

UNA CONTRIBUCIÓN A LA
EUROPEIZACIÓN DE LA CIENCIA
JURÍDICA: ESTUDIOS SOBRE
LA UNIÓN EUROPEA

HOMENAJE DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO AL PROFESOR
GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS



Universidad de Oviedo
FACULTAD DE DERECHO

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2019



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters
Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Paz Andrés Sáenz de Santa Marfa]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9197-933-3
DL NA 2439-2019

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
impresión: Rodona industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

de inversión de ese producto, para evitar que contrate sin conocimiento de causa.

En fin, volviendo al artículo 49, podemos concluir que su eventual aprobación supondría un cambio sustancial por lo que se refiere al nivel de información que actualmente están obligadas a proporcionar las aseguradoras. No tanto, en cambio, para los mediadores, a quienes el vigente artículo 42.5 LMSRP ya les obliga (“basándose en informaciones facilitadas por el cliente”) a “especificar las exigencias y las necesidades de dicho cliente, además de los motivos que justifican cualquier tipo de asesoramiento que hayan podido darle sobre un determinado seguro. Dichas precisiones habrán de dar respuesta, como mínimo, a todas las cuestiones planteadas en la solicitud del cliente y se modularán en función de la complejidad del contrato de seguro propuesto”.

Precisamente porque los mediadores cuentan ya actualmente con unas obligaciones de información más exigentes que las aseguradoras, tampoco añade nada a nuestro ordenamiento vigente la previsión que se contiene en el párrafo 2º del apdo. 2º del artículo 49 del Proyecto cuando fija las condiciones del análisis objetivo, pues básicamente coincide con lo actualmente dispuesto en el artículo 42.4 LMSRP²¹.

21. Trabajo realizado en el marco del Proyecto del Plan Propio de la Universidad de Oviedo 2019/00026/014.

CAPÍTULO 14 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHO DEL CONSUMO EN ESPAÑA

DOLORES PALACIOS GONZÁLEZ*

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Oviedo

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 1. *Sobre la interpretación de la normativa de consumo*. 1.1. Criterios de determinación de la abusividad de una cláusula. 1.2. Declaración de oficio de la abusividad de una cláusula. 2. *Sobre la aplicación de la normativa española de protección de los consumidores*. 2.1. Ley de Enjuiciamiento civil y procedimiento de ejecución hipotecaria. 2.2. La práctica de cesión de créditos por parte de las entidades financieras. 2.3. Declaración de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado. 2.4. Las consecuencias de la declaración de abusividad. 2.5. El préstamo hipotecario en divisa. 3. *Sobre la modificación de la normativa española de protección de los consumidores*. 3.1. Mejoras en el procedimiento. 3.2. Las consecuencias de la abusividad. 3.3. La cláusula de vencimiento anticipado, el interés remuneratorio, la hipoteca en moneda extranjera y la cláusula suelo en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 15 de marzo de 2019. II. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES ACTUALMENTE PLANTEADAS. 1. *Si una cláusula clara y comprensible que se refiera a la definición del objeto principal del contrato puede ser objeto de control de abusividad en España*. 2. *El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH)*. 3. *A quién han de corresponder los gastos de la hipoteca*. 4. *La comisión de apertura en el contrato de préstamo hipotecario*. 5. *La condena en costas en caso de nulidad de una cláusula abusiva*. 6. *La prescripción de la acción de restitución de las cantidades indebidamente pagadas por aplicación de una cláusula nula*. III. CONTINUARÁ.

* Miembro del Grupo Consolidado de Investigación del Principado de Asturias “EURODER-UNIOVI-HDI/2018/000187”. Este trabajo está vinculado al Proyecto DER2017-86017-R, “Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE”, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio (BOE n° 131, 2-VI-2011).

INTRODUCCIÓN

La aplicación de la normativa de protección de los consumidores y, en ocasiones, su modificación, se está realizando en los últimos años, en España, a golpe de sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Si bien en principio no tiene por qué sorprender la entrada en juego del órgano jurisdiccional al que compete la interpretación del Derecho de la Unión cuando nos encontramos ante normativa interna resultado de transposición de directivas comunitarias, sí resulta chocante e incluso desasosegante que el legislador y los tribunales españoles hayan sido corregidos por dicho Tribunal en más de una ocasión. De hecho el Tribunal Supremo, probablemente con el fin de evitar decisiones del TJUE en contra de su criterio sin haber tenido la oportunidad de ofrecer directamente la explicación y argumentación jurídicas que lo fundamentan, ha optado por ser él mismo el que plantee cuestiones prejudiciales como las relativas a los intereses de demora y a la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios que veremos más adelante. Pero son muchas más las cuestiones que actualmente están en tela de juicio.

Por otra parte, esta situación está produciendo la tendencia colateral de que el Tribunal de Justicia esté de hecho asumiendo funciones en principio propias del Tribunal Supremo por la habitualidad con la que los Jueces de instancia están obviando su jurisprudencia y presentando cuestiones prejudiciales. Ciertamente la contratación con consumidores no es el único ámbito en el que esto ocurre pero en cualquier caso es uno de los más significativos.

I. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMO

1.1. Criterios de determinación de la abusividad de una cláusula

El TJUE ha tenido que dar respuesta a la cuestión relativa a las pautas que el juez nacional debe de seguir para la declaración de abusividad de una cláusula de acuerdo con los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y los artículos 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En este sentido

establece que habrá que valorar si razonablemente podría estimarse que, actuando el profesional de manera legal y equitativa, el consumidor habría aceptado igualmente la cláusula en el seno de una negociación individual¹ (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz, C-413); y con el fin de determinar si se produce el necesario “desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes” habrá que tener en cuenta “las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de este tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración”.

Específicamente en lo que se refiere a las cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamo por incumplimiento de las obligaciones del deudor en un tiempo limitado, la misma sentencia ha dicho que “el tribunal nacional ha de examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”.

1.2. Declaración de oficio de la abusividad de una cláusula

La normativa española no establece expresamente ni la posibilidad ni la obligación de que sea el Juez o, en su caso, el Tribunal, quien declare, de oficio, la abusividad de una cláusula, aunque sí lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en profusa jurisprudencia² entre la que se destaca la sentencia de 21 de febrero de 2013³. Tanto en esta sentencia, que

1. Sentencia de 26 de enero de 2017, asunto Banco Primus, C-421/1.

2. Sobre esta cuestión puede verse el estudio realizado en 2013 por GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., sobre “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 26, enero-junio 2014, pp. 313-328.

3. Asunto Bonif Plus Bank, C-472/2011.

deja bien clara dicha obligación, como en la posterior de 30 de mayo de 2013⁴, se recoge la necesidad, en cualquier caso, de informar previamente a las partes para que puedan alegar lo que estimen conveniente garantizando, de esta manera, el principio de contradicción.

2. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

2.1. Ley de Enjuiciamiento civil y procedimiento de ejecución hipotecaria

Como veremos más adelante, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, reformó el procedimiento de ejecución hipotecaria para posibilitar que el Juez pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo, estableciendo un plazo preclusivo de un mes para que en caso de ejecución pendiente iniciada antes de su entrada en vigor el consumidor pudiera formular oposición a la misma sobre la base de la supuesta abusividad de alguna cláusula. En relación con ello tanto la STJUE de 29 de octubre de 2015⁵, como la de 26 de enero de 2017⁶ entendieron que dicha disposición transitoria no permitía garantizar que los consumidores pudieran aprovecharse efectivamente del plazo. El problema se planteaba porque obviamente en la notificación individual realizada al consumidor al inicio del procedimiento de ejecución con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 no se le informaba de la posibilidad de alegar el carácter abusivo de una cláusula. Veremos que la cuestión ha sido abordada por el legislador en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de contratos de crédito inmobiliario. Asimismo, la sentencia de 26 de enero de 2017 considera que un precepto como el artículo 207 de la LECivil que impida examinar de oficio cláusulas de un contrato que ya ha sido revisado en un procedimiento terminado cuya resolución definitiva ha adquirido el carácter de cosa juzgada no se opone al Derecho de la Unión si se trata de cláusulas efectivamente examinadas en la resolución firme, pero no respecto de aquellas otras que no lo hayan sido, como era el caso de la que establecía el vencimiento anticipado por incumplimiento del consumidor prestatario y que era la que había llevado el litigio a Europa.

4. Asunto Asbeek Bruse y de Man Garabito, C-477/2011.

5. Asunto BBVA, C-8/2014.

6. Asunto Banco Primus, S.A., y Jesús Gutiérrez García, C-421/14.

Un asunto relacionado ha vuelto a ser objeto de controversia recientemente hasta el punto de que la afectada por un procedimiento de ejecución hipotecaria sobre su vivienda habitual llegó, en recurso de amparo, hasta el Tribunal Constitucional. Se analizó concretamente si el Juzgado ejecutante había desconocido la primacía del Derecho de la Unión Europea y, por consiguiente, el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución.

La cosa fue como sigue. El 25 de noviembre de 2013 el Juzgado de Primera Instancia número 32 de Madrid dictó el Decreto de adjudicación del inmueble. Muy posteriormente y antes del lanzamiento, concretamente los días 2, 29 y 30 de mayo de 2017, la recurrente presentó distintos escritos que no fueron admitidos por no intervenir asistida de abogado y procurador, alegando una serie de motivos que después reproduce en el incidente de nulidad de actuaciones que promueve el 1 de diciembre de 2017. La ejecutada solicita que se declare la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado presente en su contrato de préstamo hipotecario y la suspensión de la ejecución para lo que se apoya, como "hechos nuevos jurídicamente relevantes", en la ya mencionada sentencia de TJUE de 26 de enero de 2017 y en el Auto de 8 de febrero de 2017 por el que, como veremos posteriormente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo plantea una cuestión prejudicial al TJUE en relación con la cláusula de vencimiento anticipado. Pone de manifiesto, al respecto, que dicha cuestión prejudicial estaba llevando a que muchos tribunales hayan suspendido las ejecuciones hipotecarias, entre ellos la Audiencia Provincial de Madrid que por acuerdo no jurisdiccional había paralizado todos los procedimientos no archivados en los que existiera cláusula de vencimiento anticipado. La recurrente entiende que la nulidad de la misma es imprescriptible y que el Juzgado, de acuerdo con la doctrina europea, debería de haber acogido su pretensión en vez de considerar, como hizo, que era extemporánea al no haber sido esgrimida en tiempo y forma como oposición a la ejecución, y que los principios de preclusión procesal y cosa juzgada recogidos en la LEC no son incompatibles con la primacía del Derecho de la UE ni, en concreto, con la Directiva 93/13.

El Tribunal Constitucional ha dado la razón a la recurrente y, teniendo en cuenta que el Juzgado no se había pronunciado sobre el clausulado del contrato, entiende que de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE la pretensión de la ejecutada debería de haber sido tenida en cuenta, mandando retrotraer el procedimiento al momento anterior a la resolución recurrida que había denegado el incidente de nulidad de actuaciones.

2.2. La práctica de cesión de créditos por parte de las entidades financieras

Como consecuencia de una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona y que, junto a otra planteada por el Tribunal Supremo a la que haremos referencia más adelante, dieron lugar a los asuntos acumulados Banco Santander y Escobedo Cortes⁷, el TJUE declara que la Directiva 93/13 no es aplicable a esta práctica porque solo lo es a las cláusulas contractuales. Concretamente dice que no es contrario al Derecho de la Unión que una entidad financiera ceda un crédito a un tercero sin que exista una cláusula contractual al respecto, por un precio pequeño y sin que el consumidor dé su consentimiento ni tenga la oportunidad de recomprar su deuda mediante el abono de lo pagado y los gastos de la cesión. Al tratarse de una cuestión que queda fuera de la Directiva se regulará por la normativa interna – en nuestro país el Código civil que en el artículo 1535 solo impone un derecho de retracto frente al cesionario en caso de cesión de créditos litigiosos– normativa que, como señala la sentencia, está también excluida del ámbito de aplicación de la Directiva con excepción de las disposiciones legales o reglamentarias imperativas que se refieran al control judicial de las cláusulas abusivas.

Otra cosa será si dicha práctica podría ser considerada ilícita conforme al Derecho interno teniendo en cuenta que el artículo 82.1 TRLGDCU sí considera abusivas las prácticas no consentidas expresamente también cuando, al igual que las cláusulas contractuales no negociadas, en contra de la buena fe causen en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2.3. Declaración de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado

Además de determinar los criterios que han de utilizarse para valorar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, la STJUE de 26 de enero de 2017 establece que si una cláusula que recoja el vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario como consecuencia de cualquier incumplimiento del prestatario, lo que incluiría incluso el impago de un plazo, se considera abusiva, lo es con independencia de que en el caso concreto el acreedor hubiera esperado para instar la ejecución más allá del plazo de tres meses de incumplimiento que es el mínimo que el apartado 2 del artículo

7. C-96/16 y 94/17.

693 de la Ley de Enjuiciamiento civil preveía en general –desde la reforma del año 2013 hasta la Ley de crédito inmobiliario– para poder declarar vencido un crédito a plazos⁸.

2.4. Las consecuencias de la declaración de abusividad

Después de que con la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012⁹ hubiera quedado determinado que tras la declaración de la abusividad de una cláusula la misma había de tenerse por no puesta y el juzgador no puede integrar el contrato, en nuestro país han seguido planteándose cuestiones en relación con las concretas consecuencias de la nulidad. Y así el Tribunal Supremo, tras declarar que las cláusulas suelo son abusivas cuando no son transparentes – cuando las circunstancias de celebración del contrato no han permitido al consumidor conocer de manera adecuada las consecuencias jurídicas y económicas de las mismas pese a su comprensibilidad literal –, decidió sin embargo que los efectos de la declaración de nulidad habían de producirse no desde la firma del contrato sino desde la fecha de la sentencia que estableció dicha doctrina, la muy conocida del Pleno de 9 de mayo de 2013. Como es bien sabido, el TJUE en sentencia de 21 de diciembre de 2016¹⁰ ha determinado que esto no debe de ser así y que los efectos tienen que retrotraerse al momento de incorporación al contrato de la cláusula nula de tal manera que los prestamistas tienen que devolver los intereses indebidamente cobrados hasta ese momento.

a) Intereses de demora

Por su parte en los asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, ya mencionados al hablar de la práctica de cesión de créditos, se planteó la adecuación de los criterios utilizados por el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de abril y 7 y 8 de septiembre de 2015¹¹ a la regla de no integración del contrato tras la declaración de la abusividad de una cláusula. En ellas

8. En el caso concreto la cláusula no se había aplicado realmente en su vertiente abusiva sino que para declarar vencido el crédito se había esperado hasta siete meses de incumplimiento. El TJUE considera que a efectos de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva la constatación y las consecuencias de la abusividad de una cláusula no pueden hacerse depender de que en la práctica se hayan abusado o no.

