

EDICIÓNS DIGITALS

ICAB

CENTRE DE DOCUMENTACIÓ

BIBLIOTECA

VADEMECUM PROCESAL SOBRE CLAÚSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES

Jesús Sánchez García (abogado)



Edicions Digitals

Març 2020



Edita: Centre de Documentació
Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona.
Carrer Mallorca, 283, 08037- Barcelona
biblioteca@icab.cat

Primera edició: Març 2020
www.icab.cat



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada

© Jesús Sánchez García
© de l'edició ICAB

ÍNDICE

- I. [INTRODUCCIÓN](#)
- II. [EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD](#)
- III. [LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO](#)
- IV. [EL ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO](#)
- V. [CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL](#)

I. INTRODUCCIÓN.

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

Intentaré que este artículo pueda servir de breve guía para una consulta inmediata de nociones e informaciones fundamentales de ámbito procesal en el ámbito de los consumidores en la contratación seriada.

En el actual contexto jurídico que vive nuestro País, para abordar un *vademecum* de utilidad práctica en el ámbito procesal de la contratación seriada, es necesario hacer referencia a los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores.

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

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

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

¹ ECLI:EU:C:2000:346

² ECLI:EU:C:2009:615

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

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

“Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta que la Directiva 93/13, interpretada a la luz del artículo 47 de la Carta, no se opone a que un órgano jurisdiccional superior de un Estado miembro adopte, en aras de una interpretación uniforme del Derecho, resoluciones vinculantes acerca de las condiciones de aplicación de esta Directiva, siempre que no impidan al juez competente ni asegurar la plena eficacia de las disposiciones de dicha Directiva y ofrecer al consumidor un recurso efectivo para la protección de los derechos que esa norma le pueda reconocer ni plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia en este sentido, extremo este cuya apreciación corresponde, en cualquier caso, al órgano jurisdiccional remitente”.

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

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

⁴ ECLI:EU:C:2018:643

⁵ ECLI:EU:C:2019:207

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

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

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

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

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

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

Como resolvió el TJUE en su Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a

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

⁹ ECLI:EU:F:2011:145

¹⁰ ECLI:EU:C:2017:177

¹¹ ECLI:EU:C:2017:60

¹² ECLI:EU:C:2016:828

¹³ ECLI:EU:C:2016:841

¹⁴ ECLI:EU:C:2015:690

¹⁵ ECLI:EU:C:2012:349

las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.¹⁶

Y en sus Sentencias de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05 –Mostaza Claro¹⁷ y de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 –asunto Asturcom Telecomunicaciones–,¹⁸ el TJUE, respecto del principio de efectividad, nos recuerda que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantea la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias.

Como acertadamente sostiene el Magistrado Hugo Novales Bilbao, comentando la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15),¹⁹ no podemos hablar de cánones pre establecidos o de verdades inmutables cuando se trata de derecho de consumidores y más cuando se trata de aplicar a casos individuales la doctrina de la transparencia contractual y el control de abusividad.²⁰

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

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

Es necesario abordar esta materia desde el principio de primacía del Derecho comunitario (art. 4 bis de la LOPJ), habida cuenta de la existencia de una legislación

¹⁶ ECLI:EU:C:2012:349

¹⁷ ECLI:EU:C:2006:675

¹⁸ ECLI:EU:C:2009:615

¹⁹ ECLI:EU:C:2016:980

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

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

supranacional y de la interpretación que de esa legislación ha efectuado el TJUE, de obligada observancia por los tribunales nacionales.

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

El TJUE ha recordado en su Sentencia de 22 de junio de 2010, asunto C-188/10, que el Juez nacional encargado de aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de esas normas, dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional.²³

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

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

²² ECLI:EU:C:1964:66

²³ ECLI:EU:C:2010:363

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

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

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

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

El TJUE resuelve en la comentada sentencia de 21 de abril de 2016 (apartados 76, 77 y 79) que si bien una directiva no puede crear por si misma obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona, no es menos cierto que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa, impuesto por el artículo 288 del TFUE, párrafo tercero y por la propia Directiva y esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales y la

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

²⁵ ECLI:EU:C:2016:283

²⁶ ECLI:EU:C:2009:350

²⁷ ECLI:EU:C:2009:792

²⁸ ECLI:EU:C:2013:637

obligación de proceder a un examen de oficio del carácter abusivo de ciertas cláusulas y de las menciones obligatorias de un contrato de crédito constituye una norma procesal que recae no sobre los particulares sino sobre las autoridades judiciales, debiendo los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver los litigios de que conozcan.

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

En el apartado 20 de la sentencia de 28 de julio de 2016, el TJUE resuelve que habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas de la Unión y de la circunstancia de que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden hacer valer los derechos que les reconoce ese ordenamiento, el Tribunal de Justicia ha considerado que se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se debilitaría la protección de esos derechos si los particulares no pudieran obtener una reparación en determinadas condiciones, de los perjuicios que les provoque una violación del Derecho de la Unión imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia.

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

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

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

IV. EL ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO Y SU INCIDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN MATERIA DE CONSUMIDORES

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

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

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

La doctrina del TJUE analizando la Directiva 93/13/CEE y el rango de norma de orden público de su artículo 6.1, ha provocado una auténtica “revolución” procesal y sustantiva en nuestro ordenamiento jurídico interno y como históricamente suele ocurrir en toda transformación de hechos relevantes con consecuencias jurídicas, una parte de la comunidad jurídica es reticente a aceptar las mismas.

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

En la sentencia de 30 de mayo de 2013³⁵, asunto C-488/11, el TJUE declara que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a

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

³² ECLI:ES:TC:1985:19

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

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

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

las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento interno, tienen rango de normas de orden público y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta.

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

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

De la importancia del orden público comunitario se ha hecho eco el TS en sus resoluciones, no solo en materia de condiciones generales de la contratación, sino en otras bien distintas como, por ejemplo, en la normativa antitrust.

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

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

³⁶ Roj: STS 3879/2017.

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

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

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

La segunda sentencia es la de 11 de abril de 2018. Esta sentencia resuelve un recurso de casación sobre nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia y los efectos derivados de una novación modificativa del préstamo con garantía hipotecaria entre el prestatario y la entidad bancaria, con posterioridad a la sentencia de la Sala 1^a del TS de 9 de mayo de 2013 y encontramos la referencia al orden público comunitario en el voto particular emitido por el Magistrado D. Javier Orduña.³⁹

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

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

³⁸ Roj: STS 1723/2015

³⁹ Roj: STS 1238/2018

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

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

El Pleno de la Sala 1^a del TS en su sentencia número 725/2018, de 19 de diciembre de 2018, de la que fue Ponente D. Pedro José Vela, en su fundamento de derecho segundo y con cita de la jurisprudencia comunitaria que analiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, resuelve que “el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales”.⁴⁰

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

⁴⁰ Roj: STS 4236/2018

conforme ha sido delimitado por el TJUE al interpretar el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, forme parte, de forma definitiva, de nuestra cultura jurídica.⁴¹

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

Así, en la sentencia de 6 de octubre de 2019, analiza la jurisprudencia comunitaria sobre el orden público comunitario resolviendo que:

"El art. 6.1 de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, C-488/11 , apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 , apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 "Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas".

El artículo 7.1 impone a los Estados miembros la obligación de velar para que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La referencia a medidas "adecuadas y eficaces" representa la manifestación positiva del principio de efectividad, inicialmente incluido en las directivas sobre antidiscriminación y que, con posterioridad, se ha incorporado

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

a numerosas directivas, entre ellas las relativas a consumidores, como la Directiva 93/13 y la Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, al concretar el contenido de las sanciones para los proveedores que incumplan las previsiones adoptadas por la norma nacional para aplicar la Directiva, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias".⁴²

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

También el TC en su sentencia número 31/2019, de 28 de febrero, nos recuerda la importancia de destacar que el TJUE ha declarado que "el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, es (i) "una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse, en particular, las sentencias de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartados 53 y 55)" (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 41); y (ii) "debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 54)" (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 42)."⁴⁵

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

⁴² Roj: STS 3221/2019

⁴³ Roj: STS 3911/2019

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

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

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

V. CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL DEL TJUE.

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

➤ Resoluciones del TJUE

- ✓ STJUE 18 de febrero 2016, asunto C-49/14.⁴⁷
- ✓ ATJUE 21 junio 2016, asunto C-122/14.⁴⁸
- ✓ STJUE 14 de junio de 2017, asunto C-75/16.⁴⁹
- ✓ STJUE 17 mayo 2018, asunto C-147/16.⁵⁰
- ✓ STJUE 31 de mayo 2018, asunto C-483/16.⁵¹
- ✓ STJUE 7 agosto 2018, asunto acumulados C-96/16 y C-94/17.⁵²
- ✓ STJUE 6 septiembre 2018, asunto C-75/16.⁵³
- ✓ STJUE 13 septiembre 2018, asunto C-176/17.⁵⁴
- ✓ STJUE 19 septiembre 2018, asunto C-109/17.⁵⁵
- ✓ STJUE 20 septiembre 2018, asunto C-51/17.⁵⁶

⁴⁷ ECLI:EU:C:2016:98

⁴⁸ ECLI:EU:C:2016:486

⁴⁹ ECLI:EU:C:2017:457

⁵⁰ ECLI:EU:C:2018:320

⁵¹ ECLI:EU:C:2018:367

⁵² ECLI:EU:C:2018:643

⁵³ ECLI:EU:C:2017:457

⁵⁴ ECLI:EU:C:2018:711

⁵⁵ ECLI:EU:C:2018:735

⁵⁶ ECLI:EU:C:2018:750

- ✓ STJUE 20 septiembre 2018, asunto C-448/17.⁵⁷
- ✓ ATJUE 28 noviembre 2018, asunto C-632/17.⁵⁸
- ✓ STJUE 28 noviembre 2018, asunto C-632/17.⁵⁹
- ✓ STJUE 21 marzo 2019, asunto C-590/17.⁶⁰
- ✓ STJUE 26 marzo 2019, acumulados C-70/17 y C-179/17.⁶¹
- ✓ STJUE 14 marzo 2019, asunto C-118/17.⁶²
- ✓ STJUE 5 junio 2019, asunto C-38/17.⁶³
- ✓ STJUE 26 junio 2019, asunto C-407/18.⁶⁴
- ✓ ATJUE 3 julio 2019, asunto C-92/16.⁶⁵
- ✓ ATJUE 3 julio 2019, asunto C-167/16.⁶⁶
- ✓ ATJUE 3 julio 2019, asunto C-486/16.⁶⁷
- ✓ STJUE 4 septiembre 2019, asunto C-347/18.⁶⁸
- ✓ STJUE 19 septiembre 2019, asunto C-34/18.⁶⁹
- ✓ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-260/18.⁷⁰
- ✓ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-621/17.⁷¹
- ✓ STJUE 7 noviembre 2019, acumulados C-349/18 y C-351/18.⁷²

