo; Además, se fijó un interés moratorio de un 18,75 %, que se añadía al 4,87% de interés ordinario; Por último, se convino que, llegado el momento –en su caso– de la liquidación del contrato, el banco pudiera hacerla unilateralmente.

Aziz era un trabajador marroquí que, desde 1993, venía ganando un salario de entre mil cien y mil trescientos euros al mes. Contrató el préstamo hipotecario para adquirir una vivienda en la que habitaría con su mujer y otros dos familiares. La deuda inicial era de 115.821 euros. La amortización del préstamo tendría lugar en 33 anualidades. El número de cuotas a pagar era de 396, una al mes. Cada cuota tenía el valor de 701,04 €, lo que suponía un 70% de su sueldo.

En 2008, cuando en España se sienten de pleno los efectos del denominado *pinchazo de la burbuja inmobiliaria*, Aziz perdió su empleo. Comenzó así el impago de las cuotas del préstamo hipotecario. Tras cuatro meses desde el cese de los pagos (de junio a septiembre de 2008), el banco decidió aplicar la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, iniciando acciones judiciales el 16 de octubre de 2008. Por telegrama de fecha 21 de enero de 2009, se comunicó al deudor demandado que el importe adeudado ascendía a aproximadamente 140.000 euros (esto es, en torno a 25.000 euros más de lo inicial), más los intereses y los gastos.

El 11 de marzo de 2009, se inició un procedimiento ejecutivo contra Aziz, conforme a lo dispuesto en el artículo 685 LEC. El 5 de diciembre de 2009, se dictó auto despachando ejecución, a la vez que se notificaban al deudor los derechos que le correspondían: En primer lugar, por tener el bien ejecutado la condición de vivienda familiar, podía liberarlo mediante consignación de la cantidad vencida hasta el momento, conforme a lo dispuesto en el artículo 693.3 LEC; Además, si fuera el caso, podía alegar –a fin de dejar en suspenso la ejecución– alguna de las causas de oposición que, con carácter exhaustivo, enumeraba el artículo 695 LEC (entre las cuales no se contemplaba la existencia de cláusulas abusivas en el contrato). El 20 de julio de 2010, el bien inmueble fue adjudicado al acreedor por el 50% de su valor, ya que la subasta quedó desierta por falta de licitadores. Aziz interpuso una demanda de nulidad del procedimiento ejecutivo, alegando la nulidad de las cláusulas abusivas que habían dado lugar al mismo. En la demanda solicita los siguientes aspectos: 1º Que se declare la nulidad de la cláusula nº 15, de condiciones generales; 2º Que, en consecuencia, se declare la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria; y, 3º Que se declare la validez y eficacia del resto del préstamo hipotecario.

¹⁹ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

²⁰ Me tomo la licencia de traer aquí el caso conforme lo redacté para mi trabajo titulado “Reacciones del legislador como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE. En particular, la reforma procesal tras el caso *Aziz*”, *Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordenungen*, T. Arroyo/J. Kindl (dir.), Nomos, Münster, 2019, pp. 39-62.

²¹ El demandado no podía paralizar la ejecución oponiendo la existencia de cláusulas abusivas en el contrato porque el artículo 695 LEC no contemplaba, entre las causas de oposición, la mencionada.

²² Aunque recordemos que, ya antes del caso *Aziz*, el TJUE había comenzado a declarar que el juez no sólo podía apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, sino que incluso debía hacerlo, es decir, estaba obligado a ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE. La razón que lo justifica es que el consumidor está en una situación de vulnerabilidad frente al empresario tanto en lo que a la capacidad de negociar se refiere como en lo que afecta a la información, por lo que debe recuperarse el equilibrio contractual con medidas especiales de protección del consumidor. Conforme a la doctrina del TJUE, este reequilibrio de la igualdad de los contratantes requiere la intervención de terceros ajenos al contrato: en particular, el juez que conozca del asunto; Así, en las SSTJUE 27 junio 2000 (caso *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, EU:C:2000:346), 16 octubre 2006 (caso *Mostaza Claro*, EU:C:2006:675) y 6 octubre 2009 (caso *Asturcom Telecomunicaciones*, EU:C:2009:615), entre otras. Véase: M^a J. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, *Diálogo entre los Tribunales españoles y el TJUE sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE*, Colegio de Registradores, 2018, pp. 33-48.

Tercero: Conforme a la ley española, el juez de un procedimiento declarativo ordinario sobre la nulidad de las cláusulas no podía adoptar medidas cautelares que paralizasen la ejecución hipotecaria que estuviera llevándose a cabo en un procedimiento paralelo.

Los tres aspectos fueron declarados por el TJUE incompatibles con la Directiva 93/13/CEE en el caso *Aziz*. El legislador tomó medidas en relación con los dos primeros, pero no consideró necesario modificar el tercer y último aspecto consultado.

2. La reacción del legislador

Dos meses después de que el TJUE dictara sentencia resolviendo el caso *Aziz*, el Reino de España ponía de manifiesto su docilidad a los dictámenes del Alto Tribunal de la UE, introduciendo importantes modificaciones en el Derecho interno a través 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:

Primera: El demandado podrá oponerse a la ejecución hipotecaria alegando la existencia de cláusulas abusivas en el contrato (artículos. 695.1.4º y 557.1.7ª LEC);

Segunda: El juez (o, en su caso, el notario) del procedimiento ejecutivo hipotecario puede y debe apreciar de oficio -o a instancia de parte- la existencia de cláusulas abusivas (artículos 552.1 LEC²³, 129 LH, 83 TRLGDCU)²⁴.

La reforma no modifica ni el artículo 698 LEC (que prohíbe interrumpir el procedimiento ejecutivo hipotecario), ni el artículo 721 LEC (relativo a las medidas cautelares, que tiene como límite lo dispuesto en el citado 698 LEC). A favor de esta decisión del legislador se pronunció Á.F. CARRASCO²⁵. Si ya se admite la oposición a la ejecución hipotecaria alegando la existencia de cláusulas abusivas, no es preciso introducir como medida cautelar en un procedimiento ordinario que -por ejemplo- pudiera celebrarse en paralelo, la oposición de las cláusulas abusivas en el procedimiento ejecutivo.

V. La Directiva 93/13 y la revisión del principio de autonomía procesal de los Estados miembros

13. A mi juicio, la mayor aportación científica que conlleva analizar el caso *Aziz* y su impacto en el Derecho interno radica en advertir cómo una Directiva que, en principio, contiene normas de Derecho sustantivo, acaba afectando de lleno al Derecho procesal, ámbito al que no estaba dirigida. La Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, es un ilustrativo ejemplo de hasta qué punto el principio de autonomía procesal de los Estados miembros puede verse afectado y limitado por los principios de primacía del Derecho de la unión y de equivalencia y efectividad, o -indistintamente- por el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47 Carta de Derechos fundamentales UE) del consumidor. Las cuestiones que se derivan de ello son, a mi juicio, de notorio calado²⁶.

14. El principio de autonomía procesal de los Estados miembros (que bien puede derivarse del artículo 19.II del Tratado de la Unión Europea y del artículo 291.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)²⁷, está reconocido por la jurisprudencia del TJUE, más bien para delimitarlo por los

²³ Cabe relacionarlo con el artículo 681.1 LEC.

²⁴ Más aún si están complementados con la jurisprudencia del TJUE.

²⁵ A.F. CARRASCO PERERA, "La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria, y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n. 6, 2013, pp. 58-65. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/301>

²⁶ Me refiero a cuestiones tales como el rol de la jurisprudencia del TJUE en el sistema de fuentes; el rol del propio TJUE como "tutor" del legislador en relación con la transposición de la Directiva, y por supuesto como "tutor" de los Jueces y Magistrados a la hora de interpretarla. En definitiva, suscita la cuestión de si estamos ante un sistema de *Common Law*, con la consiguiente función normativa del precedente cuando del TJUE se trata.