9. Asunto Banco Español de Crédito, C-618/10.

10. Asuntos acumulados Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U, C-154/15, BBVA y Ana María Palacios Martínez, 307/15 y Banco Popular Español, S.A. y Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu, C-308/15.

11. Sentencias número 265/2015, 469/2015 y 470/2015.

se declaró que las cláusulas que establecían unos intereses de demora, en contratos de préstamo, superiores en dos puntos a los remuneratorios, son abusivas, pero que la consecuencia de la nulidad no había de ser la supresión de cualquier interés sino que, manteniéndose el préstamo, el interés remuneratorio se sigue devengando hasta que se devuelve el capital y no resulta afectado por la abusividad del de demora. Sin perjuicio de que el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona había planteado una cuestión prejudicial al respecto mediante Auto de 2 de febrero de 2016, también lo hizo el propio Tribunal Supremo poco después, probablemente para poder realizar las alegaciones pertinentes y presentar al Tribunal europeo la justificación de su postura y el problema que estaba suponiendo que distintos órganos judiciales vinieran aplicando reglas diferentes tanto para considerar abusivo el interés de demora (unas veces el límite de dos veces y media el interés legal –el máximo establecido por el artículo 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo en descubiertos tácitos en cuenta corriente–, otras el límite de tres veces el interés legal –el establecido en los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual por el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria–, y otras el interés remuneratorio) como para determinar las consecuencias de dicha abusividad.

Los fundamentos jurídicos del Tribunal Supremo – que defiende que su postura protege la seguridad jurídica al armonizar los distintos criterios que se están utilizando, otorga a los consumidores la protección adecuada, disuade a los prestamistas predisponentes ya que si se declara abusiva la cláusula no podrán pedir nada por el retraso, reestablece el equilibrio entre las partes al mantenerse la retribución al prestamista por la disponibilidad del dinero prestado pero sin una sanción por demora que el prestatario no habría aceptado en negociación, y evita que el prestatario que cumple con su obligación reciba peor trato que el que no cumple –, fueron finalmente respaldados por la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018.

b) *La cláusula de vencimiento anticipado*

La sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019¹² da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo preguntando si respecto de una cláusula de vencimiento anticipado que prevea la devolución del capital ante cualquier incumplimiento, incluso de un plazo, se puede apreciar parcialmente la nulidad en cuanto permitiría ejecutar la hipoteca

12. Asuntos acumulados Abanca Corporación Bancaria, S.A. y Alberto García Salamanca Santos, C-70/17, y Bankia, S.A. y Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez, 179/17.

por el impago de una cuota manteniendo su validez para los demás casos. Además se cuestionaba si, aun manteniendo la nulidad de la estipulación en su conjunto, cabe continuar con el procedimiento aplicando supletoriamente el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario, por estimar el sobreseimiento más perjudicial para el consumidor¹³. Concretamente el Auto con el que se planteaba la cuestión, de 8 de febrero de 2017¹⁴, razonaba que dicho sobreseimiento no implicaba que el acreedor no pudiera acudir al procedimiento declarativo ordinario sobre la base del artículo 1124 del Código civil para reclamar las cantidades adeudadas o resolver el contrato. Y como el procedimiento de ejecución hipotecaria contiene especialidades que benefician al consumidor, continuaba razonando el Tribunal, ese efecto de la declaración de la nulidad perjudicaría a quien se pretende beneficiar¹⁵. Como consecuencia de esta situación, el panorama no podía ser más inseguro: unas Audiencias estaban sobreseyendo el procedimiento y otras, por el contrario, se limitaron a suspenderlo en espera del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Concretamente las preguntas que integraban la cuestión presentada son las siguientes:

En primer lugar, si la Directiva sobre cláusulas abusivas admite que cuando una cláusula de vencimiento anticipado prevea su entrada en funcionamiento para el impago de una cuota y además para el impago de más cuotas puede declararse la nulidad de la primera posibilidad manteniendo la validez del resto del párrafo, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad. Para el Tribunal Supremo no se estaría integrando la cláusula declarada nula sino que permanece la parte de la cláusula que no es re-

13. El precepto decía “Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo”.

14. Núm. de recurso 1752/2014.

15. En el Auto de 8 de febrero el Tribunal Supremo añade como desventajas de que se inicie y culmine el procedimiento ordinario que al consumidor se le unirá la condena en costas en la fase declarativa y en la ejecutiva y se le incrementarán los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento (Fundamento de Derecho Quinto.7). El Tribunal alegaba que el deudor puede acabar perdiendo la vivienda en cualquier caso y sin las ventajas del proceso ejecutivo especial, pagando solo las cuotas impagadas.

prochable y la que sí es abusiva deviene ineficaz. El TJUE, como no podía ser de otra manera, reitera que no cabe la conservación en parte de una cláusula abusiva para salvar su nulidad.

En segundo lugar, se preguntó si declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado puede el Juez nacional determinar la continuación de la ejecución al ser un procedimiento más ventajoso para el consumidor que el que sustenta la ejecución ordinaria.

En relación con esta segunda cuestión parte de la doctrina había defendido, con cita de distintas resoluciones del TJUE (auto de 11 de junio de 2015, sentencia de 14 de junio de 2012 y sentencia de 26 de enero de 2017), que realmente no existían dudas que tuviera que resolver el Tribunal de Justicia. Se considera que si la cláusula es nula no cabe vencimiento anticipado y que el contrato no se puede integrar y menos con una facultad legal resolutoria que no se encuentra recogida en el ordenamiento¹⁶.

Pues lo que dice el TJUE, dejando por cierto la cuestión bastante abierta, es que si el contrato no puede subsistir sin la cláusula nula y la nulidad del contrato genera una situación perjudicial para el consumidor (en el préstamo, tener que hacer frente a la devolución íntegra de lo recibido) se puede integrar con una disposición sustitutoria de derecho nacional que en este caso sería el artículo 693 LEC para continuar el procedimiento de ejecución; pero que si el juez considera que sí puede subsistir sin la cláusula, se abstendrá de aplicarla, con el resultado del archivo definitivo del procedimiento salvo que el consumidor se oponga por considerar que le resulta más perjudicial verse abocado a un procedimiento ordinario.

El Tribunal Supremo ha vuelto a ocuparse de la cuestión en la sentencia de 11 de septiembre de 2019¹⁷, ya con posterioridad a la resolución del TJUE, estimando al respecto que el contrato no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento porque la garantía de la hipoteca es la que lleva al prestamista a conceder el préstamo y el negocio se desnaturaliza si la ejecución resulta ilusoria o extremadamente difícil. De acuerdo con la posición del TJUE cuando dice que en los casos en que el contrato no pueda subsistir y la anulación exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales procederá la aplicación subsidiaria de una disposición legal, estima aplicable el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil en la redacción dada por la Ley 1/2013. En cualquier caso, se señala que este

16. Estos razonamientos nos los presenta BALLUGUERA GÓMEZ, C. en "La cuestión prejudicial del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado", 3 de marzo de 2017, www.notariosyregistradores.com.

17. Sentencia número 463/2019.

último precepto ha de interpretarse de manera casuística y mirar cuántas anualidades han dejado de pagarse y las posibilidades de reacción del consumidor, utilizando de manera orientativa el actual artículo 24 de la Ley de contratos de crédito inmobiliario del que hablaremos posteriormente. Concluye el tribunal dando unas pautas para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso: si el préstamo se dio por vencido por aplicación de una cláusula nula con anterioridad a la Ley 1/2013 tiene que ser sobreseído, si el vencimiento se actuó con posterioridad y el incumplimiento del deudor no es grave también deberá de sobreseerse, pero si el incumplimiento reviste la gravedad de la Ley de contratos de crédito inmobiliario podrá continuar la tramitación. Además, como los autos de sobreseimiento no producen efecto de cosa juzgada, la entidad prestataria podrá instar en el futuro el vencimiento anticipado del contrato basándose en la nueva Ley.