⁵⁷ ECLI:EU:C:2018:745

⁵⁸ ECLI:EU:C:2018:963

⁵⁹ ECLI:EU:C:2018:963

⁶⁰ ECLI:EU:C:2019:232

⁶¹ ECLI:EU:C:2019:250

⁶² ECLI:EU:C:2019:207

⁶³ ECLI:EU:C:2019:461

⁶⁴ ECLI:EU:C:2019:537

⁶⁵ ECLI:EU:C:2019:560

⁶⁶ ECLI:EU:C:2019:570

⁶⁷ ECLI:EU:C:2019:572

⁶⁸ ECLI:EU:C:2019:661

⁶⁹ ECLI:EU:C:2019:764

⁷⁰ ECLI:EU:C:2019:819

⁷¹ ECLI:EU:C:2019:820

- ✓ STJUE 7 noviembre 2019, acumulados C-419/18 y C-483/18.⁷³
- ✓ STJUE 19 diciembre 2019, acumulados C-453/18 y C-494/18.⁷⁴
- ✓ STJUE 19 diciembre 2019, asunto C-290/19.⁷⁵
- ✓ STJUE 5 marzo 2020, asunto C-679/18.⁷⁶
- ✓ STJUE 5 marzo 2020, asunto C-125/18.⁷⁷

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

La Sala 1^a del TS en su sentencia de 11 de septiembre de 2019 se ha inclinado por la tesis de permitir un nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria, mediante la aplicación analógica del artículo 24 de la LCCI y que el propio TJUE permite en su Auto de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16 (si bien en base al artículo 693,2 de la LEC).⁷⁸

Y más recientemente la Sala 1^a del TS en su sentencia de 14 de noviembre de 2019,⁷⁹ ha resuelto que: "en suma, para que una cláusula de vencimiento anticipado supere los mencionados estándares debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación

Sin duda, en la fundamentación jurídica de la sentencia del TS de 11 de septiembre de 2019⁸⁰, ha resultado esencial la interpretación que hace el TS respecto del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de que debe interpretarse con un criterio objetivo, conforme la doctrina fijada por el TJUE en su sentencia de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10 (apartado 32), que es la tesis que mantuvo la Abogada del Estado Sra. García

⁷² ECLI:EU:C:2019:936

⁷³ ECLI:EU:C:2019:930

⁷⁴ ECLI:EU:C:2019:1118

⁷⁵ ECLI:EU:C:2019:1130

⁷⁶ ECLI:EU:C:2020:167

⁷⁷ ECLI:EU:C:2020:138

⁷⁸ Roj: STS 2761/2019

⁷⁹ Roj: STS 3765/2019

⁸⁰ Roj: STS 2761/2019

Valdecasas, Agente del Reino de España ante el TJUE en la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia de 26 de marzo de 2019.

De las cuatro recientes resoluciones que ha dictado el TJUE (la sentencia de 26 de marzo de 2019 y los tres autos de 3 de julio de 2019), la más relevante y que da la clave para entender la sentencia de la Sala 1^a del TS de 11 de septiembre de 2019, es el Auto de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16.⁸¹

He venido resaltando la importancia de esta resolución en distintos foros y así lo expresé en un artículo publicado en el Blog Hay Derecho,⁸² manifestando la importancia de su apartado 48, que permite interponer un nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo del artículo 693,2 LECivil, en su versión posterior a la firma del contrato, al poner el énfasis la Corte de Luxemburgo en que, en tal circunstancia: «las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado».⁸³

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

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

⁸¹ Sánchez García, J: "Comentarios a la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 y los autos de 3 de julio de 2019 sobre el vencimiento anticipado". Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios - Núm. 6. STJUE 26 de marzo de 2019.

⁸² Sánchez García, J: "Los Autos del TJUE de 3 de julio de 2019 sobre el vencimiento anticipado". Blog HayDerecho.com. 3 de julio 2019.

⁸³ Sánchez García, J: "Breves comentarios a la sentencia de la Sala 1^a del TS de 11 de septiembre de 2019". Diario La Ley, Nº 9479, Sección Tribuna, 17 de Septiembre de 2019.

Para los préstamos personales vinculados a una compraventa, cuya característica esencial es que son de corta duración en el tiempo y sin garantías especiales, el TS fijó doctrina jurisprudencial respecto de la cláusula de vencimiento anticipado en su sentencia de 7 de septiembre de 2015, estableciendo en su fundamento de derecho octavo⁸⁴:

"1.- El contrato celebrado entre Santander Consumer y los demandados es un contrato de financiación a comprador de bienes muebles. En el caso enjuiciado, el préstamo se concedió para financiar la adquisición de un automóvil.

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

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

2.- La estipulación que en el contrato regulaba el vencimiento anticipado del contrato reproduce el régimen establecido en el citado precepto legal, sin añadir ninguna modificación significativa, por lo que no puede aplicarse el control de abusividad establecido en el art. 3.1 y concordantes de la Directiva 13/1993, y en la legislación nacional que la traspone al Derecho interno. Como declaró la STJUE de 30 abril de 2014, Caso Barclays Bank, S.A. contra Alejandra y Cristobal, asunto C-280/13, « [I]a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones».

Por tanto, la cláusula que permite al finanziador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos, cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato".⁸⁵

⁸⁴ Roj: STS 3828/2015

⁸⁵ Sánchez García, J: "La cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de crédito al consumo". Blog de derecho de los consumidores del CGAE, 11 diciembre 2019.

Las Secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial de Alicante sobre la cláusula de vencimiento anticipado en las ejecuciones de títulos no judiciales y en los procedimientos monitorios adoptaron un acuerdo en base a que: «mientras que la ejecución hipotecaria tiene por finalidad la realización de las garantías mediante la subasta de la finca en los supuestos previstos en la ley o en el contrato, los procedimientos monitorios y de ejecución ordinaria de título no judicial consisten esencialmente en una simple reclamación de cantidad, con ciertas especialidades procedimentales. Dichas especialidades (limitación de la cognición judicial, adopción inmediata de medidas cautelares, etc.) dependen de la naturaleza del título donde consta la deuda y no de la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que la nulidad de esta no ha de determinar la inadmisión de la demanda o el sobreseimiento del procedimiento».

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

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

El criterio adoptado por la Audiencia Provincial de Alicante es coherente con el principio que inspira el procedimiento monitorio, en cuanto a la reclamación de la deuda que esté vencida en el momento de interposición de la demanda y sobre el que se ha pronunciado en el mismo sentido otra Audiencia Provincial (ver el Auto de la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Girona número 82/2019, de 17 de mayo,⁸⁶ resolviendo sobre la cláusula de vencimiento anticipado en un procedimiento monitorio).

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

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

b) La cantidad adeudada estará compuesta, en primer lugar, por el importe de las cuotas no satisfechas en el momento en que el acreedor aplicó la cláusula de vencimiento

⁸⁶ Roj: AAP GI 304/2019

anticipado. Si esta cantidad no pudiera determinarse por simples operaciones aritméticas en función de los datos que consten en el título presentado la deuda se considerará ilíquida por defecto del título, defecto que se considerará subsanable en los términos previstos en el art. 559.2 LEC.

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

d) Excepcionalmente, cuando en el curso del procedimiento se hubiera agotado el plazo natural de vencimiento de la obligación, se declarará igualmente la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado a fin de que esta declaración produzca los efectos oportunos en la correspondiente liquidación de intereses.⁸⁷

El 12 de febrero de 2020, el Pleno de la Sala 1^a del TS dictó la sentencia número 101/2020, primero de los cuatro recursos que tenía en tramitación, sobre la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo personal, manteniendo la tesis que alguna de las consideraciones contenidas en la jurisprudencia sentada en la sentencia de 11 de septiembre de 2019, son aplicables a préstamos personales y resolviendo al respecto que⁸⁸:

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

4.- A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (sentencia 463/2019, de 11 de

⁸⁷ Sánchez García, J: “Comentarios al acuerdo de unificación de criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Alicante sobre la cláusula de vencimiento anticipado en las ejecuciones de títulos no judiciales y en los procedimientos monitorios. Diario La Ley, Nº 9548, Sección Tribuna, 8 de enero de 2020.

⁸⁸ Roj: STS 336/2020

septiembre). En consecuencia, no podemos extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor (por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019).

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

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

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

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

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

El sábado 29 de febrero, se publicaron en el Cendoj las otras tres sentencias que la Sala 1^a del TS tenía pendientes de resolver sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo personal, todas ellas de fecha 19 de febrero de 2020 (-Roj: STS 500/2020-; -Roj: STS 501/2020-; -Roj: STS 503/2020-), reiterando la doctrina sentada por la Sala en la sentencia número 101/2020 de 12 de febrero.⁸⁹

⁸⁹ Sánchez García, J: “El Tribunal Supremo fija doctrina sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos personales”. Blog Derecho de los Consumidores del CGAE, 4 de

La primera conclusión que podemos extraer de las cuatro sentencias, es que alguna de las consideraciones contenidas en la jurisprudencia de la Sala 1^a sobre el vencimiento anticipado, fijadas en la sentencia número 463/2019, de 11 de septiembre, respecto de los préstamos con garantía hipotecaria, son también aplicables a los préstamos personales.

Para el TS con carácter general no se puede negar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 del CC (STS número 506/2008, de 4 de junio y 792/2009, de 16 de diciembre).

Por tanto, la posible abusividad provendrá de los términos en que la condición general predisposta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, per se, ilícita.

En mi opinión, no es correcto que no exista en el ámbito de los préstamos personales ninguna norma sustantiva que prevea el vencimiento anticipado.

Concretamente está expresamente recogido en el artículo 10.2 de la Ley de Venta a Pazos de Bienes Muebles número 29/1998, de 13 de julio (en adelante LVPBM), disponiendo dicho artículo que:

“1. Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el artículo siguiente, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato. Cuando el vendedor optare por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas.

El vendedor o prestamista tendrá derecho:

a) Al 10 por 100 de los plazos vencidos en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador.

b) A una cantidad igual al desembolso inicial, si existiera, por la depreciación comercial del objeto. Cuando no exista el desembolso inicial, o éste sea superior a la quinta parte del precio de venta al contado, la deducción se reducirá a esta última. Por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en derecho proceda.

2. La falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la

marzo de 2020. <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/el-tribunal-supremo-fija-doctrina-sobre-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-en-los-prestamos-personales/>

totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente”.