²⁷ R. PAZOS CASTRO (*El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 683) lo vincula con el considerando 24 de la Directiva 93/13/CE. El autor subraya la "fuerte relación" que conecta el derecho subjetivo y el ámbito procesal, y considera necesaria "una adecuada estructura procesal" que haga efectivos los dere-

principios de equivalencia y efectividad²⁸; La Resolución del Parlamento europeo de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la UE, dedica un primer apartado a la “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la autonomía procesal nacional y la tutela judicial efectiva”: En sus cuatro Considerandos claramente puede apreciarse lo que acabo de afirmar.

15. Como es sabido, el Derecho de consumo es competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros (artículo 4.2.f TFUE) y por tanto, los Jueces deben tener en cuenta que, cuando resuelvan litigios en que es parte un consumidor, están en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y por esa razón es preciso que atiendan no sólo a la normativa europea y a la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, sino también a los principios rectores e informadores del Derecho de la Unión, de origen jurisprudencial²⁹: en particular, los principios de primacía del Derecho de la Unión³⁰, de efectividad y eficacia, a los que cabe añadir el principio de aplicación directa del Derecho de la Unión:

En la medida en que el TJUE puede intervenir para que se apliquen las Directivas, anulando actos públicos (normas o sentencias) que contraríen el Derecho de la Unión (artículo 267 TFUE), cabe hablar de un principio de aplicación directa del Derecho de la Unión en general, tanto en relación con los Reglamentos como con las Directivas, aunque en sentido estricto pudiera parecer que sólo los Reglamentos tendrían efecto directo, al tener que ser incorporadas las Directivas por los Estados miembros (artículos 288 y 291.1 TFUE). Este principio de aplicación directa viene respaldado por la jurisprudencia del TJUE (comenzando por la sentencia *Van Gend en Loos*, en 1963³¹), que aplica el contenido de las Directivas con independencia de que en el Estado miembro afectado existan normas no armonizadas o que dificulten o disminuyan la eficacia de lo dispuesto en la Directiva. El TJUE abre con ello paso a los principios de equivalencia y efectividad³².

chos de los consumidores. A su juicio, la armonización y desarrollo de estos derechos a nivel europeo “obliga a replantearse el papel que deben jugar las normas procesales nacionales, así como los propios derechos de carácter procesal”.

²⁸ Algún autor cuestiona la existencia del principio, alegando que el Derecho de la Unión Europea, lejos de enfatizar “la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros”, subraya “su deber de cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión” (en este sentido: X. ARZOZ SANTISTEBAN, “La autonomía institucional y procedimental de los Estados Miembros en la Unión Europea: Mito y Realidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, Madrid, mayo-agosto 2013, pp. 159-197). En el *Prólogo* de D. Ruíz-Jarabo a la obra *Poder judicial e integración europea* (de D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Thomson-Cívitas, 2004, p. 22), el Abogado General expresa con claridad que “la ejecución jurisdiccional del Derecho comunitario sustantivo a través de los cauces procesales existentes en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro”, aunque pertenezca al ámbito de la autonomía institucional de los Estados miembros, está limitado por los principios jurisprudenciales de equivalencia y efectividad, lo que permite al TJUE declarar inaplicables normas procesales nacionales.

²⁹ J.L. REQUEJO PAGÉS (“Un Tribunal constituyente”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una mirada española*, Colegio de Registradores, 2020, pp. 203-213) explica que “los problemas que comporta la inexistencia de una Constitución común a la Unión y a los Estados miembros se solventan de alguna manera con la función de unificación atribuida al Tribunal de Justicia” (p. 207). Como consecuencia, la Comisión Europea se ha ocupado de sistematizar el ingente material doctrinal y jurisprudencial que ha provocado la Directiva 93/13, a fin de que sea conocido y pueda ser aplicado [Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, 2019/C 323/04, DOUE 27.9.2019], pero lógicamente este documento es una *Guía* (p. 6) sin fuerza vinculante: sí la tiene, para el caso concreto, cada sentencia del TJUE, dando lugar -insisto- a un mecanismo digno de estudio desde el punto de vista de las fuentes del Derecho en la UE (y su relación con el sistema anglosajón del precedente judicial).

³⁰ El principio de primacía del Derecho de la Unión -antes mencionado- aparece en la Declaración (nº 17) aneja al Tratado de Lisboa, pero no como derecho originario sino como un reconocimiento del carácter imperativo de la interpretación que el TJUE hace del Derecho de la UE. Dice así el texto: “La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del TJUE, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión (...) priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. / Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario”. El principio de primacía del Derecho de la Unión se completa con otros principios, también jurisprudenciales, que lo refuerzan (principios de unidad de interpretación, coherencia, plena eficacia y autonomía del Derecho de la UE).

³¹ Sentencia TJUE de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, *Van Gend en Loos c. Administración Tributaria Neerlandesa*. La sentencia consagra el principio de efecto directo del Derecho de la UE, que no sólo genera deberes para los Estados sino derechos para los ciudadanos de la Unión, quienes podrán invocarlos ante los tribunales nacionales o ante el TJUE cuando no exista ningún recurso conforme al Derecho nacional. Ese efecto directo abarca dos aspectos, vertical y horizontal, de la aplicación del Derecho UE. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:114547>

³² Ambos principios tienen su origen en el caso *Rewe* (sentencia TJUE de 20 de febrero de 1979; asunto C-120/78).

Conforme al *principio de equivalencia*, el Derecho nacional no puede ser menos favorable cuando se aplica a una situación regulada por la UE (por ejemplo, comercio de cierto producto entre países miembros) que cuando se aplica a los nacionales (así, comercio interior de ese producto).

Conforme al *principio de efectividad*, si existen normas procesales que dificultan la aplicación del Derecho UE en la práctica, o lo hacen imposible, la norma interna deja de aplicarse por ser incompatible con el Derecho UE.

16. En relación con este último principio, es interesante la reflexión del procesalista Juan Damián Moreno: Observa el autor que el principio de efectividad no ha impactado tanto en el Derecho civil a la hora de aplicar la Directiva 93/13 como en el Derecho procesal, pues la apreciación de oficio de la nulidad por el juez es materia bien sabida por los civilistas, pero su aplicación en el ámbito procesal, por encima de principios procesales clásicos y alterando la norma vigente es del todo inusual: “(C)uando la justicia europea impone a los jueces nacionales el deber de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, eso nada tiene que ver con el principio de efectividad pues es algo que hace habitualmente cuando se les permite apreciar otros motivos de nulidad que afectan a los negocios jurídicos. Sin embargo, sí lo tiene cuando un consumidor alega tal nulidad, aunque no sea en el momento procesal que de ordinario deberían efectuarse este tipo de alegaciones y no se atiende a su petición; entonces, sí, como así se desprende de la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional”³³.

17. Por esta razón, los jueces nacionales -en cuanto jueces europeos- han cumplido un rol en la implementación correcta de la Directiva 93/13 al plantear la cuestión prejudicial cuando existe duda sobre su compatibilidad con el Derecho interno (artículo 267 TFUE), sea en el plano civil o sustantivo, sea en el plano procesal o formal.

VI. Avances en la implementación de la Directiva a impulsos de la cuestión prejudicial planteada por los jueces españoles

18. Es fácil advertir que, desde el caso *Aziz* (2013) hasta hoy, la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 ha ejercido una constante influencia en nuestro ordenamiento interno: La ha tenido no sólo en las resoluciones de nuestros tribunales ordinarios de la jurisdicción civil -en particular, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo-, sino también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que denota un alcance muy significativo.

19. En el marco de la jurisdicción ordinaria, cabe mencionar la incesante labor de los juzgados y tribunales españoles, planteando cuestiones prejudiciales sobre la Directiva 93/13, y dando así lugar a pronunciamientos del TJUE que han ido configurando su doctrina en diversos aspectos relacionados con la Directiva, tanto de Derecho sustantivo como procesal³⁴.