2.5. El préstamo hipotecario en divisa

En contra de lo establecido por la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015 el TJUE, en resolución de 13 de diciembre del mismo año¹⁸, entendió que la llamada hipoteca multidivisa (préstamo hipotecario en divisas) no viene regulada por la Ley del Mercado de Valores española dado que sin perjuicio de que el valor de las divisas deba tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos del préstamo, realmente dicha operación de cambio es accesoria al contrato y no constituye un instrumento financiero con finalidad de inversión. Como consecuencia de ello nuestro alto Tribunal tuvo que cambiar su doctrina y así lo hizo en la sentencia de 15 de noviembre de 2017¹⁹. Ahora bien, en esta última resolución- resultado de un litigio en el que los prestatarios pretenden anular la cláusula multidivisa y, subsidiariamente el contrato, por falta de la información establecida en aquella Ley²⁰ -, se pone de manifiesto que el déficit informativo, en su caso, sí que será tenido en cuenta en orden a controlar el requisito de la transparencia cuando se trate de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores. Requisito de transparencia de especial entidad cuando, como también ha señalado el Alto Tribunal,

18. Asunto Banif Plus Bank.

19. Sentencia número 608/2017.

20. En cualquier caso la sentencia declara que el Derecho español - Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y Orden de 5 de mayo de 1994 - no anuda a esa falta de información la sanción de nulidad ni ninguna otra contractual sino únicamente sanciones administrativas.

el crédito hipotecario en divisas es un negocio complejo con mayor riesgo que el más habitual a interés variable solicitado en euros, razón por la cual la entidad bancaria debería de explicar adecuadamente dicho riesgo y las consecuencias de su materialización. Refuerza la posición del Tribunal el hecho de que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, aunque no aplicable al caso por razones temporales, pone de manifiesto los especiales problemas que plantean los créditos suscritos en moneda extranjera “en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban” (Considerando cuarto) y que puede llevar, por una fluctuación importante de la divisa utilizada, a poner en riesgo la capacidad de los prestatarios de afrontar los pagos e incluso a que el banco dé por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de una fluctuación importante de la divisa si en el contrato se establecen cláusulas de este tenor²¹. La nulidad por abusiva de la cláusula dio lugar a la consideración de que el préstamo pasara a operar en euros con la reorganización contable a que ello diera lugar.

3. SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

3.1. Mejoras en el procedimiento

Si el Juez tiene que declarar de oficio la abusividad de una cláusula incluso aunque ello no haya sido alegado por el consumidor, pudiendo además acordar las diligencias necesarias para poder formar su convicción, es necesario que el procedimiento lo permita. Esto es lo que llevó al TJUE, en la sentencia de 14 de junio de 2012²², a establecer que no era conforme al Derecho de la Unión un procedimiento, el monitorio, que no permitiera tal conocimiento por el Juez en ninguna de sus fases si el consumidor no presenta oposición. Por su parte, la ya mencionada sentencia del TJUE de 14 marzo 2013, en el asunto *Aziz*, determinó que dado que en el procedimiento de ejecución hipotecaria recogido en los artículos 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil se limitan los motivos de oposición y no cabía oponerse al mismo alegando la nulidad de una cláusula por abusi-

21. En el contrato litigioso se permitía al banco resolver el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si la fluctuación de la divisa llevaba a que el valor de tasación de la finca hipotecada llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal garantizado pendiente de amortizar en cada momento.

22. Asunto Banco Español De Crédito, C-618/10.

va, y en el declarativo que pudiera plantearse para pedir que se declare la nulidad de una cláusula del contrato que fundamenta la ejecución el juez no puede adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad del fallo, era posible que cuando se declarase la abusividad la ejecución se hubiera consumado. Esta decisión dio lugar a la reforma del procedimiento ejecutivo a través de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social para que, como dice literalmente su Exposición de Motivos “de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”.

Más recientemente la Ley 5/2019 da respuesta legal a lo establecido en las sentencias del TJUE de 29 de octubre de 2015 y 26 de enero de 2017 en relación con el plazo de un mes que la Ley 1/2013 otorgaba para oponerse a la ejecución pendiente en la fecha de su entrada en vigor (vid. I.2.2.1). La Disposición Transitoria Tercera recoge un nuevo plazo de diez días, desde la notificación al deudor de la posibilidad de plantear la oposición, para formular la misma sobre la base de la posible existencia de cláusulas abusivas cuando se den determinadas circunstancias.

3.2. Las consecuencias de la abusividad

Otro déficit en la protección de los consumidores de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea se detectó en el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios que, en la línea del artículo 10.2 de la Ley 13/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación²³ establecía que tras la declaración de abusividad de una cláusula el Juez había de integrar el contrato de acuerdo con el artículo 1258 del Código civil y el principio de la buena fe objetiva. La sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012²⁴ estima al respecto que, dada la previsión del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, los tribunales no pueden integrar el contrato en el que aparecen recogidas lo que, por otra parte, podría hacer que la declaración de abusividad no diese lugar al debido y deseado efecto disuasorio para los empresarios.

23. Se establecen los efectos de la sentencia que aprecia la no incorporación o nulidad de una Condición General.

24. Asunto Banesto, C-618/10.

El artículo 83 fue modificado en ese sentido con la Ley 3/2014 por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y otras leyes complementarias, estableciéndose desde entonces que "... el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Únicamente cabrá la integración mediante la aplicación de una normativa nacional de derecho supletorio cuando el contrato no pueda subsistir sin la cláusula declarada abusiva en detrimento de la posición jurídica del consumidor (STJUE 30 de abril de 2014²⁵).

3.3. La cláusula de vencimiento anticipado, el interés remuneratorio, la hipoteca en moneda extranjera y la cláusula suelo en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 15 de marzo de 2019

Hay más resoluciones del TJUE que han enfrentado al legislador español con déficits en la protección de los consumidores que demanda una adecuada – desde el punto de vista del mismo Tribunal de Justicia – aplicación del Derecho de la Unión. Por ello, la necesaria transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, además de fortalecer la necesaria información precontractual en este ámbito en aras de la transparencia, se ha aprovechado para modificar la regulación de alguno de los pactos que se habían ido revelando más conflictivos, con el fin de evitar la utilización de cláusulas abusivas. Y ello se ha hecho en la Ley 5/2019 en relación con los contratos de préstamo garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial cuando el prestatario, fiador o garante sea una persona física (a diferencia de la Directiva no hace falta que sea un consumidor) y con los préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir siempre que el prestatario sea, en este caso, un consumidor.

La ley se ocupa de la cláusula de vencimiento anticipado en el artículo 24, estableciendo como regla imperativa para los créditos sometidos a la misma que el prestatario en mora en el pago de una parte del capital del

25. Asunto Kásler y Káslerné Rabal, C-26/13.

préstamo o de los intereses perderá el derecho al plazo siempre que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considera cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses. También, en este caso si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo, cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al siete por ciento de la cuantía del capital concedido entendiéndose entonces cumplido el requisito cuando equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses. Además, el prestamista deberá haber requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo. Estas reglas, que no admiten pacto en contrario, serán de aplicación para los contratos vigentes a la entrada en vigor de la Ley salvo que el deudor alegue que la previsión contenida en los mismos es más favorable para él. No se aplicará a los contratos cuyo vencimiento se hubiese producido antes de la entrada en vigor.