La Sala 1^a del TS ya se pronunció sobre la cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo personal, vinculado a una compraventa, en su sentencia de 7 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3828/2015), estableciendo en su fundamento de derecho octavo que:

1.- El contrato celebrado entre Santander Consumer y los demandados es un contrato de financiación a comprador de bienes muebles. En el caso enjuiciado, el préstamo se concedió para financiar la adquisición de un automóvil. Este contrato se encuentra regulado en la Ley 28/1998, de 13 de julio, como resulta de la regulación que de su ámbito de aplicación hace el art. 1.1 en relación al art. 4 de la ley. El art. 10.2 de esta ley prevé: «la falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente ».

2.- La estipulación que en el contrato regulaba el vencimiento anticipado del contrato reproduce el régimen establecido en el citado precepto legal, sin añadir ninguna modificación significativa, por lo que no puede aplicarse el control de abusividad establecido en el art. 3.1 y concordantes de la Directiva 13/1993, y en la legislación nacional que la traspone al Derecho interno. Como declaró la STJUE de 30 abril de 2014, Caso Barclays Bank, S .A. contra Alejandra y Cristobal, asunto C-280/13, « [l]a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones».

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

Hubiera sido deseable, en aras a la seguridad jurídica y en evitación de una previsible peregrinación judicial, que la Sala 1^a del TS hubiera fijado unos parámetros claros y precisos, como hizo con la sentencia de 11 de septiembre de 2019, para determinar analógicamente cuántas cuotas impagadas se precisan para determinar la gravedad del incumplimiento, en función de la duración y cuantía del préstamo. Sin embargo, en la sentencia número 106/2020, de 19 de febrero (Roj: STS 501/2020), el TS si analiza el artículo 10.2 de la LVPBM, citando la sentencia de la Sala 1^a de 7 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3828/2015), si bien declara nula la

cláusula de vencimiento anticipado en el caso resuelto porque el contrato solo preveía como causa de vencimiento anticipado el impago de una sola cuota, por lo que a sensu contrario (ver el apartado 4º del FD tercero de la sentencia), en un contrato de financiación regulado en la LVPBM, la cláusula que prevea el vencimiento anticipado para el caso de impago de dos cuotas deberá ser considera válida.

No obstante, en las cuatro sentencias dictadas por la Sala 1ª del TS, sobre la cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo personal, la controversia litigiosa no se origina por el ejercicio de una acción para la declaración de abusividad de unas cláusulas contractuales, puesto que no tiene su origen en una acción individual de nulidad ejercitada por un consumidor, ni siquiera en una reconvención, sino que dicha alegación ha sido utilizada como un medio de defensa, como una excepción frente a una reclamación dineraria formulada por la entidad prestamista por el impago del préstamo, reclamándose en la demanda no solo el capital pendiente de amortizar, declarado anticipadamente vencido en virtud de la cláusula de vencimiento anticipado, sino también el importe de los plazos impagados, por lo que la Sala estima la demanda si bien reducida al importe de las cuotas impagadas al tiempo de interposición de la demanda.

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

El TS ha dictado la sentencia número 56/2020, de 27 de enero, en la que analiza una cláusula de afianzamiento solidario en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, con un estudio pormenorizado de la jurisprudencia de la propia Sala 1ª del TS y del TJUE.⁹⁰

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

Para el TS: “si el contrato que da origen a la fianza y a la obligación principal, es distintito, sin que el hecho de formalizar en un mismo instrumento público los fuja o integre, si la regulación contractual y legal de ambos vínculos es igualmente diferente y lo son también las personas de los contratantes (el acreditado es tercero en la fianza y el fiador en el préstamo, sin perjuicio de que éste delimita el riesgo que asume el fiador como garante), y, finalmente es o puede ser también distinto el contenido de los deberes y facultades de las

⁹⁰ Roj: STS 164/2020

partes (vgr. Arts. 1824, 1825 y 1826 CC) y sus causas de extinción (con el pago por el fiador se extingue su obligación y paralelamente nace sus facultades de reintegro e indemnización y de subrogación frente al deudor ex arts 1838 y 1839 CC), no cabe duda de que se trata de contratos distintos, sin que pueda afirmarse, desde una perspectiva dogmática y conceptual, que la fianza es una mera cláusula o condición general del contrato de préstamo o crédito hipotecario”.

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

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

Respecto de la sobregarantía que pudiera darse, el TS resuelve que la mera existencia de varias garantías respecto de un mismo crédito no supone *per se* incurrir en la situación de sobregarantía proscrita por la disposición adicional 1^a-18 de la LGCU, pues el artículo 1844 del CC admite la existencia de dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, y del artículo 1860 del CC se deduce la admisión de que para el aseguramiento de un mismo crédito se den varias cosas en prenda o hipoteca, y que la posibilidad de la concurrencia cumulativa de garantías personales y reales deriva del artículo 105 de la LH al prescribir que la hipoteca “no alterará la responsabilidad personales ilimitada deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil”.

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

Ahora bien dada la subsunción de los contratos de fianza en los que el fiador actúa como consumidor en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE, cabe la posibilidad de extender los controles de incorporación y transparencia material a las cláusulas de los contratos de fianza y, entre ellas, a la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división (art. 1831 y 1837 CC), en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador, en conexión con las normas vigentes en cada momento sobre las obligaciones de información en la fase precontractual (claramente reforzadas, en particular respecto de los contratos de crédito inmobiliario, en la reciente Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), la claridad de su redacción y el tratamiento secundario o no dado a la misma en el contrato, a fin de permitir el conocimiento por el fiador de las consecuencias jurídicas y

económicas de la cláusula (STS 314/2018, de 29 de mayo), aunque en este caso la finalidad de dicha información no es tanto permitir comparar ofertas, pues en puridad en la fianza gratuita no hay prestación correspondiente a cargo del acreedor, cuanto permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido.

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

El TS en su sentencia de 12 de febrero de 2020,⁹¹ analiza, igualmente, la cláusula de afianzamiento en un contrato de préstamo personal, resolviendo al respecto que: "El pacto de fianza accesorio de un préstamo, si está concertado por un consumidor, no es necesariamente nulo, sino que es susceptible de los controles de incorporación, transparencia y contenido propios de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores"..." , lo determinante para la transparencia de una cláusula (pacto) de esta naturaleza es que el fiador comprenda su carga jurídica y económica, es decir, que sea consciente de que, si el deudor principal no paga, responderá en sus mismas condiciones y el acreedor podrá dirigirse contra él por la totalidad de la deuda pendiente."

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

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

⁹¹ Roj: STS 336/2020

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

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

En la sentencia de 19 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-453/18 y 494/18, el TJUE declara que el tribunal tiene la obligación de analizar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que fundamenta la petición y que “el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado una petición de requerimiento europeo de pago debe poder pedir al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas que este invoca para acreditar la deuda, como la reproducción de todo el contrato o la presentación de una copia de éste”, afirmando que este requerimiento lo integra en la materia probatoria del proceso y tiene por único objeto determinar si la petición es fundada, por lo que no vulnera el principio dispositivo (apartado 52).

No obstante, hay que tener presente lo que el TJUE resuelve en la sentencia de 11 de marzo de 2020, asunto C-511/17, declarando que:

1) El artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un juez nacional que conoce de una demanda interpuesta por un consumidor solicitando que se declare el carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en un contrato celebrado por este con un profesional no está obligado a examinar de oficio e individualmente todas las demás cláusulas contractuales, que no han sido impugnadas por el consumidor, con el fin de verificar si pueden considerarse abusivas, sino que únicamente debe examinar aquellas cláusulas que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, completados, en su caso, mediante diligencias de prueba.

2) El artículo 4, apartado 1, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, si bien es verdad que para apreciar el carácter abusivo de la cláusula contractual que sirve de base a las pretensiones de un consumidor han de tenerse en

cuenta todas las demás cláusulas del contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, ello no implica la obligación del juez nacional que conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de todas esas otras cláusulas.

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

En su sentencia de 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados 419/18 y 483/18, declara que si el Juez no dispone de los elementos de derecho y de hecho para determinar si una cláusula puede ser considerada abusiva, en este caso “incumbe al juez nacional acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula que figura en el contrato objeto del litigio que debe resolver, celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva y, en caso afirmativo, apreciar el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula”. Añade que “en ausencia de control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato de que se trate, no puede garantizarse el respeto de los derechos conferidos por la Directiva 93/13” (apartado 66), afirmando al respecto que no afecta al principio de congruencia, sino que constituye una parte de la etapa probatoria del proceso (apartado 68).

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

El TJUE en su sentencia de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14 y Auto de 21 de junio de 2016, asunto C-122/14, ha resuelto que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución de un auto de conclusión de un proceso monitorio, aun cuando disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que haya dado lugar a ese auto cuando, por falta de oposición del consumidor en el proceso monitorio, el juez que haya dictado el auto no estuviera facultado para proceder

ese examen, al carecer la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio de competencia para realizar tal apreciación.

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

El TJUE en su sentencia de 13 de septiembre de 2018, asunto C-176/17, resolvió que se opone a la Directiva 93/13/CEE, una normativa nacional que permite expedir un requerimiento de pago basado en un pagaré formalmente correcto, que garantiza un crédito nacido de un contrato de crédito al consumo, cuando el juez que conoce de una demanda de procedimiento monitorio no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato.

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

El TJUE en su sentencia de 28 de noviembre de 2018, asunto C-632/17, resolvió que la Directiva 93/13/CEE, se opone a una normativa nacional que permite expedir un requerimiento de pago, basado en un extracto de los libros de contabilidad de un banco, como elemento que acredita la existencia de un derecho de crédito nacido de un contrato de crédito al consumo, cuando el juez que conoce de una demanda de requerimiento de pago no tiene la facultad de proceder a un examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas de dicho contrato y de cerciorarse de la presencia en tal contrato de la información prevista en el mencionado artículo 10 de la [Directiva 2008/48/CE](#), ya que las modalidades para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de las citadas Directivas.

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

En su sentencia de 26 de junio de 2019, asunto C-407/18, el TJUE ha resuelto que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse, con arreglo al principio de efectividad, en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el tribunal nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un contrato de crédito hipotecario, celebrado entre un profesional y un consumidor mediante un documento notarial directamente ejecutivo, no dispone de la posibilidad de examinar, ni a instancia del consumidor ni de oficio, si las cláusulas contenidas en ese documento presentan un carácter abusivo, en el sentido de dicha Directiva, ni de suspender sobre esta base la ejecución forzosa solicitada.

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

El TJUE desde su sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, ha venido resolviendo de manera constante y reiterada que el Juez al analizar un contrato celebrado con consumidores, una vez disponga de todos los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, debe declarar, incluso de oficio, la nulidad de una cláusula que considere abusiva, aun cuando el demandado no haya formulado oposición.