1. Desde la perspectiva material o sustantiva

Desde una perspectiva de Derecho material o sustantivo, el TJUE aborda, entre otros, los siguientes aspectos destacados:

³³ J. DAMIÁN MORENO, “El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022”, *Diario La Ley*, 21 noviembre 2022.

³⁴ Explica M^a GARCÍA-VALDECASAS DORREGO que la Directiva sobre cláusulas abusivas ha dado lugar a casi trescientas cuestiones prejudiciales, una tercera parte de las cuales son iniciativa de jueces españoles (*El TJUE como garante de la protección de los consumidores*, sesión introductoria a la asignatura “Derecho de consumo” del Máster de Acceso a la Abogacía, UAM, 16.09.2021). El impacto que la Directiva 93/13/CEE ha tenido en el Derecho procesal español, parece comenzar a extenderse por otros países de la Unión (la misma ponente, en la *II Jornada sobre Derecho Procesal Europeo de Consumo*, UAM, 04.02.2022).

- 1º Aporta criterios que faciliten al juez nacional la valoración de la abusividad de la cláusula y, por tanto, de su nulidad (por ejemplo, interpreta la expresión *desequilibrio importante*³⁵; resuelve las dudas sobre pactos de renuncia³⁶, o sobre pactos novatorios³⁷). En ocasiones, lo hace confirmando la doctrina del Tribunal Supremo (por ejemplo, en relación con los intereses de demora³⁸), o sin contradecirla (por ejemplo, en relación con el IRPH³⁹).
- 2º Confirma mecanismos de sustitución judicial de la cláusula abusiva por una disposición legal, en concreto en relación con la cláusula de vencimiento anticipado⁴⁰, que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos⁴¹. El Tribunal Supremo tuvo oportunidad de unificar después

³⁵ Así, en el caso *Constructora Principado* (sentencia TJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12), se interpreta el concepto “desequilibrio importante” (artículo 3.1 Directiva 93/13) en el sentido de que no requiere un desequilibrio cuantitativamente importante en relación al contrato, sino cualitativamente importante, que puede suceder cuando la legislación nacional atribuye al profesional el pago de un impuesto —se trataba del Impuesto Municipal de Plusvalía— y este lo carga al consumidor en una cláusula contractual, sin perjuicio de que incumbe al tribunal nacional apreciar las circunstancias concurrentes en el asunto concreto y las demás cláusulas del contrato controvertido.

³⁶ Mientras declara el TJUE que la renuncia a reclamar los efectos de una eventual declaración de abusividad de la cláusula suelo pactada originariamente puede ser compatible con el Derecho de la Unión (si la renuncia procede de un consentimiento libre e informado), no admite sin embargo la eficacia de la renuncia al ejercicio de acciones con relación a controversias futuras, considerando que esta última es siempre una cláusula abusiva que no vincula al consumidor (*Ibercaja Banco*, sentencia TJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18). A juicio de M. AGUILERA MORALES (“El penúltimo capítulo sobre cláusulas abusivas: reflexiones al hilo de la sentencia TJUE Ibercaja Banco”, *Revista española de Derecho europeo*, n.º 75, pp. 103-120), la luz que arroja la sentencia es la de admitir expresamente que el consumidor preste su consentimiento libre e informado a que no se aplique la Directiva 93/13 a una cláusula concreta del contrato, no negociada individualmente. Es decir, que la Directiva 93/13, aunque sea imperativa, no se aplica en contra de la voluntad del consumidor debidamente informado (pp. 112-113).

³⁷ Declara el TJUE que la exigencia de transparencia implica que cuando se celebra un contrato de novación relativo a la cláusula suelo deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato (auto TJUE de 3 de marzo de 2021, *Ibercaja Banco contra TJ*, asunto C-13/19), y que únicamente si a la fecha de celebración de la novación el consumidor era consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo y de las consecuencias que ello conllevaba, puede considerarse válido el contrato de novación, tratándose de una novación celebrada antes de la sentencia TS de 9 de mayo de 2013 (auto TJUE de 1 de junio de 2021, *Banco Santander contra UP*, asunto C-268/19). La doctrina española había puesto el foco sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la cual el acuerdo de continuar con el contrato, tras la sentencia citada de 2013, reduciendo el límite mínimo del interés al 2,25 %, y renunciando a discutir la validez de las cláusulas suelo inicialmente acordadas (y por tanto, renunciando al cobro de las cantidades indebidamente pagadas), no es una novación sino una transacción extrajudicial válida (así, la sentencia TS de 11 de abril de 2018); Consideró que esta jurisprudencia del Tribunal Supremo podía ser contraria a la Directiva 93/13, M.J. MARÍN LÓPEZ, *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario: un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*, Reus, 2019. Como hemos tenido oportunidad de ver, todo es cuestión de la concurrencia o no de determinados requisitos que matizan el caso.

³⁸ Asunto *Banco Santander contra Escobedo Cortés* (sentencia TJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-96/16 y C-94/17). El TJUE corrobora la compatibilidad con la Directiva 93/13, tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que procede declarar abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos celebrados con consumidores (préstamos hipotecarios y préstamos personales) relativas a los intereses de demora cuando se fije un interés de demora superior a los dos puntos porcentuales de incremento sobre el interés remuneratorio; como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece, como consecuencia de esa declaración de abusividad, la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

³⁹ A pesar de que los jueces nacionales lo pusieran en entredicho: Véase, la sentencia TJUE de 3 de marzo de 2020 (*Gómez del Moral Guasch*, asunto C-125/18) y, tras una nueva cuestión prejudicial del mismo órgano jurisdiccional (Juzgado de 1ª Instancia n.º 38 de Barcelona), el auto TJUE de 17 de noviembre de 2021 (*Gómez del Moral Guasch*, asunto C-655/20). Un nuevo intento de poner en evidencia la jurisprudencia del TS sobre la cláusula IRPH, llevado a cabo por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 2 de Ibiza, también fracasó, dando lugar al auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, *Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A.*, asunto C-79/21.

⁴⁰ Declara el TJUE (caso *Abanca Corporación Bancaria*, sentencia TJUE de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y C-179/17) que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado sustituyéndola por la entonces nueva redacción de la disposición legal (art. 693.2 LEC) inspiradora de la cláusula, “aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales” (posteriormente volvió a modificarse el artículo 693.2 LEC, dando lugar a la vigente redacción).

⁴¹ Resulta importante el conjunto de sentencias y autos dictados por el TJUE en materia de cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses moratorios en respuesta a tribunales españoles: sentencia TJUE de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13; auto TJUE de 11 de junio de 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*,

la doctrina del TJUE en la materia y desbloquear la paralización creada de multitud de procedimientos de ejecución hipotecaria⁴².

- 3º También a instancia de tribunales españoles, se ha pronunciado el TJUE sobre otras cuestiones, tales como la exclusión de la Directiva 93/13 de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias (artículo 1.2)⁴³; o los efectos de la identificación de la cláusula abusiva sobre los gastos de constitución y cancelación de hipoteca estableciendo que resultan de aplicación las disposiciones de Derecho nacional que regulan el reparto de dichos gastos en defecto de acuerdo entre las partes⁴⁴.

2. Desde la perspectiva procesal

Anterior al caso *Aziz* fue declarada la incompatibilidad con la Directiva 93/13 del procedimiento monitorio español (en el caso *Banco Español de Crédito*⁴⁵), que dio lugar a la reforma del proceso monitorio mediante la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, más de tres años después.

Después del caso *Aziz*, los procedimientos en que el TJUE se ha pronunciado sobre disposiciones procesales españolas han sido muy numerosos (sobre el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria volvió el TJUE a hacer constar su incompatibilidad con la Directiva 93/13 en *Banco Popular Español*⁴⁶).