También se establece imperativamente que en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado con hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial el interés de demora será el remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquél resulte exigible (artículo 25).

En relación con otras cláusulas que ha tenido que controlar el Tribunal de Justicia se prohíbe la cláusula suelo (artículo 21.3) y también, aquí para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva transpuesta en relación con los préstamos en moneda extranjera, se reconoce al prestatario consumidor un derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa conforme a lo dispuesto en el propio precepto estableciendo que el incumplimiento de las exigencias y requisitos previstos en el mismo dará lugar a la nulidad de las cláusulas multivisa y permitirá al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos (artículo 20).

II. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES ACTUALMENTE PENDIENTES

1. SI UNA CLÁUSULA CLARA Y COMPRENSIBLE QUE SE REFIERA AL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO PUEDE SER OBJETO DE CONTROL DE ABUSIVIDAD EN ESPAÑA

El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 establece literalmente que las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, o a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, no pueden ser objeto de control de abusividad siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. El hecho de que esta consideración específica no haya sido recogida expresamente en el Derecho español cuando en 1998 se transpuso la Directiva generó una situación confusa que no fue enfrentada hasta las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 y del Pleno de 9 de mayo de 2013²⁶. Antes, el Alto Tribunal había presentado una cuestión prejudicial ante el TJUE con ocasión de conocer del asunto Caja Madrid²⁷ preguntando básicamente si lo recogido en aquel apartado constituye regla imperativa para los Estados miembros. El procedimiento culminó con la sentencia de 3 de junio de 2010 en la que Tribunal europeo manifiesta que los Estados pueden prescindir de la excepción del artículo 4.2 y elevar así el nivel de protección de los consumidores en sus ordenamientos entendiendo además que eso era lo que había ocurrido en el Derecho español²⁸. Pero el Tribunal Supremo considera que la falta de transposición en España no se debió a una elección consciente del legislador sino a un mero error en la tramitación parlamentaria, lo que lo llevó a decidir, por el contrario, que el artículo 4.2 de la Directiva es plenamente aplicable en nuestro ordenamiento.

El tema no termina entonces. Años más tarde el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona eleva una cuestión sobre la abusividad de cláusulas que utilizan el Índice de referencia de los préstamos hipotecarios, IRPH²⁹, en la que, entre otros temas, se vuelve a plantear la consecuencia de la falta de transposición del artículo 4, apartado 2 de la Directiva de cláusulas abusivas, pregunta que reitera la titular del Juzgado de Primera

26. Sentencias número 8857/2012 y 241/2013.

27. C-484/08.

28. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido) salvo por falta de transparencia", Centro de Estudios de Consumo, www.uclm.es/centro/cesco.

29. Asunto C-125/18.

Instancia nº 17 de Palma de Mallorca en una de las últimas cuestiones prejudiciales presentadas sobre la materia que nos ocupa³⁰.

En este asunto la Comisión emite un Informe en el que reitera la consideración del TJUE y entiende que en España hay que controlar la abusividad de las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato aunque su redacción sea clara y comprensible al haberse optado por una mayor protección del consumidor y no incorporar el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva. A día de hoy y en espera de sentencia lo último que tenemos son las Conclusiones del abogado general Maciej Spunar quien, por su parte, entiende que teniendo en cuenta el artículo 8 de la Directiva, que dice que "los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" la posición del Tribunal Supremo de considerar que la voluntad del legislador había sido transponer el artículo 4, apartado 2, es contraria "a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la transposición de las Directivas y, en particular, a los principios de seguridad jurídica, de transparencia y de cooperación leal" (II.1.a) 2) y 3). Argumenta al respecto que una jurisprudencia nacional que interprete y aplique una disposición de una Directiva que el legislador nacional no ha transpuesto "no puede tener la claridad y la precisión necesaria para poder constituir un fenómeno jurídico apropiado para regular la protección de los consumidores o, como ocurre en el presente asunto, para transponer la excepción prevista en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13".

2. EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (IRPH)

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017³¹ estableció que la cláusula litigiosa, incluida en un contrato de préstamo hipotecario y en virtud de la cual el interés variable se referenciaba al IRPH (Índice de referencia de Préstamos Hipotecarios), era transparente, y que el índice como tal ni siquiera puede ser objeto de este control conforme a la Directiva 93/13, ya que viene definido y regulado legalmente (artículo 4 que excluye del control las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas), como tampoco puede serlo conforme a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que también en su artículo 4

30. Auto de 12 de marzo de 2019.

31. Sentencia número 699/2017.

excluye de su aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas. En el contrato concreto se establecía, en relación con los intereses remuneratorios, que “Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94, que se publica en el B.O.E. de 3-8-94”. “MARGEN, es el porcentaje a añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. El MARGEN será de cero coma cincuenta (0,50 puntos).” En otro apartado de la misma cláusula se concretaba que “El tipo que servirá para este cálculo se define en la Circular 7/99 del Banco de España de 29-6-99 y se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión. Por último otro apartado, con el título, “Interés sustitutivo” preveía que “El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el citado tipo de referencia, y se tomará como tal, a sus mismos efectos, el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las Cajas de Ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el B.O.E. del 3-8-94, más un margen de cero coma cincuenta (0,50) puntos”.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Álava habían decidido que la cláusula no superaba el control de transparencia porque esta última obligaba a la prestamista a hacer lo que no había hecho “(i) explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podía evolucionar en el futuro ; (ii) poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y (iii) ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado”. El Tribunal Supremo considera, por el contrario, que dichas exigencias no son tales y, por tanto, que las mismas no forman parte de la información acerca de las “consecuencias jurídicas y económicas” de la aplicación del tipo de interés que resulta de la cláusula lo que, de acuerdo con asentada jurisprudencia, es el núcleo para determinar si existe o no transparencia. Según el Alto Tribunal el predisponente no tiene la obligación de explicar la configuración de un tipo de referencia como es el IRPH³² que está definido y regulado legalmente, pues siendo un índice oficial un consumidor medio –normalmente informado y razo-

32. El Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia explica profusamente la regulación y características del IRPH.

nablemente atento y perspicaz– puede fácilmente comparar las condiciones relativas al cálculo del interés remuneratorio variable presentes en el mercado. Tampoco considera exigible que la entidad tuviera que ofrecer otras posibilidades con índices de referencia diferentes como el Euribor, no siendo ni siquiera posible informar acerca del comportamiento posterior del índice de referencia.

La sentencia, del Pleno, tiene, sin embargo un voto particular formulado por dos magistrados que consideran que “no basta, ..., como hace la sentencia, reconducir el control de transparencia hacia conceptos más amplios o generales que, por más que quiera señalar que resultan ilustrativos, no permiten valorar al prestatario de un modo directo, fácil y accesible, esto es, sin necesidad de realizar un posterior análisis minucioso o pormenorizado del elemento en cuestión, las consecuencias económicas que se derivan de la peculiaridad y funcionamiento del “propio” índice de referencia aplicado por la entidad bancaria”. Para los firmantes del voto discrepante la sentencia presume inadecuadamente que un consumidor medio conoce que se utilizan diferentes sistemas de interés variable que pueden conducir a consecuencias muy distintas e invierte la carga de los deberes de información cuando señala que los índices de referencia, además de supervisados por el Banco de España son publicados mensualmente en el B.O.E., constituyendo información “pública y accesible”.