Como consecuencia de la crisis económica, para sanear los balances de algunas entidades bancarias, se procedió a la venta de carteras de créditos impagados a fondos de inversión, en el que el deudor no es parte en el negocio jurídico de la cesión de carteras de crédito, ejercitando algunas de estas entidades la reclamación del crédito desde su domicilio social fuera de España, a través del procedimiento monitorio europeo, que no requiere justificar documentalmente el contrato acreditativo del crédito que se reclama y, por tanto, impide analizar posibles cláusulas abusivas.⁹²

⁹² Sánchez García, J: "concepto y extensión temporal del crédito litigioso". Blog Derecho de los Consumidores del CGAE. 2 de octubre de 2019.

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

“El Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, y los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia y a la luz del artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que permiten que un «órgano jurisdiccional», según la definición de dicho Reglamento, que conoce de un proceso monitorio europeo pida al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas contractuales que este invoca para acreditar la deuda de que se trate, con el fin de controlar de oficio el carácter eventualmente abusivo de esas cláusulas, y de que, en consecuencia, se oponen a una normativa nacional que declara inadmisible la documentación complementaria aportada a tal efecto”.

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

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

- **Ámbito de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE de una cláusula contractual que se remite al derecho nacional aplicable para determinar la competencia judicial para conocer de los litigios que puedan surgir entre las partes del contrato.**

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

En primer lugar, resuelve que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no está excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva una cláusula contractual, como la controvertida en el litigio principal, que efectúa una remisión general al Derecho nacional aplicable en lo que atañe a la determinación de la competencia judicial para conocer de los litigios que puedan surgir entre las partes del contrato.

Y, en segunda lugar, que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a unas normas procesales, a las que remite una cláusula del contrato, que permiten al profesional elegir, en el caso de una demanda en la que se alega el incumplimiento de un contrato por parte del consumidor, entre el órgano judicial competente del domicilio del demandado y el del lugar de ejecución del contrato, salvo que la elección del lugar de cumplimiento del contrato suponga para el consumidor condiciones procesales que puedan restringir excesivamente el derecho a la tutela judicial efectiva que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.

Y en la sentencia de 4 de septiembre de 2019, asunto C-347/18, el TJUE resolvió que el artículo 53 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/281 de la Comisión, de 26 de noviembre de 2014, en relación con el artículo 47 de la CDFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el tribunal de origen que conoce de la solicitud de expedición del certificado previsto en el citado artículo 53, en relación con una resolución judicial definitiva, pueda verificar de oficio si se han infringido las disposiciones de la sección 4 del capítulo II de dicho Reglamento, a fin de informar al consumidor acerca de la eventual infracción constatada y permitir que este último valore con pleno conocimiento de causa la posibilidad de utilizar la vía de recurso que prevé el artículo 45 del propio Reglamento.

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

En la sentencia de 13 septiembre de 2018, asunto C-176/17, declara que “la obligación que resulta del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, de prever modalidades procesales que permitan garantizar el respeto de los derechos que dicha Directiva confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial efectiva, consagrada también en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. Esta tutela judicial efectiva ha de extenderse tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el Derecho de la Unión como a la definición de la regulación procesal de tales demandas” (apartado 59).

También declara que entre los medios adecuados y eficaces “que deben garantizar a los consumidores un derecho a la tutela judicial efectiva ha de figurar la posibilidad de presentar un recurso o de formular oposición, y ello con unos requisitos procesales razonables, de manera que no existan requisitos -especialmente de plazo o relacionados con los gastos- que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por la Directiva 93/13” (apartado 63).

En el caso concreto considera que el plazo de dos semanas para formular oposición es insuficiente ya que debe “precisar si impugna el requerimiento de pago total o parcialmente y, bajo pena de inadmisibilidad de dicho escrito, indicar los motivos y excepciones que formula, así como precisar hechos y proponer prueba” (apartado 65). Estos requisitos procesales junto con el plazo tan breve consideran que “implican el riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule oposición o de que ésta sea inadmisible” (apartado 66).

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

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

El TJUE declara que el hecho de no admitir la intervención de una asociación para la defensa de los consumidores en un procedimiento en el que sea parte un consumidor no afecta al derecho de dicha asociación a una tutela judicial efectiva, en particular a su derecho a ejercer acciones colectivas (apartado 41).

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

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

“La [Directiva 2013/11/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la [Directiva 2009/22/CE](#) ([Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo](#)), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, conforme a la cual, en los litigios contemplados en el artículo 2, apartado 1 de esta Directiva, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial relativa a dichos litigios, en la medida en que tal exigencia no impide que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial.

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

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

En el apartado 35 de la sentencia de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16 el TJUE reitera que el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE debe considerarse una norma equivalente a

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

Doctrina comunitaria de la que, una vez, más se ha hecho eco la Sala 1^a del TS en sus sentencias de 19 de diciembre de 2018,⁹³ y 12 de diciembre de 2019, resolviendo que la consumación o extinción del contrato no impiden el ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula abusiva, analizando la importancia de la figura jurídica comunitaria del orden público.⁹⁴

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

El 30 de enero de 2020, el Abogado General Sr. Henrik Saugamandsgaard, presentó sus conclusiones en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción número tres de Teruel, como consecuencia de la doctrina fijada por la Sala 1^a del TS en su sentencia de 11 de abril de 2018,⁹⁵ con el voto particular del Magistrado Sr. Javier Orduña, respecto de las novaciones/transacciones en los contratos de préstamo con garantía

⁹³ Sánchez García, J: "Cláusulas suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales Breves comentarios a la sentencia del TS de 11 de abril de 2018. Revista de Derecho vLex - Núm. 167, Abril 2018.

⁹⁴ Vallejo Ros, C: "La consumación o extinción del contrato no impiden el ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula abusiva: STS Pleno Sala de lo Civil de 12 de diciembre de 2019. Blog Derecho de los Consumidores del CGAE. 8 de enero de 2020.

⁹⁵ Roj: STS 1238/2018

hipotecaria (validez de los acuerdos extrajudiciales en las cláusulas suelo),⁹⁶ proponiendo el Abogado General al Tribunal:⁹⁷

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

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

⁹⁶ Sánchez García, J: “Cláusulas suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales Breves comentarios a la sentencia del TS de 11 de abril de 2018. Revista de Derecho vLex - Núm. 167, Abril 2018.

⁹⁷<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=222898&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5055461>

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

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

Estamos pendiente de que el TJUE dicte la sentencia, pero, sin duda, es uno de los temas que más debate ha generado en la doctrina científica, en estos últimos años.⁹⁸

- **Sentencias del TJUE sobre la Directiva 2008/48 de crédito al consumo**

- a) **Sentencia de 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18, resolviendo la cuestión prejudicial de la firma de un pagaré en blanco como garantía de la deuda**

En la sentencia de 7 de noviembre de 2019,⁹⁹ el TJUE resuelve una cuestión prejudicial en la que se había firmado un pagaré en blanco como garantía de la deuda derivada del

⁹⁸ Martín Lopez, MJ "El acuerdo novatorio y/o transaccional sobre la cláusula suelo en un préstamo hipotecario. Argumentos que justifican el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Centro de Estudios de Consumo. 13 de marzo de 2019.

⁹⁹ ECLI:EU:C:2019:930

contrato autorizada por la normativa nacional y en la que el consumidor mantuvo una posición pasiva en el procedimiento judicial.

La sentencia en su apartado 59, resuelve que el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48 impone al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relativo a unas deudas derivadas de un contrato de crédito, en el sentido de esta Directiva, la obligación de examinar de oficio si se cumple la obligación de información establecida en dicha disposición y de deducir las consecuencias previstas en el Derecho nacional para el incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones respeten las exigencias del artículo 23 de la misma Directiva (sentencia de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, apartado 74), declarando que:

1) El artículo 1, apartado 1, el artículo 3, apartado 1, el y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que, para garantizar el pago de la deuda derivada de un contrato de crédito al consumo celebrado entre un profesional y un consumidor, permite estipular en dicho contrato la obligación de que el prestatario emita un pagaré en blanco y que supedita la licitud de la emisión de dicho pagaré a la celebración previa de un acuerdo cambiario que determine las condiciones en que el pagaré podrá ser completado, siempre que —extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente— esa estipulación y ese acuerdo se ajusten a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de dicha Directiva y en el artículo 10 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

2) El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 y el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que cuando, en circunstancias como las de los litigios principales, un órgano jurisdiccional nacional alberga serias dudas sobre la procedencia de una demanda basada en un pagaré destinado a garantizar la deuda derivada de un contrato de crédito al consumo, pagaré que fue inicialmente emitido en blanco por el firmante y posteriormente completado por el beneficiario, dicho órgano jurisdiccional debe examinar de oficio si las estipulaciones acordadas entre las partes tienen carácter abusivo y, a este respecto, puede exigir al profesional que presente el escrito en el que se recogen dichas estipulaciones, de modo que ese órgano jurisdiccional esté en condiciones de garantizar el respeto de los derechos que tales Directivas confieren a los consumidores.

b) Sentencia de 19 de diciembre de 2019, resolviendo la cuestión prejudicial número C-290/19, sobre la falta de indicación de un porcentaje preciso de la TAE

En el apartado 28 de la sentencia de 19 de diciembre de 2019,¹⁰⁰ el TJUE recuerda que la Directiva 2008/48 se adoptó con el doble objetivo de garantizar a todos los consumidores de la Unión Europea un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo (sentencia de 5 de septiembre de 2019, Pohotovost, C-331/18, EU:C:2019:665, apartado 41 y jurisprudencia citada). Del considerando 19 de dicha Directiva se desprende que el fin de esta es, en particular, garantizar que el consumidor reciba, antes de la celebración del contrato de crédito, información adecuada, referente en concreto a la TAE en toda la Unión, que le permita comparar estos porcentajes.

En los apartados 30 y 31 de la sentencia, el TJUE resuelve que la obligación de información formulada en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48, en virtud de la cual el contrato de crédito deberá especificar de forma clara y concisa la TAE, contribuye a que se alcancen los objetivos perseguidos por esta Directiva y que si se permitiera prever, en un contrato de crédito, que la TAE pudiese expresarse por referencia no a un tipo único, sino a una horquilla con un tipo mínimo y un tipo máximo, no se cumpliría el criterio de claridad y de concisión fijado en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48, siendo este criterio esencial para que el consumidor pueda, tal como indica el considerando 31 de esta Directiva, conocer sus derechos y obligaciones dimanantes del contrato de crédito, sin que el recurso a una horquilla pueda no solo hacer más difícil la apreciación del coste total del crédito, sino también inducir a error al consumidor respecto al alcance real de su compromiso, declarando al efecto en la sentencia que:

“El [artículo 10, apartado 2](#), letra g), de la [Directiva 2008/48/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la [Directiva 87/102/CEE](#) del Consejo, en su versión modificada por la [Directiva 2011/90/UE](#) de la Comisión, de 14 de noviembre de 2011, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en un contrato de crédito al consumo, la tasa anual equivalente se exprese no mediante un tipo único, sino mediante una horquilla con un tipo mínimo y un tipo máximo”.