Como ejemplos de compatibilidad e incompatibilidad -respectivamente- de nuestro Derecho procesal con la Directiva, cabe citar los siguientes:

- 1º El TJUE ha declarado compatible con la Directiva 93/13, por ejemplo, tanto la obligación, por parte de una asociación de consumidores, de presentar la acción de cesación ante el juez del establecimiento o domicilio del profesional⁴⁷, como -de otra parte- la utilización por parte de la entidad bancaria del procedimiento de ejecución extrajudicial para conseguir e inscribir el título de propiedad en combinación con el procedimiento del artículo 250.1.7º de la LEC para obtener, posteriormente, la posesión de la vivienda, sin que ni en uno ni en otro exista control judicial de oficio de las cláusulas abusivas⁴⁸.
- 2º Más extenso es el listado de las incompatibilidades.

El TJUE ha declarado incompatibles con el artículo 7.1 Directiva 93/13, las siguientes normas: La que obliga al juez nacional a suspender la acción individual de declaración de abusividad de cláusula

C-602/13; auto TJUE de 8 de julio de 2015, *Banco Grupo Cajatres*, C-90/14; auto TJUE de 17 de marzo de 2016, *Ibercaja Banco*, C-613/15; sentencia TJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander contra Escobedo Cortés*, C-96/16 y C-94/17; sentencia TJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, C-70/17 y C-179/17; auto TJUE de 3 de julio de 2019, *Bankia contra Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez*, C-92/16; auto TJUE de 3 de julio de 2019, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra Fernando Quintano Ujeta*, C-167/16; auto TJUE de 3 de julio de 2019, *Bankia contra Alfredo Sánchez Martínez*, C-486/16; auto TJUE de 4 de febrero de 2021, *CDT*, C-321/20.

⁴² En su sentencia de pleno de 11 de septiembre de 2019, nº 2761/2019, el Tribunal Supremo interpretó la sentencia del caso *Abanca Corporación Bancaria* y los tres autos del TJUE dictados posteriormente sobre el mismo problema —casos *Bankia y Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez* (C-92/16), *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria y Fernando Quintano Ujeta* (C-167/16) y *Bankia y Alfredo Sánchez Martínez* (C-486/16), a fin de proporcionar un tratamiento definitivo a la cuestión en nuestro país: Establece una serie de pautas para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso en los que no se hubiera producido la entrega de la posesión al adquirente, y desbloquea la suspensión de multitud de procedimientos de ejecución que se encontraban paralizados.

⁴³ Sentencia TJUE de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank*, C-280/13 y auto TJUE de 5 de julio de 2016, *Banco Popular Español y PL Salvador*, C-7/16.

⁴⁴ Sentencia TJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-224/19 y C-259/19.

⁴⁵ Sentencia TJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10.

⁴⁶ Auto TJUE de 14 de noviembre de 2013, *Banco Popular Español*, C-537/12 y C-116/13. Se declara la incompatibilidad por las mismas razones que en el caso *Aziz*, pero siendo el pleito principal un procedimiento de ejecución hipotecaria y no un declarativo como sucedía en el caso *Aziz*. En esta fecha, el legislador español ya había reaccionado a la incompatibilidad declarada, con la modificación de la LEC.

⁴⁷ Sentencia TJUE de 5 de diciembre de 2013, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, C-413/12.

⁴⁸ Sentencia TJUE de 7 de diciembre de 2017, *Banco Santander*, C-598/15.

en espera de sentencia firme en acción colectiva (artículo 43 LEC)⁴⁹; La que prohíbe al juez nacional la adopción de oficio de medidas cautelares cuando un consumidor ejercita una acción para la declaración como abusiva de una cláusula (artículo 721.2 LEC)⁵⁰; El artículo 695 LEC, por ser contrario además al principio de igualdad procesal (se cita en este sentido también el derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 47 Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea), dado que el deudor ejecutado no podía recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestimaba su oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusula abusiva mientras que el acreedor ejecutante podía interponer recurso de apelación contra la resolución que acordase el sobreseimiento de la ejecución o declarase la inaplicación de una cláusula abusiva⁵¹ (no habiendo incompatibilidad una vez que el legislador español modificó el artículo 695 LEC para adaptarlo a lo manifestado por el TJUE⁵²); O bien, en relación con las costas procesales, el artículo 394.2 LEC⁵³.

VII. La implicación de los Tribunales Supremo y Constitucional en la implementación de la Directiva. Particular atención a los principios de cosa juzgada y *reformatio in peius*. La acumulación de litigios en materia de consumo

20. La proliferación de litigios relacionados con cláusulas abusivas en España, puede atribuirse -sin duda- no sólo al esclarecimiento por el TJUE de la interpretación de la Directiva 93/13, sino a malas prácticas bancarias. Es muy probable que -a la vuelta de estos treinta años de vigencia de la Directiva sobre cláusulas abusivas- la situación vaya remitiendo. Esperemos que tanto esfuerzo -en el que también han tomado parte activa los Tribunales Supremo y Constitucional- no haya sido en vano.⁵⁴

21. Es normal que esta multitud de procedimientos, concluidos unos, pendientes de solución, otros, haya abierto un debate sobre la eficacia de la cosa juzgada, o -mejor dicho- sobre cómo definir con mayor exactitud la operatividad de este principio clave del Derecho procesal. Y así ha sido, no sólo en el plano doctrinal⁵⁵ sino también en el ámbito jurisdiccional; Debate en que participan nuestros Altos Tribunales, Supremo y Constitucional y el TJUE, como explicaré a continuación.

En relación con la cosa juzgada hay que destacar, sin duda, las cuestiones prejudiciales acumuladas que -con ocasión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la nulidad de las cláusulas suelo⁵⁶, pero

⁴⁹ Sentencia TJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués*, C-381/14 y C/385/14.

⁵⁰ Auto TJUE de 26 de octubre de 2016, *Fernández Oliva*, C-568/14 a C-570/14.

⁵¹ Sentencia TJUE de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo*, C-169/14.

⁵² Auto TJUE de 16 de julio de 2015, *Sánchez Morcillo*, C-539/14.

⁵³ Sentencia TJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-224/19 y C-259/19. Al respecto, pero en relación con el primer párrafo del artículo 394 LEC, véase la sentencia TS de 16 de noviembre de 2022 (Roj: STS 4236/2022, ECLI:ES:TS:2022:4236).

⁵⁴ F.J. ORDUNA MORENO (“La protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador conforme a la primacía del derecho de la Unión Europea: una perspectiva sistemática y transversal desde el principio de transparencia”, *Diario La Ley*, 22.06.2022), defiende que la Directiva 93/13/CEE es 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”, y recuerda que la misma UE ha reivindicado para la Directiva citada el papel de “lograr la equidad en el mercado interior” (Comunicado de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2019, relativo a la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13).

⁵⁵ Por ejemplo, se explora sobre la “extensión subjetiva de la cosa juzgada”, alegando que del mismo modo que otras instituciones procesales han tenido que flexibilizarse para alcanzar la tutela efectiva de los consumidores, deben producirse también “variaciones en materia de cosa juzgada” (L.M. BUJOSA VADELL, “La protección procesal de los consumidores y usuarios”, en *Derecho de los consumidores y usuarios*, A. DE LEÓN ARCE/DIR., L.Mª GARCÍA GARCÍA/COORD., 3ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, pp. 2625-2722, p. 2706).