En el apartado 2 del voto particular se dice que la aplicación hecha por la mayoría del control de transparencia no se adecúa a los parámetros de la doctrina jurisprudencial del TJUE en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Lo desarrolla más adelante en relación con la exención del control del propio índice de referencia sobre la base de la excepción que recoge el apartado 2 del artículo 1 referido a las condiciones generales que reflejen “disposiciones legales o reglamentarias imperativas “ y que la sentencia extiende a “las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo”. Aparte de la falta de imperatividad – la utilización de ese índice de referencia no era necesaria - , los magistrados disidentes ponen de relieve que el TJUE realiza una interpretación restrictiva de la excepción (Sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto Kusionová, C-34/13) manifestando la esencialidad de la información por parte del profesional en relación con las disposiciones reglamentarias imperativas de aplicación (STJUE 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10) y que “el hecho de que el contenido de los contratos predispuestos esté determinado por disposiciones reglamentarias imperativas (contratos regulados) no comporta la exención del deber de información que incumbe al profesional sobre aquellos aspectos o cuestiones de interés

o relevancia para el consumidor (SSTJU de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92 y 23 de octubre de 2014, asunto Alexandre SCHUL C-359/11 y C-400/11)". Argumentan también la complejidad objetiva de la configuración, aplicación y cálculo completo del IRPH para cualquier consumidor medio, teniendo en cuenta además su utilización residual y, por tanto, el desconocimiento que del mismo podía tener un consumidor medio en comparación con otros índices más difundidos como el Euríbor. En su opinión tanto en la fase precontractual como en las de perfección y ejecución del contrato faltó información suficiente y necesaria para que un consumidor medio pudiera realmente entender las consecuencias jurídicas y económicas de la aplicación del IRPH y así poder decidir la celebración del contrato con verdadero conocimiento de causa; información que debería de haber incluido la explicación de la formulación aritmética del que permitiera al consumidor valorar sus consecuencias económicas sobre el contrato³³ y la presentación de los distintos escenarios que pudieran darse conforme a las fluctuaciones de aquél. Se estima que solo así se podría llegar a la garantía de que el profesional pudiera estimar razonablemente que el consumidor aceptaría la cláusula en el marco de una negociación individual.

El 20 de febrero de 2018 el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, ante la petición de nulidad por falta de transparencia de una cláusula de esta naturaleza, plantea una cuestión prejudicial preguntando al TJUE "si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el Juez nacional controle si es o no abusiva una cláusula contractual que fija un tipo de interés a partir de un índice legal", si el artículo 4.2 de la Directiva que excluye del control de abusividad las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato es aplicable al Derecho español teniendo en cuenta que no ha sido transpuesto (cuestión de la que nos hemos ocupado en el epígrafe anterior), si la cláusula IRPH constituye una omisión engañosa conforme al artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales y cuál ha de ser la consecuencia de la declaración de la nulidad de la cláusula. La cuestión puso en marcha el procedimiento C-125/18 el 23

33. El voto cita al respecto la sentencia del TJUE 30 de abril 2014, asunto Kásler, C-26/17, que efectivamente señala que la exigencia de transparencia también alcanza a la formulación aritmética de la cláusula. El Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, sobre índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros, establece la obligación expresa de los prestamistas y los intermediarios del crédito de "facilitar una información adecuada a los consumidores", lo que ha llevado a la modificación de la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrado con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial para resaltar el deber de informar sobre "las posibles implicaciones de dicho índice de referencia para el consumidor".

de marzo de ese año en el que, aunque no se tramite por la vía de urgencia tal y como pretendía el magistrado que la presentó, ya manifestaron su posición tanto el Gobierno de España³⁴ como la Comisión. El 10 de septiembre de 2019 presenta sus conclusiones el Abogado General.

La Comisión considera que aunque el IRPH en sí mismo no sea controlable, sí lo es la cláusula en la que se recoge porque no constituye una regla imperativa sino que se incorpora voluntariamente por el predisponente; además, que el deber de transparencia consagrado en los artículos 4.2 y 5 de la Directiva incluye la obligación del profesional de explicar tanto cómo funciona el índice como su comportamiento pasado y futuro en comparación con otros utilizados en el mercado. También defiende que si se incumplen dichas obligaciones y el consumidor no tiene la información necesaria para tomar la decisión de la contratación como parece que ocurre en la práctica española, la actuación constituiría una omisión engañosa en el sentido de lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE, lo que constituye una consideración en la que el juez puede fundar su convicción del carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

Por último, y esto resulta especialmente interesante, en cuanto a la consecuencia de una declaración de nulidad la Comisión parte de la base de que la cláusula ha de tenerse por no puesta salvo que el consumidor quiera otra cosa, pero continúa sus apreciaciones para de alguna manera "aconsejar" que se revise si la nulidad de la cláusula permite la continuación del contrato o esto no es posible jurídicamente al convertirse el negocio en otro de diferente naturaleza al cambiar de oneroso a gratuito. A partir de ahí, determinar la nulidad del contrato – continúa la Comisión – puede resultar objetivamente perjudicial para el consumidor que tendría que devolver de una vez la cantidad prestada por lo que en este caso sí procedería integrarlo con el derecho supletorio nacional. Pero como no hay derecho supletorio aplicable al caso se le ocurre que el juez podría instar a las partes a que lleguen a un acuerdo sobre qué otro índice de referencia aplicar, manteniendo el diferencial, y si tal acuerdo no se produce, utilizar uno de uso habitual como puede ser el Euríbor.

Por su parte el Abogado General considera que la transparencia del IRPH es controlable en tanto no es un índice al que imperativamente hu-

34. Como reflejo de la gran incidencia política que están teniendo las decisiones que afectan a la protección de los consumidores el 13 de diciembre de 2018 se votaba en el Congreso de los Diputados una proposición no de Ley para instar al Gobierno a ser neutral en la cuestión y retirar las observaciones ya realizadas en favor del Tribunal Supremo. No nos consta el resultado. Detrás late la consideración, bastante generalizada, de que el Gobierno estaba apoyando a la Banca.

bieran de acogerse las partes correspondiendo al juez nacional verificar si se han dado las condiciones de hecho que permitan decidir que el consumidor ha podido conocer su funcionamiento exacto y las consecuencias económicas del mismo. En cuanto a las preguntas sobre si la falta de información debe considerarse desleal y cuál debe ser la consecuencia de la nulidad de la cláusula, entiende que no procede responderlas.

Veremos lo que ocurre. Parece bastante claro que la cláusula que recoge el IRPH ha de ser objeto de control de transparencia pues es una condición voluntariamente impuesta por el prestamista con una importante incidencia en la decisión contractual del prestatario. Y por esta segunda razón, en el caso de que este último no haya sido convenientemente informado del significado y funcionamiento de la misma, de acuerdo con lo que plantean los tribunales de instancia, ha de ser declarada abusiva y, consecuentemente, nula. La cuestión es ahora decidir si la nulidad permite la subsistencia del contrato.

Es posible defender que, en su caso, la nulidad de la cláusula no tiene por qué llevar a la ineficacia del contrato que se convertiría en un préstamo sin intereses y el préstamo no es un contrato esencialmente oneroso. Además, esta conclusión no iría en contra de la posición del consumidor. De esta manera, el prestatario debería devolver la cuantía del principal sin los intereses referidos al IRPH, en principio en los plazos previstos en el contrato. La ruptura de la inicial equivalencia de las prestaciones de las partes no será sino la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de transparencia que han llevado a la declaración de la abusividad.

Pero también cabe entender, y aventuramos que esta sería la postura del Tribunal Supremo que en la sentencia de 11 de julio de 2018 ha calificado el préstamo con intereses como contrato bilateral³⁵, que la supresión del interés remuneratorio desnaturaliza un contrato cuya causa, para el prestamista, es la percepción del mismo. La solución sería, entonces, la aplicación del índice que se estime más conocido.