¹⁰⁰ ECLI:EU:C:2019:1130

- c) **Sentencia de 5 de marzo de 2020, resolviendo la cuestión prejudicial número C-679/18, sobre la Obligación del prestamista de comprobar la solvencia del consumidor y examen de oficio del cumplimiento de dicha obligación**

En el apartado 41 de la sentencia de 5 de marzo de 2020, asunto número C-679/18,¹⁰¹ el TJUE nos recuerda la importancia de la sentencia de 21 de abril de 2016, nos recuerda la importancia de la doctrina fijada en la sentencia de 21 de abril de 2016, sobre la que hice referencia en el capítulo III (página 6), en el sentido de que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al aplicar el Derecho interno los tribunales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva 2008/48, para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. Esta obligación de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión es inherente al régimen del Tratado FUE, en la medida en que permite a los tribunales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena eficacia del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen (sentencia de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, apartado 79).

En el apartado 42 de la sentencia el TJUE una vez más reitera que el principio de interpretación conforme exige que los tribunales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena eficacia de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, apartado 27 y jurisprudencia citada).

Y en el apartado 43 el TJUE añade que que los tribunales nacionales, incluidos los que resuelven en última instancia, deben modificar, cuando ello sea necesario, la jurisprudencia nacional ya consolidada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Pohotovost', C-331/18, EU:C:2019:665, apartado 56 y jurisprudencia citada).

¹⁰¹ ECLI:EU:C:2020:167

El TJUE en la sentencia que comentó declara que el juez nacional debe comprobar de oficio si se ha producido un incumplimiento de la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, declarando al respecto que:

“Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que exigen que el órgano judicial nacional compruebe de oficio si se ha producido un incumplimiento de la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, establecida en el artículo 8 de dicha Directiva, y deduzca las consecuencias que se derivan, en virtud del Derecho nacional, del incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones se atengán a los requisitos del citado artículo 23. Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 deben igualmente interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen nacional con arreglo al cual el incumplimiento por parte del prestamista de su obligación precontractual de evaluar la solvencia del consumidor se sanciona únicamente con la nulidad del contrato de crédito, con la consiguiente obligación del consumidor de devolver el principal al prestamista dentro de un término acorde con sus posibilidades financieras, a condición de que el consumidor invoque la nulidad dentro de un plazo de prescripción de tres años”.

- **Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, resolviendo la cuestión prejudicial número C-125/18 sobre el IRPH.**

La primera lectura que debemos destacar de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020,¹⁰² en la cuestión prejudicial planteada por el Magistrado Sr. Francisco González de Audicana, titular del Juzgado de 1^a Instancia 38 de Barcelona, fundamentada esencialmente en el voto particular de la sentencia de la Sala 1^a del TS de 14 de diciembre de 2017 (-Roj: STS 4308/2017), de los Magistrados de la Sala 1^a del TS, Srs. Javier Orduña y Javier Arroyo, es que, una vez más, el TJUE ha basado su resolución en las nuevas categorías jurídicas de ámbito supranacional comunitario y que deben ser interpretadas al margen de nuestras categorías jurídicas tradicionales, esencialmente reguladas en el Código Civil.¹⁰³

¹⁰² ECLI:EU:C:2020:138

¹⁰³ Ver más ampliamente artículos de Rosana Pérez Gurrea: “El TJUE en Sentencia de 3 de marzo de 2020 señala que los tribunales españoles podrán controlar la transparencia del IRPH” y Cristina Vallejo Ros: “Efectos de la nulidad de la cláusula IRPH en los préstamos ya consumados o vencidos y particularidades de los procedimientos ya terminados: cosa juzgada”, ambos artículos publicados en el Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE, así como el

La doctrina del TJUE analizando la Directiva 93/13 y el rango de norma de orden público de su artículo 6.1, ha provocado una auténtica “revolución” procesal y sustantiva en nuestro ordenamiento jurídico interno y como históricamente suele ocurrir en toda transformación de hechos relevantes con consecuencias jurídicas, una parte de la comunidad jurídica es reticente a aceptar las mismas.

Sin duda las nuevas categorías jurídicas de orden público comunitario y, especialmente, la transparencia como valor del cambio social y su alcance constitucional y normativo, constituye un elemento vertebrador de nuevos valores sociales del Siglo XXI y han de constituir el nuevo eje vertebrador de las futuras regulaciones legislativas.¹⁰⁴

Lo primero que nos aclara el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 (que fue el núcleo esencial de la sentencia del TS de 14/12/2017 -Roj STS 4308/2017), es que la exclusión regulada en el artículo 1, ap. 2º de la Directiva 93/13 es de interpretación estricta (STJUE 20/9/2017, asunto C-186/16) y que para que se dé tal exclusión deben concurrir dos requisitos:

- a) En primer lugar, la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria, y
- b) Esta disposición debe ser imperativa (STJUE 10/9/2014, asunto C-34/13). Para el TJUE y sin perjuicio de la comprobación que pueda efectuar el Tribunal que resuelva el procedimiento, la referencia al IRPH de las cajas de ahorro para el cálculo de los intereses adeudados, no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, conforme exige la jurisprudencia comunitaria, por lo que dicha cláusula si está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

En segundo lugar, el TJUE resuelve una cuestión de vital transcendencia, al analizar las consecuencias jurídicas de la falta de transposición en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE (sobre la que ya se pronunció el TJUE en su sentencia de 3/6/2010, asunto C484/08 -sobre las cláusulas de redondeo en un préstamo hipotecario-, en una cuestión prejudicial planteada por la propia Sala 1ª del TS). El TJUE resuelve que la Directiva 93/13 y, en particular, sus artículos 4, apartado 2 y 8, debe

artículo del Catedrático de Derecho Procesal de la UB Vicente Pérez Daudí: “Los efectos de la STJUE, de 3 de marzo de 2020, sobre el IRPH en las sentencias firmes dictadas por los jueces nacionales”, publicado en Diario la Ley, de 5 de marzo de 2020.

¹⁰⁴ Orduña Moreno, J, Sanchez Martín, C y Guillen Catalan,R: “Transparencia como valor el cambio social: su alcance constitucional y normativo. Editorial Aranzadi, 12 septiembre 2019).

interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2 de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

En tercer lugar, el TJUE responde a la cuestión formulada por el Tribunal español sobre el parámetro de exigencia del control de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, resolviendo, una vez más, que la cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, constituyendo elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

En cuarto lugar, resuelve el TJUE la que, en mi opinión, es la cuestión más relevante (y que fue planteada en el voto particular emitido por los Magistrados Sres. Orduña y Arroyo en la sentencia de la Sala 1^a del TS de 14/12/2017), es decir la posibilidad de que el Juez nacional pueda sustituir el índice pactado, cuya cláusula ha sido declarada abusiva, por un índice legal o imponga al prestatario la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados sin el abono de intereses. El TJUE resuelve que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que no se opone a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

Es evidente que, conforme a la doctrina fijada por la Sala 1^a del TS en sus sentencias de 11 de septiembre de 2018 (Roj: STS 2761/2019) y de 14 de noviembre de 2019 (Roj: STS 3765/2019), respecto del vencimiento anticipado, mutatis mutandis, el juez nacional podrá sustituir la cláusula de IRPH (de ser declarada abusiva la cláusula de IRPH) por un índice legal aplicable.

Es cierto que en el apartado 66 de la sentencia de 3 de marzo de 2020, el TJUE entiende que podría reemplazarse la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la disposición adicional 15^a de la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio, pero no es menos cierto que el apartado 67 resuelve que “los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales”.

Y ese índice legal no tiene porqué ser el índice fijado en la disposición 15^a de la Ley 14/2013, ya que en las circunstancias actuales el mismo resulta perjudicial para el prestatario y ello dejaría al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

Sin perjuicio de ello, no debemos olvidar que el TJUE en su sentencia de 3 de octubre de 2020, asunto C-260/18, en su apartado 51 resuelve que: “En efecto, la protección del consumidor solo puede garantizarse si se tienen en cuenta sus intereses reales y por tanto actuales, y no sus intereses en las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato en cuestión, tal como señaló también, en lo sustancial, el Abogado General en los puntos 62 y 63 de sus conclusiones. De la misma manera, las consecuencias de las que deben protegerse esos intereses son aquellas que se produzcan realmente, en las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, en caso de que el juez nacional proceda a la anulación del contrato, y no las que resultaran, en la fecha de celebración del contrato, de la anulación de este”.

Y en el apartado 53 de la sentencia comentada de 3 de octubre de 2019, el TJUE reitera la necesidad de consultar en estos supuestos al consumidor, al establecer que: “En segundo lugar, en cuanto a la importancia que debe concederse a la voluntad expresada por el consumidor a este respecto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha precisado, en relación con la obligación que incumbe al juez nacional de excluir, de oficio si es necesario, las cláusulas abusivas conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que ese juez no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a esa cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, apartados 23, 27 y 35 y jurisprudencia citada)”.

La Abogada General Sra. Juliane Kokott, en sus conclusiones presentadas el 19 de marzo de 2020 ante el TJUE,¹⁰⁵ en la cuestión prejudicial número C-81/19, nos recuerda, en su apartado 69, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria existente, que el juez nacional no debe sustituir una cláusula por una disposición legal que no garantiza un equilibrio razonable entre los intereses del profesional y del consumidor.

Por último, el TJUE responde a la solicitud formulada por el Gobierno español, a fin de que se limitara los efectos temporales de la sentencia, resolviendo el TJUE de que las consecuencias financieras de la eventual declaración de nulidad de una cláusula de estas características para las entidades bancarias en particular y para el sistema bancario en general no pueden determinarse únicamente sobre la base de la interpretación del Derecho de la Unión que hace el Tribunal de Justicia en el marco del asunto que resuelve. Recordemos al respecto lo que ya resolvió el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2018, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, como consecuencia de la doctrina fijada por el TS en su sentencia de 25 de marzo de 2015, - Roj: STS 1280/2015-, en cuanto a la limitación temporal de los efectos retroactivos de las cláusulas suelo y la interpretación que el TJUE hizo de la sentencia de 21 de marzo de 2013.