⁵⁶ El Tribunal Supremo decretó que las cláusulas suelo son nulas cuando no van acompañadas de una cláusula techo o bien cuando existiera, entre ambas, tanta diferencia que diera lugar a un desequilibrio contractual perjudicial para el consumidor. La nulidad de la cláusula no necesariamente supone la nulidad del contrato cuando pueda subsistir sin dicha cláusula. Al respecto: Á. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios. Efectos de su nulidad. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, vol. 6, 2016, pp. 153-184.

limitando en el tiempo los efectos de la ineficacia⁵⁷- se elevaron ante el TJUE, dando lugar a la sentencia *Gutiérrez Naranjo*⁵⁸: En ella, el TJUE dejó sin aplicación la doctrina de la limitación de efectos de la nulidad de las cláusulas suelo decretada por el Tribunal Supremo, a la vez que declaró que el Derecho de la Unión *no obliga* a los jueces nacionales a dejar de aplicar normas procesales internas que confieren los efectos de la cosa juzgada⁵⁹, pronunciamiento que generó “una gran tormenta”^{60, 61}

A la vez, el esfuerzo que el legislador español había realizado tras el caso *Aziz* para adaptar el Derecho interno a la Directiva 93/13, si bien fue rápido, como vimos, tropezó con una nueva declaración de incompatibilidad con la Directiva 93/13 (caso *BBVA*⁶²): El TJUE declaró que la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, al dar un plazo de un mes para que -en los procedimientos ya iniciados- pudiera invocarse el carácter abusivo de las cláusulas, sin que estuviera prevista la notificación de esta posibilidad a los consumidores afectados, no garantizaba el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido a los consumidores por la modificación legislativa⁶³. Lógicamente, los consumidores comenzaron a formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas, con independencia de la fecha en que el procedimiento se hubiera iniciado.

Para desbloquear la situación de la devolución de cantidades generadas por estos motivos, se aprobó el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de Medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, por el que se estableció un sistema de resolución extrajudicial de conflictos; Además, el Poder Judicial puso en marcha un plan de especialización de juzgados en cláusulas abusivas, solución que -a la vuelta de los años- ha alcanzado resultados muy positivos⁶⁴; Por último, el Proyecto de Ley de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (2022)⁶⁵ prevé -para solventar

⁵⁷ En su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, el Tribunal Supremo limitaba los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo tanto para los pagos efectuados con anterioridad a la sentencia como para los casos en que hubiera recaído resolución con eficacia de cosa juzgada. La sentencia recibió la crítica de la doctrina: J.M^a MIQUEL GONZÁLEZ (“Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 27, 2013-I, pp. 223-252, pp. 248-251), denuncia que el Tribunal Supremo dejase de aplicar el Derecho por razones económicas, llegando al resultado inadmisibles de declarar la irretroactividad de la declaración de nulidad.

⁵⁸ C-154/15; ECLI:EU:C:2016:980. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-154/15> Sentencia TJUE de 21 de diciembre de 2016. Comentando esta sentencia, S. CÁMARA LAPUENTE (*Contratos y protección jurídica del consumidor*, Oleknik, 2018, pp. 319-349) ha subrayado la potencial importancia de la doctrina jurisprudencial de la sentencia del TJUE para clarificar la doctrina europea relativa a las cláusulas abusivas, más allá de la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, y las cuestiones que la sentencia dejaba planteadas para el Derecho nacional (también, el mismo autor en: “Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de las cláusulas suelo”, *InDret*, 1/2017).

⁵⁹ Se explica en la sentencia, en este sentido, que la protección del consumidor no es absoluta (n. 68).

⁶⁰ J.M^a BECH SERRAT; “Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿Por qué no hacer una excepción de la cosa juzgada?”, *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, 2018, p. 4.

⁶¹ Para una síntesis de la cuestión, en perspectiva procesal, véase: M. JIMENO BULNES (“El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en derecho procesal español”, *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los Tribunales*, JIMÉNEZ CONDE (dir.), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 101-135, pp. 112-118). La autora plantea la cuestión de la posible responsabilidad del Tribunal Supremo por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea al no plantear la cuestión prejudicial siendo obligado a ello al no admitirse posterior recurso judicial de Derecho interno (artículo 267.III TFUE), así como -en su caso- la posible responsabilidad patrimonial del Estado derivada de lo anterior (p. 118).

⁶² STJUE 29 octubre 2015, *BBVA*, C-8/14.

⁶³ El legislador español se vio en la obligación de dar cumplimiento a esta sentencia, introduciendo en la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de crédito inmobiliario la disposición transitoria tercera, pero el retraso con el que rectificó la situación provocó, a nuestro juicio, un grave perjuicio a todos los deudores hipotecarios que perdieron la posesión de su vivienda desde el dictado de la sentencia *BBVA* (en octubre de 2015) hasta la entrada en vigor de la disposición transitoria tercera (el 15 de junio de 2019).

⁶⁴ En la página web *Poder Judicial.España*, se publica el 23 de diciembre de 2021, que “El CGPJ da por concluido el plan de especialización en cláusulas abusivas en 20 juzgados gracias a la notable disminución de asuntos pendientes” (mientras que, en otros 24 juzgados, el plan se prorroga entre medio y un año). La formación de estos jueces especializados ha de referirse tanto a los criterios de localización de las cláusulas abusivas, como al tratamiento jurídico aplicable, que puede además encontrar alguna excepción conforme al Derecho interno; En particular, en relación con los inversores, según sea o no de aplicación la normativa MiFID: C. ARGELICH COMELLES, “Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 95, núm. 771, pp. 13-65, merecedor del IX premio otorgado por la citada Revista; y A. AGÜERO ORTIZ, *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020.

⁶⁵ El Proyecto ha sido aprobado por el Consejo de Ministros el 12.04.2022, y constituye con la Ley de eficiencia digital y el Proyecto de Ley de eficiencia organizativa, la base legislativa del Plan Justicia 2030 [<https://www.mjusticia.gob.es/es/mi>]

la saturación de Juzgados y Tribunales en materias como las propias de consumidores defraudados en masa (caso de las preferentes, o de las cláusulas suelo, por ejemplo), el denominado “procedimiento testigo”, aún sin implantar en la LEC⁶⁶.

Ahora bien: Si –como acabamos de explicar- la sentencia citada del TJUE en el caso *Gutiérrez Naranjo* declaraba legítimo que un juez nacional pusiera límite a la protección del consumidor en presencia de cosa juzgada, y afirmaba la compatibilidad entre este principio procesal nacional y la Directiva 93/13/CEE, la cuestión en España no ha quedado ahí, y –como veremos a continuación- ha sido precisamente el Tribunal Constitucional quien ha dado un paso al frente restringiendo los casos en que la cosa juzgada puede actuar como límite a la protección del consumidor (STC 31/2019, de 28 de febrero).

Poco antes de la sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de mencionar, Josep M^a Bech Serrat había cuestionado si el principio de tutela efectiva, así como los principios de equivalencia y efectividad no justificarían que, en algunos casos, se hiciera una excepción a la *res iudicata* para dar prioridad a la aplicación del Derecho de la Unión, también cuando hubiera cosa juzgada⁶⁷; El autor aludía, en materia de cláusulas abusivas, a la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, en el denominado asunto *Banco Primus* (ECLI:EU:C:2017:60). En esta sentencia, el TJUE declaró que para que una resolución tuviera los efectos de la cosa juzgada y no fuera revisable en relación con una cláusula concreta, debía contener una motivación suficiente para considerar que hubo control de oficio sobre la legalidad del contrato en su conjunto; Sin embargo, en el caso de que una cláusula no hubiera sido examinada en un anterior control judicial concluido con los efectos de cosa juzgada, el juez sí estaría obligado a apreciar la nulidad, sea de oficio, sea a instancia de parte⁶⁸.

En la sentencia antes citada, de 28 de febrero de 2019, el Tribunal Constitucional español se hizo eco de la doctrina del TJUE, sentada en el caso *Banco Primus*⁶⁹, pero dando un paso más, al exigir que –para hablar de cosa juzgada- debe existir motivación en previa resolución firme sobre la concreta cláusula abusiva discutida (no sería suficiente por tanto un juicio de legalidad del contrato en general): El TC asume en este caso la obligación de dispensar la tutela judicial efectiva al no haberlo hecho los demás órganos judiciales y declara que el incumplimiento por éstos de la obligación de apreciar la abusividad de una cláusula contractual fundamenta el otorgamiento de amparo constitucional al consumidor, citando los artículos 24, 47 y 51 CE.