3. A QUIÉN HAN DE CORRESPONDER LOS GASTOS DE LA HIPOTECA

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015³⁶ estableció la nulidad de la cláusula contenida usualmente en los préstamos hipotecarios en virtud de la cual el consumidor había de correr

35. Sentencia número 432/218.

36. Sentencia número 705/2015.

con todos los gastos de la hipoteca determinando que, conforme al artículo 29 de la Ley 1/1993 de 24 de septiembre del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, corresponden al Banco los notariales y registrales y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y al cliente el seguro de daños. Pese a ello los tribunales de orden inferior siguieron resolviendo de manera dispar.

Posteriormente el Alto Tribunal, en la sentencia de la Sala de lo Civil 28 de febrero de 2018, estableció que conforme a dicho artículo 29 el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario, que habrá de asumir también el 50% del gasto de timbre del impuesto en la notaría. Así lo establecía, además, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. No obstante, meses más tarde, tres sentencias de la sala de lo Contencioso del Alto Tribunal cambian de criterio para pasar a entender que pese a lo señalado por el Reglamento, refrendado por la jurisprudencia desde diez años atrás, el sujeto pasivo del impuesto era el Banco prestamista pues es a él a quién interesa el otorgamiento de la escritura. El resultado fue la nulidad del citado artículo 68 del Reglamento. Como es sabido, al día siguiente de hacerse pública la primera sentencia en este sentido – sentencia de 16 de octubre³⁷ – el presidente de la Sala de lo Contencioso anuncia una resolución del Pleno para revisar el pronunciamiento y precisar su alcance y unos días más tarde, el 6 de noviembre, ve la luz dicha decisión en tres sentencias haciendo que el impuesto recaiga nuevamente en el prestatario³⁸. A los pocos días el Gobierno, mediante Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, modifica el artículo 29 del Texto Refundido para establecer, definitivamente que, “Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”. El fin de la historia, a día de hoy, es que la Ley de contratos de crédito inmobiliario atribuye todos los gastos hipotecarios al prestamista a excepción de la tasación (artículo 14), lo que no quita para que quede pendiente la situación de las hipotecas firmadas antes de la entrada en vigor de la misma.

En relación con ellas la nota del Pleno del alto tribunal emitida por el gabinete técnico en enero de 2019 concreta el reparto de gastos de acuerdo con su doctrina recogida entre otras en la Sentencia del Pleno de 23 de enero de 2019³⁹ (49/2019). Se prevé el abono por mitades de la

37. Sentencia número 1505/2018.

38. Sentencias número 1669/1670 y 1671.

39. Sentencia número 49/2019.

escritura notarial de préstamo o modificación mientras que la de cancelación corresponde al prestatario. Las copias ha de pagarlas el interesado. El arancel registral le corresponde al banco pero si lo que se inscribe es la cancelación habrá de asumirlo el prestatario. Los gastos de gestoría les corresponden a ambos al 50%. Por último, por lo que se refiere al impuesto de actos jurídicos documentados, le corresponde abonarlo al prestatario dado que el Decreto Ley de 8 de noviembre de 2018 no tiene efectos retroactivos. La consecuencia de la nulidad de la cláusula no ha de ser, conforme a la sentencia, la restitución de lo pagado habida cuenta que no eran cantidades entregadas al Banco sino a terceros pero sí el restablecimiento de la situación en que se encontraría el consumidor de no haber abonado lo que, según el Tribunal, no le correspondía. Acude, en su apoyo, a las instituciones del enriquecimiento injustificado y pago de lo indebido.

En relación con toda esta rocambolesca situación durante un tiempo se vino anunciado que se iban a plantear cuestiones prejudiciales con el argumento de que el Tribunal Supremo al determinar que unos gastos corresponden al prestamista y otros al usuario está limitando los efectos o consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula de gastos. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, al tratarse de cantidades que el consumidor ha de abonar a terceros no se está integrando el contrato sino actuando como si no hubiera existido la cláusula expulsada. En nuestra opinión, establecer las consecuencias de la nulidad decretada conforme a la normativa interna corresponde a los tribunales españoles salvo que dicha determinación contraríe directamente el objetivo pretendido con la ineficacia. Y no creemos que esto sea lo que pasa de acuerdo con la doctrina del Tribunal. La cláusula se declara nula así que, conforme al pacto, los gastos de hipoteca no corresponden ni al prestamista ni al prestatario. La regla tras la nulidad es que el contrato no se integra y la cláusula se tendrá por no puesta, para desincentivar a quien trató de abusar de su posición. Pero en este caso concreto esto no es posible porque esos pagos tiene que afrontarlos alguien y la decisión de que todos han de ser para el prestamista supone una modificación de la cláusula. No queda otra solución que acudir a las reglas del ordenamiento que el Tribunal Supremo interpreta para llegar a la doctrina más arriba expuesta. No obstante, ya se ha planteado la tan anunciada cuestión prejudicial primero a instancia de un Juzgado de I Instancia de Ceuta (Auto de 13 de marzo de 2019) y poco después, del Juzgado de I Instancia nº 17 de Palma de Mallorca (Auto de 12 de abril).

En este segundo Auto se pregunta una vez más si es o no nula la cláusula que impone todos los gastos al prestatario –ya dijo el Tribunal Supremo que sí–, y si una vez decretada la nulidad es posible distribuir los gastos como postula la última jurisprudencia. Pero va más allá y entra en consideraciones tales como a quién ha de corresponder cada gasto conforme a nuestra normativa, lo que entiendo que ha de quedar fuera del ámbito de decisión del tribunal europeo.

4. LA COMISIÓN DE APERTURA EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El Auto de 12 de marzo de 2019 del Juzgado nº 17 de Palma de Mallorca plantea si es adecuado o no al Derecho de la Unión que se considere automáticamente que la comisión de apertura en un préstamo hipotecario es transparente. Pues, salvo mejor parecer, no es muy aventurado defender que los consumidores en general pueden conocer las consecuencias jurídicas y económicas de una comisión de apertura sin mayores problemas. Otra cosa sería si podría ser considerada abusiva en razón de su contenido lo que depende tanto de que se considere que afecta o no al objeto principal del negocio - en el Auto se explicita que no, pero la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019⁴⁰ ha dicho que constituye parte del precio del préstamo y elemento esencial del contrato – como de lo que finalmente se decida en relación con la transposición en nuestro ordenamiento del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE.

Por último, veremos la posición del TJUE respecto de si, en caso de poder ser controlada, para que la comisión de apertura no sea reputada abusiva como ha hecho el Tribunal Supremo en la sentencia arriba mencionada tiene que constar que responde a servicios efectivamente prestados y gastos afrontados por la entidad financiera.