La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, obliga a una urgente reforma legislativa de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los empresarios y su internacionalización,¹⁰⁶ que estableció un régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia, que había sido reclamada en innumerables ocasiones, tanto por la Abogacía, como por muchas Instituciones Públicas, entre ellas el Sindic de Catalunya.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ECLI:EU:C:2020:217

¹⁰⁶ Sánchez Garcia, J: "La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 sobre el IRPH y la imperiosa necesidad de una urgente reforma legislativa". Publicado en la página Web del CGAE el 3 de marzo de 2020.

¹⁰⁷ Sindic de Catalunya. "La protección de los afectados por el índice de referencia de préstamos hipotecarios. Septiembre 2015". http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe%20IRPH_castella_ok.pdf.

- **Sentencias del TS de 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving.**

El TS ha dictado la sentencia de 4 de marzo de 2020,¹⁰⁸ conocida como la sentencia de las “tarjetas revolving”.

En diversos artículos y foros¹⁰⁹ he dejado constancia de mi posición crítica con la sentencia de la Sala 1^a del TS de 4 de marzo de 2020¹¹⁰, al aplicar indebidamente la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, (en adelante Ley de Usura), a un mercado financiero, con contratación seriada, habida cuenta que el elemento esencial de la Ley de Usura es el elemento subjetivo, sin el cual la Ley de Usura no tiene sentido, por constituir éste el requisito esencial del artículo primero de la Ley.

La Ley de Usura fue impulsada por Gumersindo Azcárate para evitar las condiciones leoninas que los usureros imponían y como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, siendo, por tanto, el elemento subjetivo uno de los elementos esenciales de la Ley.

La propia Sala 1^a del TS en su sentencia de 25 de enero de 1984,¹¹¹ nos recuerda que la Ley de 23 de julio de 1908 estuvo inspirada en “principios de moralidad y con el fin de combatir en la medida de lo posible la lacra social de la usura, encubierta habitualmente en formas contractuales aparentemente lícitas que hacen difícil, cuando no imposible, al prestatario la prueba directa de su existencia”.

Es necesario recordar lo que dispone el artículo primero de la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura que dice literalmente:

¹⁰⁸ Roj: STS 600/2020

¹⁰⁹ Ver más ampliamente los artículos de Jesus Sánchez García publicados en la Revista la Ley nº 9587, de 5 de marzo “La STS 149/2020, de 4 de marzo y cómo la Sala 1^a se ha convertido a sí misma en una ruleta rusa (revolving), y nº 9502, de 12 de marzo de 2020 “Efectos de la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving”, en el Blog Hay Derecho, de 9 de marzo de 2020, “No hay derecho: El Tribunal Supremo y las tarjetas revolving” y el artículo Orduña Moreno, J y Sánchez García, J: “La sentencia de la Sala 1^a del TS 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving: una imprescindible vuelta a la racionalidad jurídica”. Pendiente de publicación en el monográfico comentando la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 de la Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios de vLex.

¹¹⁰ Roj: STS 600/2020

¹¹¹ Roj: STS 268/1984

“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”.

Basta una simple lectura de este artículo para llegar a la inequívoca conclusión de que no se puede aplicar la Ley de Usura para resolver la cuestión derivada de una tarjeta revolving, que se contrata de forma seriada por las entidades financieras, porque no nos encontramos ante un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explote una determinada situación subjetiva de la contratación, sino ante un mercado propio y específico y en el que la tarjeta revolving es uno de los productos más ofertados por las entidades financieras.

Simplemente releyendo el artículo 1 de la Ley de Usura y la extensa jurisprudencia dictada sobre el elemento subjetivo, se hace imprescindible volver a la racionalidad jurídica.

La Sala 1^a del TS al aplicar la Ley de Usura ha contravenido el orden público interno y el orden público económico comunitario, al infringir la libertad de mercado y de fijación de precios, que no puede ponerse en tela de juicio por mor de una interpretación normativa que cuestiona la libertad de precio de mercado. Conviene recordar que el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y los artículos 26, 101 y 102 del TFUE, regulan la libertad de competencia en el mercado interior.

Aunque seguro que sin pretenderlo, la sentencia declara usureros a una parte del sector financiero por el hecho de que hayan comercializado tarjetas revolving con un interés remuneratorio por encima del 20% TAE, convirtiéndose la Sala 1^a del TS, al aplicar la Ley de Usura a este tipo de productos financieros y solo teniendo en cuenta el elemento objetivo, en un instrumento de fijación de precios y un interventor del mercado financiero, al considerar que los tipos de interés que se aplican sobre determinados productos de crédito son elevados, sin tener en cuenta que en nuestro País el art. 315 del Código de Comercio establece el principio de libertad de la tasa de interés, que en el ámbito reglamentario desarrollaron la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981 y actualmente el art. 4.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Y no solo aplica la Ley de la Usura a un mercado financiero, cuando la norma está prevista para supuestos individuales, sino que de forma expresa deroga jurisprudencialmente el elemento subjetivo (FD quinto, apartado 2), que es el elemento esencial de la Ley de Usura: "habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales", sin fundamentar, ni explicar el cambio de una doctrina consolidada por la propia Sala desde hacía décadas (STS 20 de junio de 2001 - Roj: STS 5293/2001-; 10 de octubre de 2006 -Roj: STS 5889/2006-; 4 de junio de 2009 -Roj: STS 3875/2009-; 18 de junio de 2012 -Roj: STS 5966/2012-; 22 de febrero de 2013 -Roj: STS 867/2013-;1 de marzo de 2013 - Roj: STS 1046/2013- y 2 de diciembre de 2014 -Roj: STS 5771/2014-).

Elemento subjetivo que la propia Sala del TS ha mantenido con posterioridad a la sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4810/2015), como es de ver en la sentencia de 27 de marzo de 2019 (Roj: STS 1011/2019), de la que fue Ponente D. Ignacio Sancho Gargallo, para comprobar como la Sala tiene en cuenta la falta de acreditación del elemento subjetivo de la angustia alegada por el prestatario y no apreciada por la Audiencia, para desestimar el recurso.

Pero no solo el TS dicta una sentencia, en mi opinión *contra legem*, aplicando indebidamente la Ley de Usura y derogando el elemento subjetivo de la misma, aplicando solo el elemento objetivo, sino que, además, provoca con su resolución una clara inseguridad jurídica, al no haber fijado unos parámetros claros e inequívocos sobre lo que puede considerarse "notablemente superior", dejando margen a la incertidumbre y a la inseguridad jurídica, porque dentro de una orquilla de 7 puntos porcentuales por encima del 20% del interés remuneratorio (siguiendo la doctrina de la Sala) sea imposible determinar cuándo nos encontramos ante un interés "notablemente superior al normal del dinero", que es un concepto indeterminado.

Al suprimirse el presupuesto subjetivo, la aplicación de la Ley de Usura, fuera de su natural marco casuístico, pasa a ser un criterio general de fijación de precios del crédito personal en este segmento de la contratación crediticia. En efecto, con la citada sentencia, y solo con base en el presupuesto objetivo, el tipo del 26,82 % aplicado al interés remuneratorio de esta tarjeta pasa a ser, de un modo general, considerado como usurario.

Como sostiene el Catedrático de Derecho Civil y ex Magistrado de la Sala 1^a del TS, dicho límite resulta perverso y contradictorio. Perverso porque su aplicación generalizada determina o comporta una clara incidencia a la baja del "tipo medio" resultante del mercado,

que a raíz de su publicación bajará necesariamente del 20% actualmente establecido. Contradictorio porque a raíz de la propia doctrina jurisprudencial, caso de la STS 189/2019, de 27 de marzo, dicha limitación no regirá para el préstamo hipotecario, pues dicha sentencia no consideró que resultaba usurario un interés pactado del 10 % anual respecto de un interés medio del 5,76 % (casi un 100 % más respecto del interés medio, y que en el caso objeto de comentario hubiera llevado a un interés del 40%).¹¹²

Provoca una clara inseguridad jurídica en la valoración del carácter usurario en la horquilla que establece en torno a los siete puntos porcentuales. De forma que, injustificadamente, se deja al “arbitrio o equidad” de los jueces establecer con base exclusiva en el presupuesto objetivo y de manera general el presumible carácter abusivo de cualquier tipo de interés que resulte comprendido en dicha horquilla (del 21 al 27%).

Supone, en última instancia, una intervención general de los precios de mercado no permitida o autorizada por el Código Civil ni, tampoco, y esto es lo importante, por el Tratado, las Directivas y Reglamentos de la Unión Europea, al obstaculizar el correcto funcionamiento del sistema de economía de mercado, no pudiéndose cumplir sus objetivos de eficiencia económica, al no permitir que el mercado de libre competencia funcione correctamente.

Los Jueces y Tribunales tienen una enorme responsabilidad a la hora de interpretar la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020, dando seguridad y racionalidad a la Ley de Usura, que ha pasado a convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica capaz de socavar todo un mercado de crédito al consumo, debiendo, incluso, plantearse la posibilidad de promover una cuestión prejudicial ante el TJUE, sobre la posible infracción de la normativa comunitaria, respecto de la libertad de mercado interior, al quedar en manos de la jurisdicción ordinaria la fijación de precios del mercado, en el que incluso dentro de una horquilla de siete puntos porcentuales cada tribunal puede valorar subjetiva y discrecionalmente lo que se considera interés usurario, como, de hecho ya está ocurriendo en las primeras resoluciones que vamos teniendo conocimiento.

Así el Juzgado de 1^a Instancia número 13 de Bilbao en su sentencia número 61/2020, de 5 de marzo de 2020, no consideró usurario una TAE del 22,95%, entendiendo que “no se considera notablemente superior al interés normal para contratos similares. Es casi tres puntos superior, lo cual no puede entenderse como un incremento excesivo, si tenemos en cuenta que la STS antes referida lo declara en el caso de una TAE más de siete puntos superior. Una

¹¹² Orduña Moreno, J: “La STS 149/2020, de 4 de marzo (tarjetas revolving): una desafortunada sentencia con más sombras que luces. Pendiente de publicación en la revista Aranzadi.

cosa es que no sea necesario un incremento exorbitante teniendo en cuenta que el 20% ya es de por si elevado, y otra distinta que cualquier incremento de ese porcentaje ya sea usurario”.

Sin embargo el Juzgado de 1^a Instancia 5 de Valdemoro, en su sentencia 28/2020, de 4 de marzo de 2020, declara usurario un interés remuneratorio contractual del 24,5%. También el Juzgado de 1^a Instancia número 4 de San Cristóbal de la Laguna en su sentencia número 98/2020, de 9 de marzo de 2020, declara usurario un interés remuneratorio con una TAE del 24,51%. Y el Juzgado de 1^a Instancia 1 de A Coruña, en su sentencia número 47/2020 de 11 de marzo de 2020, analizando los diferentes parámetros a la fecha de contratación (diciembre de 2006 y TAE 22,95) considera usurario el interés pactado, porque “atendiendo a la media de las tarjetas de crédito y revolving de enero de 2018, primer mes que consta publicado en el Banco de España, resulta un 20,91%, por lo que hay una diferencia de 2,04 puntos. Incluso partiendo del año 2010, de acuerdo con la documental aportada por la demandada, se trata de un 19,23%, existe una diferencia de 3,72 puntos. Un interés remuneratorio como el analizado, atendidos los parámetros utilizados es nulo, no es normal ni proporcionado”.