M^a José García-Valdecasas hace dos interesantes consideraciones al respecto⁷⁰:

nisterio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/Aprobados-los-proyectos-de-ley-de-Eficiencia-Organizativa-y-Eficiencia-Procesal ; fecha última consulta: 05.12.2022]. El citado Proyecto de ley de eficiencia procesal tiene como primer eje “el de los medios adecuados de solución de controversias (MASC)”, que –habiéndose sido experimentados en Derecho comparado- se implementarían en los procesos civiles y mercantiles; el “segundo eje es el de la reforma de leyes procesales”, con la introducción –entre otras medidas- del “procedimiento testigo y la extensión de efectos para una gestión ágil y eficaz de la litigación en masa en materia de condiciones generales de la contratación”; Por último, el tercer eje “se refiere a la transformación digital”. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/151220-justicia.aspx> [Fecha última consulta: 05.12.2022]

⁶⁶ E. CASTRILLO DE LARRETA-AZELAÍN, “El nuevo procedimiento testigo”, *Lex. El portal jurídico hispano-alemán*, 30.04.2021 <https://lex.ahk.es/actualidad-juridica/el-nuevo-procedimiento-testigo> Por otra parte, F. GASCÓN INCHAUSTI, en su trabajo *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas* (Cuadernos Civitas, 2010), ha analizado la posibilidad de extender la protección de los intereses de los consumidores a través de las transacciones colectivas.

⁶⁷ J.M^a BECH SERRAT, “Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿Por qué no hacer una excepción de la cosa juzgada?”, *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, 2018. El autor cita varios casos en que la jurisprudencia del TJUE admite este resultado; entre ellos: (1) *Asturcom Telecomunicaciones*, si bien se refiere a un laudo; y, (2) *Banco Primus* (a la que me referiré a continuación).

⁶⁸ En la sentencia se alude expresamente al precedente del caso *Gutiérrez Naranjo*, conforme a la cual el TJUE admite que “la protección del consumidor no es absoluta”, y señala que los jueces no están obligados a dejar de aplicar el principio de cosa juzgada “aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición” de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Se afirma que el artículo 207 LEC es compatible con ella y se aclara que, “en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado”, el juez nacional “está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio” la nulidad de la cláusula abusiva (núms. 54 y 76).

⁶⁹ Sentencia TC 31/2019, de 28 de febrero, del Pleno (ECLI:ES:TC:2019:31).

⁷⁰ M^a J. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO (“La sentencia de 28 de febrero de 2019 del Tribunal Constitucional: preclusión procesal, cosa juzgada y derecho de propiedad en la declaración de abusividad de una cláusula contractual”, *Derecho privado y Constitución*, 37, 2020, pp. 343-380) explica que los antecedentes de esta sentencia del TC son, de un lado, la sentencia TJUE *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* (varios asuntos acumulados, ECLI:EU:C:2000:346), en la que el TJUE declaró por primera vez que el juez nacional está obligado a declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas y la

De un lado, recuerda que en *Banco Primus*, el TJUE consideró suficiente para que hubiera cosa juzgada, la existencia de un pronunciamiento judicial sobre la legalidad del contrato en su conjunto, mientras que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 28 de febrero de 2019 “va más allá y exige un plus de motivación” al afirmar que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si falta un pronunciamiento sobre la eventual abusividad de la cláusula que provocó la ejecución. A juicio de la autora “esta exigencia de motivación expresa, en relación con la cláusula controvertida, viene a ser un requisito de carácter procesal, y, por lo tanto, su exigencia o no en el ámbito nacional es perfectamente posible” si se respetan los principios de equivalencia y efectividad⁷¹. El TC ha reiterado su doctrina: Así, en la sentencia TC 44/2022, de 21 de marzo de 2022⁷² y en la sentencia TC 80/2022, de 27 de junio de 2022⁷³.

Volviendo al comentario de la autora citada, advierte que el Tribunal Constitucional señala como único límite al control de abusividad de las cláusulas contractuales, la existencia de cosa juzgada en relación con la concreta cláusula abusiva, “sin que de la sentencia del Tribunal de Justicia parezca deducirse que la cosa juzgada constituye la única excepción al examen de la abusividad de una cláusula contractual”⁷⁴. A su juicio, la existencia de un tercero adjudicatario puede también constituir un límite a los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva y –por tanto- de la protección del consumidor al concluir el procedimiento ejecutivo⁷⁵. Esto, no obstante, es discutido y matizable⁷⁶.

sentencia TJUE *Pannon* (C-243/08, 2009), por la que se declara que esta obligación del juez nace desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello; De otro lado, los casos *BBVA* (C-8/14, 2015) y *Banco Primus* (C-421/14, 2017), resueltos también por el TJUE, sobre la misma cuestión y con idéntica solución (declaran contrario al principio de efectividad el plazo de un mes para el incidente extraordinario de oposición, previsto en la Disposición transitoria cuarta, apartado 2, 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), pero que presentan una diferencia notable, señala la autora: En *Banco Primus* la vivienda ya había sido adjudicada a la entidad bancaria pero aún no había sido puesta en posesión de la adjudicataria (acto que puede ser voluntario, o bien desarrollarse judicialmente tras el lanzamiento). A juicio de la autora (p. 347), el Tribunal Constitucional pudo haber tenido en cuenta también la sentencia TJUE *Banco Santander* (C-598/15, 2017), por su relación con el tema.

⁷¹ En la obra citada (2020), p. 372.

⁷² El juez de primera instancia se había negado a calificar la abusividad de la cláusula porque ya se había dictado decreto de adjudicación tras la subasta; La Audiencia Provincial se negó posteriormente por una razón distinta: Aunque no concurría el criterio dispuesto por la Sentencia TC de 28 de febrero de 2019 (STC 31/2019), porque no se había producido la entrega, se consideró que no procedía entrar a calificar la abusividad de la cláusula porque la conducta de la parte ejecutada había sido obstativa de la entrega (dando lugar a sendas suspensiones de lanzamiento al haberse negado voluntariamente a efectuar la entrega) y porque perdió en su día la oportunidad de solicitar la declaración de nulidad de la cláusula. El TC considerara que procede otorgar el amparo, ya que el órgano judicial debía haber actuado *motu proprio* para declarar en su momento la nulidad de la cláusula, y no lo hizo.

⁷³ En la que se reitera el necesario control judicial de las cláusulas abusivas antes del momento de conclusión del procedimiento (artículo 24 CE), y que este momento acontece cuando el tercero adquirente toma posesión del bien (como hacía la STC 30/2019, citada).

⁷⁴ En la obra citada (2020), p. 362.

⁷⁵ En la obra citada (2020), pp. 365-370.

⁷⁶ Al respecto, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO (Seminario de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid, 21 octubre 2022) opina que el procedimiento de ejecución hipotecaria, por ser un procedimiento de liquidación de intereses, no termina con el decreto de adjudicación -aunque este acto haga irrevocable el dominio del tercero- sino cuando se hayan liquidado los intereses, y por tanto hasta ese momento puede hacerse valer el carácter abusivo de la cláusula (con los consiguientes efectos entre las partes, en relación con la liquidación). Por otra parte, es discutible que el momento en que el tercero adquiere de forma irrevocable sea el de la toma de posesión, y no el del decreto de adjudicación ya que este último documento equivale a la escritura pública en cuanto al efecto traslativo y de hecho puede inscribirse en el Registro de la propiedad (artículos 1462. II CC y 6 LH). Por otra parte, como ha indicado J.M^a MARTÍN FABA (“De cómo una hipotética protección de la seguridad jurídica relega la obligación del juez de apreciar de oficio las cláusulas abusivas”, *CESCO*, 2018, febrero: 1-5), es preciso distinguir entre aquellas situaciones en que el tercero adjudicatario sea ajeno al proceso y aquellos casos en que el adjudicatario sea el mismo acreedor, pues en este último caso no sería riguroso admitir como límite a la valoración de la cláusula abusiva la necesaria protección de la seguridad jurídica del tercero. A mi juicio, cabe añadir que la razón por la que es preciso distinguir entre ambas situaciones radica en que en esta última no concurrirán todos los requisitos de protección del tercero adjudicatario (cuando éste es el acreedor causante de la cláusula abusiva) ya que faltaría la buena fe. No obstante, es posible que haya quienes planteen la posible buena fe del profesional (así lo presenta, en relación con las cláusulas suelo, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, al subrayar el rigor de la doctrina del TJUE sobre “La incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual”, en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, pp. 671-688).