5. LA CONDENA EN COSTAS EN CASO DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

Otra pregunta que plantea el Auto de Palma de Mallorca es si la condena en costas a la entidad financiera viene exigida por el principio del carácter disuasorio de la nulidad de las cláusulas abusivas (artículo 9.3 de la Directiva 93/13) con independencia de lo que se decida en cuanto a la solicitud de restitución de las cantidades indebidamente pagadas por

40. Sentencia número 44/2019.

el consumidor ya que la restitución sería, en su caso, consecuencia de la decisión principal. El Tribunal Supremo ya ha enfrentado la cuestión de las costas al establecer en su sentencia de 4 de julio de 2017⁴¹ que en caso de que se determine la nulidad de una cláusula contractual por abusiva, la aplicación de la excepción al principio del vencimiento recogida en el apartado 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aun cuando se den los presupuestos previstos en el mismo –existencia de “serias dudas de hecho y de derecho”– iría en contra del principio de efectividad del Derecho de la Unión, concretamente de la no vinculación de las cláusulas abusivas y disuasión del predisponente. Veremos qué dice ahora el TJUE pero es fácil que también considere –y entonces estará en la línea del Tribunal Supremo– que esos mismos principios justifican que los jueces no se aparten de la regla del vencimiento objetivo aunque, declarada la nulidad, no se concedan todas las pretensiones del consumidor en relación con la restitución de las prestaciones, lo que requiere la interpretación mantenida por la magistrada titular del juzgado número 17 de Palma de Mallorca: la pretensión principal es la nulidad de la cláusula abusiva y desde esa perspectiva se puede considerar que el consumidor ha vencido totalmente en pleito.

6. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE PAGADAS POR APLICACIÓN DE UNA CLÁUSULA NULA

Que la acción de nulidad contractual es imprescriptible no se discute pero sí ha venido siendo debatida en nuestro Derecho la prescriptibilidad o no de la acción para destruir los eventuales efectos de la apariencia de contrato, esto es, para pedir la restitución. Acoger esta postura, defendida por un autorizado sector doctrinal⁴² y una sólida línea jurisprudencial⁴³, enfrenta al hecho de tener que considerar prescritas, en su caso, reclamaciones de restitución derivadas de la declaración de la abusividad de una cláusula.

41. Sentencia número 2501/2015.

42. *Vid.*, por todos, DÍEZ PICAZO, L. Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I, Civitas, Madrid, 1992, p. 448. En concreto para una de las materias que aquí nos ocupan, MARÍN LÓPEZ, M.J., “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados”, *Revista Cesco de Derecho del Consumo*, n.º 22/2017.

43. Ya ha sido defendida por el Tribunal Supremo en una sentencia de 27 de febrero de 1964.

La doctrina está dividida entre quienes defienden que, en relación con las acciones que tienen que ver con una cláusula abusiva, no deben utilizarse las instituciones de la prescripción ni la caducidad dado el rango de orden público que el TJUE ha dado al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE⁴⁴ y quienes, por el contrario, afirman que la acción para solicitar la restitución de las prestaciones sí prescribe, actualmente en el plazo de 5 años establecido en el artículo 1968.2 del Código civil⁴⁵. Habrá que ver qué decide el Tribunal de Justicia al que el Juzgado n.º 17 de Palma de Mallorca también ha planteado esta cuestión teniendo en cuenta que el Tribunal nos ha presentado dos posiciones en relación con los conflictos que pueden plantearse entre la efectividad del Derecho de la Unión y la seguridad jurídica que se articula por medio de distintas normas e instituciones en los ordenamientos estatales. La primera es la recogida por las SSTJUE de 6 de octubre de 2009⁴⁶ (ap. 41) y 21 de diciembre de 2015⁴⁷ y otros (ap. 69)⁴⁸ conforme a la cual “la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión”. La segunda se desprende de la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009 (asunto C-2/08, *Olimpiclub*) cuando señala que “la seguridad jurídica no debe salvaguardarse en un grado tan elevado que impida o dificulte la eficacia del Derecho de la Unión”.

III. CONTINUARÁ

Con lo tratado se confirma la gran incidencia que las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea están teniendo en la conformación del actual Derecho del consumo español, tanto en lo que se refiere a su interpretación como a su modificación y aplicación.

Ahora bien, sin perjuicio de que la normativa de consumo es básicamente normativa comunitaria, no debería decirse, como se hace a veces, que la protección que los tribunales dispensan en España a los consumido-

44. SÁNCHEZ GARCÍA, J., “¿Prescribe la acción de reclamación de cantidad de los gastos abonados en un préstamo hipotecario en aplicación de una cláusula nula por abusiva?”, *Blog de Derecho de los Consumidores*, www.abogacia.es.

45. MARÍN LÓPEZ, M., “Sí prescribe la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de la cláusula de gastos (nota a la SAP Barcelona 92/2019, de 23 de enero)”, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 1 de febrero de 2019.

46. Asunto C-40/08.

47. Asunto C-154/15.

48. MARÍN LÓPEZ, M., “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados”, *op. cit.*, nota 16.

res es solo consecuencia de la actuación del TJUE. En gran medida se debe también al hacer de los primeros, incluido el Tribunal Supremo que, por ejemplo, es quien decretó la nulidad de las cláusulas abusivas no transparentes aunque su doctrina fuera corregida posteriormente por el TJUE en relación con los efectos retroactivos de dicha nulidad.

Porque tampoco es cierto que el TJUE “enmiende la plana” a nuestro Alto Tribunal en toda ocasión. Así, por ejemplo, ha avalado la decisión del Tribunal Supremo de que una vez declarada la abusividad de los intereses de demora establecidos en contratos de préstamo por superar en dos puntos a los remuneratorios la consecuencia ha de ser el mantenimiento de los remuneratorios mientras el capital no sea devuelto sin que esta decisión constituya una integración del contrato contraria a la Directiva de cláusulas abusivas.

En cualquier caso, las próximas sentencias del Tribunal de Justicia van a resultar decisivas, tanto para cerrar cuestiones que están abiertas como para, esperemos, aportar algo de seguridad jurídica en materia de consumo. Pero eso no significa, como se está diciendo, que sea el Tribunal de la Unión el que garantiza la Justicia frente a los Tribunales españoles. De hecho, si se pronuncia, es porque estos, incluido el Tribunal Supremo, plantean cuestiones de prejudicialidad de acuerdo con el sistema. Otra cosa es que el Tribunal Supremo no siempre acoja las soluciones que aparentemente favorecen al consumidor. En este sentido, como ha señalado en la sentencia de 23 de diciembre de 2015⁴⁹ en relación con los préstamos hipotecarios, es aconsejable “evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad”.

49. Sentencia número 705/2015.

CAPÍTULO 15

VARAPALO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA COSA JUZGADA CUANDO DE PROTEGER CONSUMIDORES SE TRATA

JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo*

SUMARIO: I. PARA EMPEZAR. II. A MODO DE RECORDATORIO. 1. *Eficacia directa del Derecho de la Unión Europea y de las resoluciones del TJUE.* 2. *El papel del TJUE: establecimiento de criterios.* 3. *TJUE y Derecho procesal nacional: autonomía procesal y sus matizaciones.* III. COSA JUZGADA EN EL SISTEMA PROCESAL ESPAÑOL Y EL TJUE. 1. *“Objeto virtual” en el Derecho español y su negación en materia de consumidores por el TJUE.* 2. *Quiebra de la intangibilidad del título ejecutivo judicial: el caso del monitorio.* 3. *TJUE, seguridad jurídica y cosa juzgada.* 4. *La cosa juzgada y la ejecución.* 4.1 El control “ad intra”: facultades del tribunal para controlar la abusividad. 4.2 La eficacia “ad extra” de lo resuelto en la ejecución. IV. REFLEXIÓN FINAL. ¿DEBE EXTENDERSE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES AL ÁMBITO PROCESAL?

I. PARA EMPEZAR

Durante los últimos años se ha puesto de manifiesto de manera especialmente significativa la incidencia de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el ordenamiento interno; numerosas y variadas son las cuestiones jurídicas, singularmente polémicas en muchos casos, sobre las que sus pronunciamientos han venido modelando la aplicación de las normas internas, llegando a originar auténticos vuelcos de los criterios del Tribunal Supremo (TS), entrando, incluso, en abierta