Como vemos los peores augurios que anunciaba nada más conocerse la sentencia del TS se están haciendo realidad. Sentencias contradictorias y una enorme inseguridad jurídica. Esperemos que las Audiencias Provinciales fijen criterios de unificación jurisdiccional que palien en la medida de lo posible esta situación.

Desgraciadamente la sentencia de 4 de marzo de 2020 generará, de nuevo, un conflicto social y judicial, al aplicar una Ley, a un sector del mercado financiero, que está prevista para supuestos singulares y casuísticos, inundando los tribunales de procedimientos judiciales, con resoluciones contradictorias, provocando inseguridad jurídica y desazón para el justiciable.

Curiosamente la sentencia de 4 de marzo de 2020 se esperaba con la esperanza de poner fin a la litigiosidad que provocó la sentencia de 25 de noviembre de 2015 y lo único que ha conseguido es crear más inseguridad jurídica y un horizonte judicial de fatales consecuencias.

Si se pretende recuperar un cierto grado de seguridad jurídica y de certeza habrá que acordar que la sentencia objeto de comentario lo “único” que realmente fija es el límite del 26,86% para la consideración usuraria del crédito revolving, sin establecer otro concreto límite conceptual por debajo del ya fijado. Para ello, habría que volver a la aplicación del presupuesto subjetivo que justificara, en cada caso concreto, el carácter usurario de un interés remuneratorio inferior.

Pues bien, partiendo de la doctrina jurisprudencial fijada por el TS en su sentencia de 4 de marzo de 2020, podemos concluir que fija los parámetros sobre los que debe compararse el crédito revolving para determinar si el interés pactado es usurario o no, sobre los siguientes fundamentos jurídicos:

- 1) Para determinar la referencia que ha de utilizarse como “interés normal del dinero” para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario debe utilizarse el tipo medio de interés en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada (FD cuarto, punto 1).
- 2) Deberá utilizarse la categoría específica de las tarjetas de crédito y revolving (FD cuarto, punto 1), dentro del apartado específico que el Banco de España tiene para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo (FD cuarto, apartado 2).
- 3) El índice de referencia que debe tomarse como “interés normal del dinero” es el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España.
- 4) El Banco de España desde marzo de 2017 para facilitar la información a la que hay que acudir, dentro del apartado general del crédito al consumo, incluyó, en el Capítulo 19.4 de su Boletín Estadístico, una columna con información específica sobre los tipos de interés remuneratorios en créditos revolving, (información que también podemos encontrar en el Portal del Cliente Bancario del Banco de España).
- 5) El criterio sobre el que ha de considerarse como “notablemente superior” para este tipo de créditos es el de siete puntos porcentuales entre el índice de referencia como interés normal del dinero y el tipo de interés fijado en el contrato (FD cuarto, puntos 4 á 7).
- 6) No habiendo establecido el TS un límite porcentual concreto, el único dato razonable que podemos extraer y que genere seguridad jurídica, es que el TS ha fijado como límite, para considerar usurario a este tipo de créditos revolving, en siete puntos porcentuales por encima del tipo medio que debe tomarse como “interés normal del dinero”, por lo que todo lo que esté por debajo de siete puntos porcentuales, hemos de presumir que está dentro del juego de la libertad de tasa de interés y de la libertad de precio que rige el mercado.

- **Sentencias del TS de 5 de marzo de 2020 sobre el derecho de recompra de un crédito litigioso del artículo 1535 del Código Civil.**

El TS ha dictado la sentencia de 5 de marzo de 2020,¹¹³ sobre el derecho de retracto de un crédito litigioso regulado en el artículo 1535 del Código Civil (en adelante CC).

En los últimos años he publicado varios artículos analizando el artículo 1535 del Código Civil,¹¹⁴ y poco a poco he podido ir comprobando como el TS ha ido inclinándose por una interpretación restrictiva en la interpretación del artículo 1535 del CC.

Como consecuencia de la crisis económica, para sanear los balances de algunas entidades bancarias, se procedió a la venta de carteras de créditos impagados a fondos de inversión, en el que el deudor no es parte en el negocio jurídico de la cesión de carteras de crédito, lo que provocó que, en muchos supuestos, los deudores acudieran a la figura jurídica del artículo 1535 del CC para ejercitar el derecho de recompra del crédito cedido.

El artículo 1535 del CC está regulado en el Capítulo VII sobre la transmisión de créditos y demás derechos incorporales, dentro del Título IV del CC, que regula el contrato de compraventa.

En nuestro País el CC no es el único texto legal que contempla la posibilidad de que el deudor pueda recomprar su crédito al cesionario.

¹¹³ Roj: STS 728/2020

¹¹⁴ Ver más ampliamente los artículos publicados por Jesús Sánchez García: "Mecanismos para ejercitar el derecho de recompra de un crédito litigioso: cuestiones de índole práctica". Revista de Derecho vLex - Núm. 11, Noviembre 2003"; "De nuevo sobre la cesión de los créditos litigiosos ". Revista de Derecho vLex - Núm. 142, Marzo 2016; "Breves comentarios a la cesión de créditos y la cláusula rebus sic stantibus". Revista de Derecho vLex - Núm. 159, Agosto 2017; "comentarios al artículo 569,28.2 del Código Civil de Cataluña sobre la cesión de créditos hipotecarios. Revista de Derecho vLex, Núm. 165, febrero de 2018 y "Comentarios a la sentencia de la Sala 1^a del TS de 13 de septiembre de 2019 sobre el concepto y extensión temporal del crédito litigioso". Publicado en el Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE el 2/10/2019

La Ley 511 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, modificado por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, dentro del Capítulo V, de la cesión de las obligaciones, dispone que:

“Cesión de créditos. El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor; pero, cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que este pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito.

Sin perjuicio de las formalidades requeridas en la legislación hipotecaria, el cedente deberá notificar al deudor de forma fehaciente la cesión, con indicación expresa e individualizada de la identidad y domicilio del cesionario y del precio abonado por su crédito.

El deudor podrá ejercitar su derecho mediante la acción o excepción que corresponda en el proceso declarativo, así como formulando oposición por pluspetición en el procedimiento ejecutivo de que se trate.

Si la cesión tuviera lugar una vez iniciado el procedimiento de ejecución, el órgano judicial requerirá al cedente para que manifieste el precio de la cesión a fin de que el deudor pueda ejercitar su derecho en el plazo que se le establezca”.

No obstante, el Gobierno ha promovido el Recurso de inconstitucionalidad n.º 315-2020, contra el artículo 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, siendo objeto de recurso el artículo 511 modificado, admitido a trámite por el TC mediante Providencia de 28 de enero de 2020.¹¹⁵

La sentencia de la Sala 1^a del de 31 de octubre de 2008,¹¹⁶ se dictó con la pretensión de fijar doctrina jurisprudencial sobre la figura jurídica del “retracto de créditos litigiosos”, pero lo cierto es que durante estos últimos años ha existido una abundante doctrina jurisprudencial contradictoria de nuestras Audiencias Provinciales, a la hora de interpretar el concepto y extensión temporal del artículo 1535 del CC, siendo, incluso, planteadas dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE, una del Juzgado de 1^a Instancia número 11 de Vigo y otra del Juzgado de 1^a Instancia número 38 de Barcelona.

¹¹⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/02/04/pdfs/BOE-A-2020-1594.pdf>

¹¹⁶ Roj STS 5693/2008

Derivada de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Vigo, el TJUE dictó Auto de 5 de julio de 2016, asunto C-7/16,¹¹⁷ resolviendo que "la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a éste el precio que haya pagado por esa cesión".

Como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1^a Instancia número 38 de Barcelona, el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17,¹¹⁸ resolvió en la misma línea que el Auto de 5 de julio de 2016 (apartado 45), en el sentido de que:

"La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido, por una parte, de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código Civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso".

El TS en estos últimos años ha venido fijando criterios claros, tanto procesales, como sustantivos, sobre el concepto y aplicación del artículo 1535 del CC (así Auto de 18 de enero de 2017 -Roj: ATS 233/2017- en materia de competencia territorial; Auto de 18 de mayo de 2016 -Roj: ATS 5513/2016-, respecto de unas diligencias preliminares de exhibición de documentación bancaria; Autos de 17 de febrero de 2016 -Roj: ATS 1302/2016- y de 10 de mayo de 2017- Roj: ATS 4273/2017-, en relación a la sucesión procesal y Auto de 1 de junio de 2016, -Roj: ATS 4997/2016-, respecto de la adquisición de una unidad productiva o económica y no la cesión de un crédito concreto).

¹¹⁷ ECLI:EU:C:2016:523

¹¹⁸ ECLI:EU:C:2018:643

Igualmente el TS en su sentencia de 4 de febrero de 2016,¹¹⁹ se pronunció sobre los requisitos de la cesión de un crédito y en la sentencia de 1 de abril de 2015,¹²⁰ resolvió la cuestión derivada del retracto regulado en el artículo 1535 del CC, cuando éste conjuntamente con otros créditos litigiosos o no, han sido objeto de un traspaso en bloque por sucesión universal a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conforma una unidad económica, resolviendo que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada.

Igualmente en su sentencia de 13 de septiembre de 2019,¹²¹ de la que fue Magistrado D. Pedro José Vela, analiza el concepto y extensión temporal del crédito litigioso, para ejercitar el derecho de recompra regulado en el artículo 1535 del CC.

El TS en la citada sentencia de 13 de septiembre de 2019, con apoyo en la sentencia número 690/1969, de 16 de diciembre, nos recuerda que el TS definió el crédito litigioso de la siguiente forma: "aunque en sentido amplio, a veces se denomina "crédito litigioso" al que es objeto de un pleito, bien para que en este se declare su existencia y exigibilidad, o bien para que se lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.535 de nuestro Código Civil, "crédito litigioso", es aquél que habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible; es decir, el que es objeto de una "litis pendencia", o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración".