Por último, el Tribunal Supremo ha querido adelantarse, al plantear ante el TJUE la compatibilidad entre una serie de principios procesales y el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, con ocasión de un litigio derivado de lo anterior (doctrina en materia de cláusulas suelo y retroactividad en el tiempo). La respuesta del TJUE al Tribunal Supremo, en la sentencia del pasado 17 de mayo de 2022⁷⁷, a la vez que reitera la compatibilidad con la norma citada del principio de cosa juzgada, y afirma que la protección al consumidor no es absoluta, matiza que “el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando el Tribunal de Justicia pronunció la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980), ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional. En estas circunstancias, no cabe considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total”.

22. El hecho es que -en el caso que dio lugar a la sentencia TJUE de 17 de mayo de 2022- quien había recurrido en apelación fue la entidad bancaria y no el consumidor, y por tanto, la apreciación judicial del carácter abusivo de la cláusula chocaba frontalmente con la prohibición de la *reformatio in peius*, así como con otros principios procesales relacionados (los principios de justicia rogada y de congruencia, así como el principio *tantum appellatum quantum devolutum*). Por esta razón, el Tribunal Supremo debía formular la cuestión prejudicial ante el TJUE, a fin de obtener una respuesta sobre si el principio de efectividad imponía la protección al consumidor en presencia de cláusula abusiva, aún en tales circunstancias, o por el contrario debían ser aplicados los clásicos principios procesales del Derecho interno (artículo 267 TFUE).

El TJUE responde a la cuestión prejudicial del TS argumentando que el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE “se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición”. Por consiguiente, en lugar de aplicar los principios procesales citados (muy en particular, la prohibición de *reformatio in peius*), debe decretarse “la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de éste”. El Tribunal Supremo ya está aplicando esta doctrina⁷⁸.

En su análisis del caso, el procesalista Juan Damián Moreno ha presentado una perspectiva de cómo funciona el sistema, sin duda interesante no sólo para civilistas y procesalistas sino también para quienes se dedican al Derecho constitucional y europeo⁷⁹.

VIII. La necesidad de sistematizar el Derecho procesal europeo de consumo

23. En 2017, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución (con la que impulsaba una Directiva, pendiente) sobre el procedimiento judicial civil⁸⁰. En la Resolución se cita el consumo como

⁷⁷ ECLI:EU:C:2022:397.

⁷⁸ Por ejemplo, la sentencia TS de 25 de octubre de 2022 (STS 702/2022).

⁷⁹ Me permito la licencia de transcribir en esta nota algunas de sus afirmaciones: “A los jueces les está vedado conformar o adaptar a su antojo un proceso a fin de garantizar el principio de efectividad”, y aunque quieran aplicar el citado principio, se diría que están “maniatados y sin margen de maniobra para hacerlo”; Siendo así, la única salida es “elevar la consulta al Tribunal de Justicia”. Por esta razón, el autor describe el principio de efectividad como “el derecho a la tutela judicial efectiva al cuadrado”. Y, como para reconciliar a la doctrina procesalista (o, al menos, a sí mismo) con la jurisprudencia del TJUE, añade esta reflexión: “IHERING, defensor de las ventajas de la existencia de las reglas procesales, no ignoraba tampoco que el proceso es tributario de la ley material que regula el fondo de asunto y que, por mucho que se resista, al final acaba claudicando y adaptándose a la nueva realidad que le impone el derecho sustantivo al que sirve” (J. DAMIÁN MORENO, El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022, *Diario La Ley*, 21 noviembre 2022).

⁸⁰ Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea [2015/2084(INL)].

una rama específica del Derecho procesal, paralela a la propiedad intelectual y –más reciente- al Derecho de la competencia, pero esta rama no se desarrolla (ni se prevé que lo haga la Directiva). La Resolución aborda sólo aspectos generales del procedimiento civil. Con todo, en su núm. 21, la Resolución destaca la importancia de contar con sistemas de enjuiciamiento civil eficaces y afirma “que constituyen una condición previa para la inversión sostenible y un entorno favorable para las empresas y los consumidores”.

24. En respuesta a la citada Resolución, el *European Law Institute* ha lanzado una propuesta conjunta con UNIDROIT, titulada *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure (2020)*, en la que hay que prestar atención al apartado 6 del Preámbulo, titulado: “Integrating consumer cases into the Rules”. Aunque tampoco aquí encontramos un régimen separado que podamos denominar propuesta de Derecho procesal europeo de consumo, ni nada semejante, sí hallamos una referencia valiosa a la “procedural protection for consumers” como algo específico, para recordar que en esos casos se aplicarán las reglas imperativas en la materia y que el juez deberá aplicarlas de oficio conforme a la jurisprudencia del TJUE (nn. 31 y 33)⁸¹.

25. Para ayudar al juez en su misión, y a los operadores jurídicos en general, así como a efectos informativos para los consumidores, la Comisión Europea ha publicado la citada Guía de 2019⁸², que sistematiza la doctrina y jurisprudencia europeas en materia de interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE, con un apartado quinto dedicado en particular a los recursos y garantías procesales requeridos por los artículos 6.1 y 7.1 de la citada Directiva sobre cláusulas abusivas⁸³.

26. Lo visto hasta el momento justifica, a mi juicio, que la respuesta a la irrupción del Derecho de consumo en el ámbito procesal no haya de ser la armonización de los mecanismos nacionales de ejecución hipotecaria, sino la armonización del Derecho procesal europeo de consumo o –cuanto menos- una sistematización de los principios y normas procesales que pueda servir como referencia al legislador y –en todo caso- a los aplicadores del Derecho, así como su explicación doctrinal y su divulgación general⁸⁴, a fin de que sea conocida también por quienes excepcionalmente resultan protegidos en el proceso: los consumidores.

En la sentencia del caso *Aziz*, por ejemplo, se indicaba que la falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución hipotecaria, debía ser resuelta conforme a los principios de equivalencia y efectividad⁸⁵. Pero si la buscada armonización del Derecho procesal civil general en la UE está pensada sobre el paradigma tradicional de aplicación entre iguales, no será extensible a los casos en que

⁸¹ Para hacerse una idea del proyecto armonizador del Derecho procesal civil europeo, puede verse la obra de F. GASCÓN INCHAUSTI/B. HESS (eds.), *The future of the European Law of Civil Procedure. Cordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020 (290 pp.), recensionada por G. SCHUMMAN BARRAGÁN en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2), 2020, pp. 1505-1508.

⁸² Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, 2019/C 323/04, DOUE 27.9.2019.

⁸³ También nuestra doctrina ha colaborado en la tarea: Por ejemplo, la obra de J.M^a FERNÁNDEZ SEIJO, *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales* (Bosch, 2017), facilita a los operadores jurídicos pautas prácticas para interpretar la jurisprudencia y las normas publicadas en esta materia, habida cuenta de la confusión que se ha suscitado en torno a ella; También lo hacen las monografías de M. MARCOS GONZÁLEZ, *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas* (Civitas Thomson Reuters, 2011), y –más reciente- de V. PÉREZ DAUDÍ, *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario* (Atelier, 2018).

⁸⁴ Muestra de esta necesidad es el hecho, antes comentado, de que en España el CGPJ crease en 2017 un plan de especialización en cláusulas abusivas para cuarenta y cuatro órganos judiciales, que ha alcanzado al parecer resultados positivos por la agilización de los procedimientos y una cierta homogeneización de los criterios de aplicación de la Directiva 93/13 [Fuente: https://vlex.es/vid/cgpj-concluye-plan-especializacion-879588877?from_fbt=1&forw=go&fbt=preview Fecha última consulta: 06.12.2022].

⁸⁵ Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013, caso *Aziz* (punto 50). La sentencia remite, a su vez, a las sentencias TJUE de 26 de octubre de 2006 (*Mostaza Claro*, C168/05, apartado 24), y de 6 de octubre de 2009 (*Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, apartado 38).

existan consumidores, donde el principio del que se parte es precisamente el contrario: la desigualdad entre las partes⁸⁶. Esto es precisamente lo que nos lleva a plantear la necesidad de sistematización del Derecho procesal europeo de consumo.

27. Por último, en esta materia no hay que olvidar que la implementación de la Directiva 93/13 en cada país puede ser más o menos amplia, por lo que habrá diferencias, y -por tanto- una cosa es hablar del Derecho procesal europeo de consumo en sentido amplio (principios comunes a todos los países de la UE, como los que se recogen en la citada *Guía* de 2019), y otra cosa es hablar del Derecho procesal europeo de consumo en nuestro país, de las peculiaridades que ha introducido en el Derecho procesal español la Directiva 93/13, y de las mejoras susceptibles de realizarse a nivel normativo⁸⁷.

IX. Conclusiones y reflexiones finales

28. A la vuelta de treinta años de implementación en España de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, es posible afirmar que está siendo una tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces, que -si bien está muy avanzada- parece no haber terminado. Del análisis de este periodo pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1^a La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores sólo podía ser eficaz en España si la transposición iba acompañada de reformas procesales, más allá de la incorporación al Derecho español de su contenido material. Por esta razón, la Directiva 93/13 está en el origen de importantes cambios procesales en España a impulso de la jurisprudencia del TJUE cuando responde a la cuestión prejudicial planteada por nuestros jueces. Al implicar esta jurisprudencia también una excepción a principios clásicos del Derecho procesal, el resultado puede explicarse aludiendo a la generación de una rama específica -el “Derecho procesal europeo de consumo”- que se desgaja del Derecho procesal general (como el Derecho de consumo abandona también la “parte o teoría general” en materia de contratos). Esta ramificación es lógica dado que el punto de partida de una y otra rama del Derecho procesal es distinta, en función de si existe o no igualdad entre las partes.
- 2^a La jurisprudencia del TJUE, en el diálogo mantenido con los jueces nacionales a través de la cuestión prejudicial con ocasión de la Directiva 93/13/CEE, ha recordado -como ninguna otra- el rol de los jueces nacionales en la pirámide jurisdiccional europea. De hecho, un hito en el proceso de configuración del sistema judicial español en el contexto europeo han sido

⁸⁶ Junto a otros autores, antes citados, se pronuncian en este sentido: J.M^a FERNÁNDEZ SEIJO (“Los retos del Derecho de consumo”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, 27.05.2022) y E. MÉNDEZ PINEDO (*La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo*, Marcial Pons, 1998); Como experta en Derecho europeo, la profesora hispano-islandesa ya advertía a finales del siglo XX que “el problema no consiste en distribuir la competencia para adoptar normas sustantivas de protección al consumidor, sino en reformar los diversos sistemas procesales nacionales, los cuales han quedado obsoletos” ya que “la equidad contractual en la elaboración y en la ejecución de los contratos masificados no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales”. Y explicaba que, como consecuencia de la masificación de los contratos, emergen intereses calificados como *difusos* “o comunes a una generalidad de individuos-masa” (p. 237).

⁸⁷ En todo caso, es interesante analizar en paralelo el proceso de implementación de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los distintos Estados miembros de la UE, así como el grado de acatamiento de éstos a la jurisprudencia del TJUE. En general, España parece ser más dócil que otros países -como Italia o Alemania-, a la hora de seguir las indicaciones del TJUE. En relación con Italia y Alemania, en contraste con el sistema español, tomo como referencia los trabajos de Antonio LÓPEZ CASTILLO («La confluencia entre Tribunales constitucionales, TEDH y TJUE», *El vértice de los sistemas judiciales*, BOE/UAM, Madrid, 2018, pp. 133-172; y «*Europaei, audi, quid convenit statuitque domina verbum!* Una muestra aún reciente de la actual jurisprudencia *ius* europea del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA)», *Revista Española de Derecho constitucional*, 111, pp. 341-378). En relación con Italia, además, el estudio de Antonio CIDONCHA MARTÍN; «Del control nacional de disposiciones internacionales y del control internacional de normas nacionales», *Seminario de profesores de la Facultad de Derecho UAM*, 29 de noviembre de 2018.

las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español al TJUE con ocasión de la citada Directiva^{88, 89}.

A la vez, el estudio de este periodo de implementación de la Directiva 93/13, suscita una reflexión final sobre el papel de la jurisprudencia del TJUE en el sistema nacional de fuentes⁹⁰. Es interesante observar que la jurisprudencia del TJUE parece actuar como auténtica fuente del Derecho de la Unión en materia de cláusulas abusivas: Si bien sus sentencias no son normas legales sino judiciales y, por tanto, aplicables al caso concreto, sucede que -por ser interpretación autorizada de la Directiva- deben aplicarse a otros casos en que concurren idénticas circunstancias, lo que en materia de cláusulas contractuales introducidas en contratación en masa puede ser habitual. Y esto, naturalmente, repercutirá en el diseño de nuevos mecanismos de tutela de los consumidores.

⁸⁸ A. GONZÁLEZ ALONSO/S. OUBIÑA BARBOLLA, “Prólogo de las directoras”, *El vértice de los sistemas judiciales*, UAM/BOE, Madrid, 2018, pp. 65-67, p. 66. Posteriores son, por ejemplo, las cuestiones prejudiciales planteadas en junio de 2021 por el Tribunal Supremo al TJUE sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios, en relación con la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas (artículos 6 y 7.1); o en septiembre de 2021 sobre la compatibilidad con la citada Directiva de su doctrina sobre transparencia y abusividad de las comisiones de apertura en operaciones de crédito hipotecario con consumidores.

⁸⁹ Se ha defendido que el Tribunal de Justicia, “por las funciones que cumple y por las peculiaridades que presenta, es una creación verdaderamente original, perfectamente diferenciada de cualquier otro Tribunal internacional coexistente o que le haya precedido” (J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración”, en *El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 19-37, p. 24). A juicio del autor, “el Tribunal de Justicia ha desempeñado (...) la función propia (...) de un Tribunal constitucional” (p. 25). En el *Prólogo* a la obra citada, J. MONTERO AROCA hace referencia a la evolución del concepto de jurisdicción desde el siglo XIX al XXI, advirtiendo cómo hoy se explica la existencia de los Tribunales internacionales por “una especie de cesión parcial de la soberanía” (soberanía de la que emana la jurisdicción y es presupuesto del proceso) de los Estados (en España, vía artículo 93 CE) (pp. 15-17). M. JIMENO BULNES (“La cuestión prejudicial”, en *El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 173-210, p. 175) interpreta que la cuestión prejudicial ha erigido al Tribunal de Justicia en “motor” del proceso de construcción europea; A su juicio, resulta “evidente el papel fundamental que desarrolla el Tribunal de Justicia como institución de la Unión Europea, papel que, especialmente, ejerce el Tribunal de Justicia en el marco de la cuestión prejudicial a modo de legislador europeo y con carácter de tribunal constitucional” (pp. 207-208).

⁹⁰ En este sentido, R. PAZOS CASTRO, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 685) opina con acierto que junto a la función interpretadora que le es propia, el TJUE está ejerciendo “una función regulatoria que viene a solventar las dificultades del legislador de la Unión para desarrollar las normas de protección de los consumidores”. En sentido semejante, se ha hablado de la transformación de los pilares del Derecho privado a través de la jurisprudencia del TJUE (H. MICKLITZ, “The Constitutional Transformation of Private Law Pillars”. *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Cambridge University Press, Intersentia, 2018, pp. 49-91).