En el fundamento de derecho tercero de la sentencia de 13 de septiembre de 2019, el TS nos aclara que, conforme al artículo 1535 CC, el día inicial desde el que puede considerarse que un crédito es litigioso es desde que se conteste a la demanda o haya precluido el plazo de contestación (como se deduce de la sentencia del TS número 976/2008), pero no el final, situándolo la sentencia del TS número 690/1969, de 16 de diciembre en la firmeza de la sentencia o resolución judicial, al declarar que: "una vez determinada por sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel

¹¹⁹ Roj:STS 332/ 2016

¹²⁰ Roj: STS 1420/2015

¹²¹ (Roj: STS 2811/2019

momento se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlos efectivos y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya, del sujeto pasivo; es decir, que el carácter de "crédito litigioso", se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo la transacción".

Con apoyo en la sentencia del TS número 149/1991, de 28 de febrero, nos recuerda que "la estructura del "crédito litigioso" presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y [...] un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación".

Y a través del apartado 4 del fundamento de derecho tercero de la sentencia comentada, concluye que conforme a dicha jurisprudencia, el crédito sobre el que versa el recurso de casación no tenía el carácter de litigioso cuando fue cedido a la demandada, puesto que su existencia, exigibilidad y cuantía ya habían sido determinadas en sentencia firme. Dándose, incluso, en ese caso, el plus de que en la ejecución de dicha sentencia tampoco había contienda cuando se produjo la cesión, puesto que las partes habían llegado a un acuerdo sobre el pago fraccionado de la deuda, que se estaba cumpliendo.

Ahora el TS en su sentencia de 5 de marzo de 2020 analiza la cuestión que estaba pendiente de resolver sobre si puede ejercitarse el derecho de recompra del artículo 1535 del CC cuando nos encontramos ante la transmisión en bloque de los créditos a un fondo de inversión, interpretando el TS, en mi opinión, erróneamente de forma restrictiva el artículo 1535 del CC y rechazando la posibilidad de que se pueda ejercitar el derecho de recompra en dichos supuestos.

El TS en el punto 5º del fundamento de derecho tercero de la sentencia de 5 de marzo de 2020, el TS, resuelve que:

"5.º Con independencia de las reservas antes apuntadas sobre una asimilación completa de la facultad de extinción del crédito cedido en las condiciones fijadas por el art. 1.535 CC a los derechos de retracto legal (art. 1.521 CC) no puede desconocerse, como se ha señalado, su estrecha proximidad institucional a esta figura contractual, incluyendo su virtualidad limitativa de la libre transmisibilidad de los bienes o derechos afectados en cada caso para su titular. Y en tal sentido hay que recordar el carácter restrictivo a que se sujeta por tal razón su interpretación. Así lo ha afirmado también reiteradamente la Dirección General de

los Registros y del Notariado, v.gr. en la reciente Resolución de 25 de julio de 2019, que haciéndose eco de la doctrina científica y de la jurisprudencia de esta Sala afirma:

"Los tanteos y retractos legales, como ha señalado la doctrina científica, son limitativos del derecho de dominio en tanto condicionan la facultad de libre disposición del titular dominical de la cosa, pues si bien mantiene la libertad de enajenarla o no y de fijar las condiciones concretas de la transmisión, tal facultad se ve restringida en cuanto a la determinación de la persona del adquirente por la exigencia de enajenarla precisamente al titular del derecho de retracto, quien ostenta una preferencia legal frente a terceros adquirentes. Por ello los tanteos y retractos legales son derechos taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos con fundamento en el interés social, existiendo desde antiguo una jurisprudencia que se inclina a favor de su interpretación restrictiva (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre 1921, 9 de julio de 1958 y 3 de julio de 1959) -si bien más recientemente, la Sentencia número 450/2012, de 11 de junio, en relación con los tanteos y retractos arrendaticios ha defendido un criterio de interpretación estricto, y no restrictivo más allá de la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales exigibles para su realización-, y en todo caso sometidos a unos estrictos requisitos no solo sustantivos sino también de ejercicio procesal, tanto en cuanto al plazo (cfr. artículo 1524 del Código Civil) como al procedimiento (artículo 266.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil)".

El contexto socio-económico del momento histórico en que se originó la especial facultad extintiva del deudor respecto de los créditos cedidos de que trae causa del art. 1.535 CC, que hunde sus raíces en el Derecho Romano, es muy distinto del propio de nuestros tiempos y, en particular, de la situación surgida tras la reciente crisis económica y financiera de los últimos años.

3.2. En relación con lo anterior hay que recordar el fundamento del origen histórico del "retracto anastasio", basado en "razones de humanidad y de benevolencia (tam humanitatis quam benevolentiae plena)", y en prevención y evitación de abusos de los especuladores de pleitos.

En este sentido, como señaló la sentencia de esta sala núm. 165/2015, de 1 abril, la operación objeto del pleito entonces resuelto (cesión en bloque por sucesión universal de diversos créditos litigiosos a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conformaba una unidad económica, al amparo del art. 71 de la ley 3/2009, de 3 de abril), no es ocioso precisar que la operación descrita se proyecta en el marco regulatorio de un intenso proceso de reestructuración y reforzamiento de los recursos propios

del sistema financiero de este país, sumido en una profunda crisis, preferentemente de las tradicionales cajas de ahorro.

Situación que dio lugar a la regulación especial integrada, en lo que aquí interesa, por el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, primero, por el que se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y, posteriormente, el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro, que introducen nuevos procesos de integración como el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de un banco, lo que dio lugar a las correspondientes operaciones societarias de segregación de activos y pasivos, y permitió la recapitalización de las entidades a través de la creación de sociedades anónimas bancarias a las que las cajas de ahorro transfirieron su actividad de naturaleza financiera (activos y pasivos).

En este mismo contexto hay que situar la figura de las cesiones de carteras o conjuntos de créditos (hipotecarios o de consumo, a consumidores o empresas) por parte de diversas entidades de crédito a terceras entidades - con frecuencia fondos de inversión extranjeros - de baja calificación crediticia (en situación de impago o riesgo de impago, en fase de ejecución judicial o no), que responden, como ha señalado la doctrina especializada, a la necesidad de "limpiar balances" a fin de ajustar el valor de los activos (crediticios en este caso) al valor real. Con ello se persigue un triple objetivo: mejorar el ratio financiero y de morosidad de la entidad, mejorar la liquidez con la entrada de los ingresos procedentes de la venta de la cartera y reducir las provisiones y costes de gestión de estos activos. Finalidades distintas de las contempladas en la ratio de la norma interpretada y, por el contrario, concomitante con la finalidad a que respondía el art. 36.4,b) de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, cuando excluye la aplicación del art. 1535 CC en el caso de cesión de créditos litigiosos a la sociedad de gestión de activos.

3.3. Por último, no puede dejar de mencionarse el hecho de que junto con el favor debitoris, un objetivo esencial del art. 1.535 CC en su concepción originaria era la de "cortar pleitos". Por ello, la tipología del supuesto de hecho de la norma, como señala mayoritariamente la doctrina, parte de vincular al acreedor/demandante con la figura del retrayente, como criterio general o supuesto tipo. Resultaría contrario a la citada ratio del precepto (que, como se ha dicho, reconoce la facultad de extinción del crédito cedido mediante el reembolso del precio de la cesión sólo en caso de cesión de crédito litigioso, y no de cualquier otro que no lo sea, aun cuando se encuentre en situación de impago) atribuir a todo deudor dicha facultad por medio del expediente de presentar una demanda contra el acreedor, con independencia de la existencia o carencia de fundamento para ello, y de su

estimación o desestimación futura, pues con ello se consigue un estímulo para el litigio y no para su terminación, en oposición frontal a la finalidad del precepto”.

Así, pues, lamentablemente el TS zanja definitivamente la cuestión, rechazando la posibilidad de poder ejercitar el derecho de retracto litigioso cuando estemos ante supuestos de cesión de carteras de crédito a un fondo de inversión.

Pero no es la única novedad de la sentencia, ya que, incluso, para mayor sorpresa, interpreta que tampoco se puede ejercitar el derecho de retracto cuando exista un procedimiento entre prestamista y prestatario discutiendo la validez de una cláusula suelo, resolviendo en el fundamento de derecho quinto que:

“A la luz de las anteriores consideraciones debemos ratificar el concepto de crédito litigioso que ha venido ofreciendo reiteradamente la jurisprudencia de esta sala desde la clásica sentencia de 14 de febrero de 1.903, pasando por las más recientes sentencias 690/1969, de 16 de diciembre, 976/2008, de 31 de octubre, 165/2015, de 1 de abril, hasta llegar a la sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, considerar como tal “crédito litigioso” aquél que “habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible [...]. O dicho en otros términos: son créditos litigiosos “aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1.903 y 8 de abril de 1.904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC)” - cfr. 976/2008, de 31 de octubre -.

Por tanto, aplicando la interpretación asumida por dicha doctrina jurisprudencial, la posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el art. 1.535 CC afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (vid. sentencia 463/2019, de 11 de septiembre).

No es lo que sucede en el presente caso en que lo debatido en el litigio proyectado sobre el crédito cedido se refiere a una cláusula de limitación de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado (cláusula suelo), cuya eventual nulidad no afecta a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de las obligaciones derivadas del préstamo (devolución de capital conforme al régimen de amortización pactado y pago de los intereses remuneratorios calculados sin la citada limitación).

A ello se une, como factor no determinante pero sí coadyuvante, el hecho de que el promotor de la acción judicial fue el deudor cedido frente a la entidad cedente, acción cuyo objeto es la restitución de las cantidades cobradas indebidamente por la entidad cedente (Bankia) en aplicación de la cláusula suelo debatida, así como la declaración de nulidad de la misma estipulación, sin que, por otra parte, conste la subrogación procesal pasiva en dicho pleito del fondo cesionario (Burlington Loan Management Ltd). Situación que, como antes se dijo, no se corresponde con la tipología general del supuesto de hecho subsumido en el ámbito del art. 1.535 CC”.

Personalmente no solo no comparto la fundamentación jurídica de la sentencia, sino que tampoco la “entiendo”.

Sigo opinando, como ya apunté en mi artículo “Breves comentarios a la cesión de créditos y la cláusula *rebus sic stantibus*”, publicado en la Revista de Derecho vLex, número 159 de agosto de 2017, que la mejor opción para ejercitar el derecho de recompra es acudir a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, con la nueva doctrina jurisprudencial del TS, abierta y moderna a los tiempos actuales, que se inicia con las sentencias de 30 de junio de 2014,¹²², 15 de octubre de 2014,¹²³ y 24 de junio de 2015,¹²⁴ cuando el Sr. Xiol presidía la Sala 1^a del TS, siendo ponente de esa nueva corriente jurisprudencial el Magistrado Sr. Javier Orduña.

Barcelona, veinticuatro de marzo de dos mil veinte.

¹²² Roj: STS 2823/2014

¹²³ Roj: STS 5090/2014

¹²⁴ Roj: STS 1698/2015

VADEMECUM PROCESAL SOBRE CLAÚSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES

