

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA VULNERA PRINCIPIOS BASICOS DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL

THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION VULNERA BASIC PRINCIPLES OF PROCEDURAL LAW SPANISH

Federico Adan DOMENECH*

RESUMEN: La STJUE de 26 de enero de 2017 no constituye solo un ejemplo del efecto correctivo del TS, sino que se erige como una resolución de una especial magnitud procesal, pues además de contradecir, una vez más, al TS en relación a la aplicación de las consecuencias derivadas de la nulidad de una cláusula abusiva, también pone en duda principios básicos de nuestro sistema procesal, como pueden ser la improrrogabilidad de los plazos procesales, la vigencia de los principios informadores del proceso civil y la delimitación de las consecuencias derivadas de la cosa juzgada.

Palabras clave: Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; derecho procesal español; Principios básicos de derecho procesal; abusividad de la cláusula; Procesos ejecutivos.

ABSTRACT: The STJUE of January 26, 2017 is not only an example of the corrective effect of the TS, but it stands as a resolution of a special procedural magnitude, because in addition to contradicting, once again, the TS in relation to the application of the consequences arising from the nullity of an abusive clause, also calls into question basic principles of our procedural system, such as the non-extensibility of procedural deadlines, the validity of the reporting principles of the civil process and the delimitation of the consequences arising from *res judicata*.

KEYWORDS: Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union; Spanish procedural law; Basic principles of procedural law; abuse of the clause; Executive processes.

* Profesor Agregado de Derecho Procesal, Acreditado como Catedrático URV. Contacto: <federic.adan@urv.cat>. Fecha de recepción: 28 de junio de 2017. Fecha de aprobación: 4 de agosto de 2017.

Revista de la Facultad de Derecho de México
Tomo LXVII, Número 269, Septiembre-Diciembre 2017

I. EUROPA POR ENCIMA DE TODO

La historia de la relación jurídica entre el TJUE y el TS es la crónica de un desamor, marcada por desencuentros en materia de consumidores. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no se ha caracterizado por una interpretación de las normas relativas a la contratación bancaria especialmente protectora de los consumidores y usuarios. Pero si esta era, inicialmente, una postura casi irreductible, la realidad social y económica ligada a una “revolución jurídica” de los consumidores y usuarios, ha tenido como una de sus principales consecuencias, la modificación de esa inicial débil protección de la parte más indefensa de la contratación bancaria.

Pero estas modificaciones no han sido “gratuitas” ni a iniciativa propia. El camino a seguir nos lo marca el TJUE, “sacando los colores”, en más de una ocasión, a nuestro Tribunal Supremo, y el pronunciamiento respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado no constituye una excepción a esta tendencia. El inicio de esta evolución jurisprudencial se produce, principalmente, tras la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, que conlleva la modificación del sistema hipotecario español y, de la regulación de las causas que motivaban la virtualidad del vencimiento anticipado. A partir de ese momento, la doctrina del TS va a “rebufo” de las líneas marcadas por Europa, circunstancia que comporta el hecho de que en más de una ocasión, el principal Tribunal de nuestro Poder Judicial se viese ante la vicisitud de modificar o matizar su postura inicial.

La STJUE de 26 de enero de 2017 no constituye solo un ejemplo del efecto correctivo del TS, sino que se erige como una resolución de una especial magnitud procesal, pues además de contradecir, una vez más, al TS en relación a la aplicación de las consecuencias derivadas de la nulidad de una cláusula abusiva, también pone en duda principios básicos de nuestro sistema procesal, como pueden ser la improrrogabilidad de los plazos proce-

sales, la vigencia de los principios informadores del proceso civil y la delimitación de las consecuencias derivadas de la cosa juzgada.

Tras un resumen de los antecedentes, con la única intención de que nos ayuden a entender de dónde venimos, a dónde hemos llegado, y quizás hacia dónde vamos, el comentario de la STJUE de 26 de enero de 2017, lo dividiremos en dos grandes bloques. En primer lugar, afrontaremos el análisis de las consecuencias de la calificación de abusiva de una concreta cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario, y, en segundo lugar, examinaremos lo que podríamos denominar la “crisis de nuestro sistema procesal”, por el “varapalo” jurídico que se concede a la interpretación de axiomas jurídicos unánimemente aceptados en nuestro ordenamiento procesal.

II. PONGAMONOS EN SITUACION

A) POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Respecto de la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha caracterizado por dos extremos. En primer lugar, por ser cambiante, al no sostener este Tribunal una postura uniforme en el tiempo, y, en segundo lugar, por una actuación “parheadora”, como consecuencia de que su doctrina jurisprudencial inicial, se modifica en función de las directrices dictadas por el TJUE. De un estudio temporal de las resoluciones del Tribunal Supremo, da la sensación, de que éste “achicaba” agua para mantener a flote una nave que iba a la deriva como eran las cláusulas de vencimiento anticipado, cuya eficacia y vinculación, respecto de las partes, ha ido perdiendo preceptividad, en base a las resoluciones del TJUE.

Así, el Tribunal Supremo en la resolución de 27 de marzo de 1999, sostuvo la nulidad de las cláusulas de vencimiento antici-

pado, manifestando que *la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes*. Sin embargo, esta línea jurisprudencial, resultó ser revertida por resoluciones posteriores. De este modo, el TS defiende, la validez de este tipo de cláusulas, afirmando que la regulación de esta modalidad de cláusulas se encuentra tipificada legalmente –STS de 7 de octubre de 2015–, siendo el resultado de la dejación del cumplimiento de obligaciones esenciales por parte del deudor, como es el pago de las cuotas de amortización –STS de 16 de diciembre de 2009–. La existencia de estos elementos acreditaba, para el Alto Tribunal, la concurrencia de una justa causa, para proceder a la resolución de la totalidad del contrato de préstamo hipotecario de manera anticipada.

Pero la punta del iceberg, respecto de la defensa del acreedor y de las cláusulas de vencimiento anticipado, se produce con la emisión de las SSTS de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, en las cuales se reconoce la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que éstas no respeten las normas contenidas en la legislación procesal y sustantiva. No obstante, estas resoluciones, no resultan ser todo lo valientes que hubiésemos deseado, pues se limitan a tirar “la piedra y esconder la mano”, pues, si bien inicialmente resultaban atrevidas, declarando la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, seguidamente, relativizan ese atrevimiento, moderando las consecuencias de la nulidad, extremo que constituye una de las principales cuestiones examinadas por la STJUE de 26 de enero de 2017.

B) DOCTRINA INQUEBRANTABLE DEL TJUE FRENTE LA NULIDAD DE UNA CLAUSULA ABUSIVA

La especial protección jurídica que se concede a los derechos de los consumidores contenidos en la Directiva 93/13, por parte del TJUE, en el sentido de considerarlos normas imperativas y de orden público, subyace en las resoluciones de este Tribunal, cuando ha sido requerido a efectos de pronunciarse en relación a la nulidad de las cláusulas abusivas. Así, *habida cuenta de la naturaleza y*

la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales –STJUE de 21 de enero de 2015–, el órgano judicial, como interpretador máximo del ordenamiento jurídico, adquiere la condición de especial garante de los consumidores y usuarios, como a continuación comprobaremos. En primer lugar, debiendo eliminar cualquier restricción, tanto de conocimiento de la posible nulidad de una cláusula como de la facultad de alegar las dudas de abusividad por parte del presunto perjudicado. *La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que: sus artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional* –ATJUE, de 17 de marzo de 2016, Ibercaja Banco, S.A.U., y José Cortés González, asunto C- 613/2015–. En segundo lugar, resultando taxativo y contundente ante una cláusula abusiva, *pues los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13, EU:2015:21, apartados 28 y 41)* -ATJUE, de 17 de marzo de 2016, Ibercaja Banco, S.A.U., y José Cortés González, asunto C- 613/2015.

En tercer lugar, sin permitir, en caso alguno, la restitución de los efectos perniciosos para los consumidores y usuarios, que conllevaría la desaparición del “castigo” penalizador de la utilización de este tipo de cláusulas en la contratación bancaria. *Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida*

en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y KáslernéRábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 32) -ATJUE de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y Fernando QuintanoUjeta, María-Isabel Sánchez García, asunto C- 602/2013-.

C) INTERPOSICION DE CUESTIONES PREJUDICIALES

La discrepancia tanto en relación a los principios inspiradores como en la aplicación de las consecuencias de haber declarado a una cláusula abusiva, existente entre el TJUE y el TS, que irremediablemente se traduce en confusión para los operadores jurídicos: jueces, magistrados, abogados(...), en detrimento de la seguridad jurídica del ciudadano, es la consecuencia de la presentación ante el TJUE de diferentes cuestiones prejudiciales, como la elevada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, a través del Auto de 8 de marzo de 2016. Los motivos que conforman la cuestión prejudicial se resumen en los siguientes aspectos:

A.- Alcance de las obligaciones del Juez nacional, caso de apreciar como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado: En base a este motivo, se formulan dos cuestiones, la primera de ellas, dirigida a definir cuál debe ser la actuación del órgano judicial tras decretar como abusivo el pacto sobre el vencimiento anticipado y las consecuencias del mismo, y la segunda, encaminada a esclarecer la interpretación de la Directiva 93/13, a efectos de que su aplicación resulte homogénea.

B.- Sobre los criterios que hacen abusivo el pacto de vencimiento anticipado y los intereses de demora: Pretende el Juzgado de Primera instancia Nº 2 de Santander, a través de este extremo, que el TJUE ordene los criterios que

permiten declarar la abusividad de una cláusula, precisando si los diferentes elementos que así la definirían son acumulativos o no.

C.- Sobre la compatibilidad de la norma española con la Directiva 13/93 y la Carta de Derechos fundamentales, al restar derechos al consumidor en varios de los procedimientos que el profesional puede escoger. En este sentido, se formulan los siguientes interrogantes: En primer lugar, si las especialidades procedimentales de las que dispone el acreedor, pueden condicionar la calificación de abusiva o no de una cláusula, y, en segundo lugar, si una norma correctora procesal puede dejar sin efectos la declaración de abusiva de la cláusula de vencimiento anticipando, permitiendo proseguir el proceso.

III. INCIDENCIA DE LA STJUE DE 26 DE ENERO DE 2017

A) REDEFINICION DE LOS PRESUPUESTOS PARA CALIFICAR ABUSIVA UNA CLAUSULA

Es un hecho constatable, que el derecho, a diferencia de otras disciplinas no es una ciencia exacta. Los resultados no deben ser unívocos, las interpretaciones pueden ser múltiples y la aplicación dispar, esta es la riqueza del derecho, pero también su peligrosidad, pues la heterogeneidad puede resultar contraria a un principio básico como es la seguridad jurídica

Esta multiplicidad es la que ha caracterizado la problemática relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado. Los parámetros vigentes, para calificar como abusiva una de estas cláusulas, han resultado ser cambiantes, y en periodos de tiempo breves, creando cierta indefinición, y este es uno de los motivos de la presentación de la cuestión prejudicial por el Juzgado de I^a Instancia nº 2 de Santander.

La STJUE de 26 de enero de 2017, en primer lugar, omite dar respuesta concreta a si en el proceso judicial que da origen a la formulación de la cuestión prejudicial, realmente existe una abusividad o no en la cláusula de vencimiento anticipado consignada en el contrato, manifestando el Tribunal de Justicia que *no dispone de los elementos de hecho necesarios para realizar una apreciación específica*, pero, en segundo lugar, y lejos de obviar emitir un pronunciamiento, enumera, una vez más, cuáles son los criterios genéricos, que trasladados tanto a la formulación del contrato como a su vida posterior, deben permitir al órgano judicial determinar si esa concreta cláusula es o no abusiva.

En este punto, la STJUE de 26 de enero de 2017 no es novedosa, sino reiterativa de una doctrina jurisprudencial ya consolidada a nivel europeo. En este ámbito, advierte esta resolución, que la función del Alto Tribunal europeo no es la de declarar abusiva una cláusula, sino la de conceder al Juez nacional los criterios para que tal decisión sea propia. El TJUE evita inmiscuirse en la aplicación del derecho nacional, por lo que *ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula de que se trate (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU:C:2013: 164, apartado 66 y jurisprudencia citada)*.

Aclarada de antemano la disquisición relativa a la actuación de cada organismo judicial, el TJUE no rehúsa su compromiso de dotar al Juez nacional de los indicadores que deben constituir pauta para la calificación de las cláusulas, tarea que efectúa de dos formas, inicialmente, enunciándolas de manera genérica, para, posteriormente, concretarlas a los supuestos específicos de las cláusulas de intereses ordinarios y de vencimiento anticipado.

Los parámetros generales se enuncian tras desgranar los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13. El artículo 4 de la Directiva define qué debe ser objeto de análisis para calificar como abusiva o no una cláusula, mientras que la regla tercera de la Directiva determina cuándo se produce realmente el abuso. De esta forma, el artículo 4 de este texto normativo, exige al Juez nacional examinar

la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración.

Efectuado este análisis, el órgano judicial debe comprobar de la concurrencia de dos indicadores, en primer lugar, que exista un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor, por colocarle en una situación de inferioridad, y en segundo lugar, que ese desequilibrio se realice contraviniendo las exigencias de la buena fe, *dolus* que tendrá lugar cuando el Juez nacional testimonie que el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste no aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Individualizados los criterios que debe tener en consideración el Juez nacional, a efectos de considerar abusiva una cláusula o no, se efectúa la trasposición de los mismos a los objetos de la cuestión prejudicial. Respecto de la cláusula de intereses ordinarios, el Juez nacional deberá examinar si los intereses ordinarios exigidos en el contrato resultan equitativos, conforme *con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes*, y si el modo de cálculo acordado es concordante *con los modos de cálculo generalmente aplicados*.

En relación a la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2017, advierte que el vencimiento anticipado de la totalidad del contrato solo resultará no abusivo cuando se considere *suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*. Esta interpretación no es otra cosa que la consolidación de la doctrina contenida en la STJUE de 14 de marzo de 2013, que debería constituir referente de los legisladores patrios, por la revolución que supuso en la regulación jurídica de

la legislación correspondiente a la contratación bancaria tanto a nivel sustantivo como procesal.

Esta doctrina del TJUE, modificó los parámetros de validez que hasta el momento nuestros órganos judiciales efectuaban de la cláusula de vencimiento anticipado. Una vez más, una reforma legislativa, propiciada por las recomendaciones del Alto Tribunal Europeo condicionaban los criterios de corrección de una cláusula consignada en un contrato de préstamo bancario. Sirva como ejemplo, de este cambio interpretativo, tres sentencias que gradualmente y, en función de la doctrina del TJUE, refuerzan la exigencia de los requisitos en cuanto a la validez del efectivo ejercicio del vencimiento anticipado.

En base a la literalidad original de la LEC, y con anterioridad a la emisión de la STJUE de 14 de marzo de 2013, se defendía la viabilidad del vencimiento anticipado ante el pago de una única cuota de amortización. Así, la SAP Barcelona, Sección 13ª, de 10 de octubre de 2012, sostenía que *en la actualidad, la cláusula de vencimiento anticipado se encuentra expresamente admitida en el artículo 693.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con los préstamos hipotecarios, ya que permite la reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes, zanjando la nueva norma la discusión doctrinal que se venía produciendo acerca de la exigibilidad de los plazos sucesivos aún no vencidos* (, N° de Recurso: 880/2011).

Posteriormente, y tras el “endurecimiento”, a nuestro entender, no suficiente de las exigencias para la efectividad del ejercicio de las cláusulas de vencimiento anticipado, aumentado el número de cuotas impagadas exigidas, por la crítica de la STJUE de 14 d mayo de 2013, al sistema hipotecario español “dulce” respecto del acreedor, la virtualidad de las cláusulas de vencimiento anticipado se condicionaba al incumplimiento de tres cuotas o cantidad equivalente impagada. Fiel reflejo de estas nuevas exigencias, es la SAP Barcelona, Sección 16ª, de 13 de junio de 2013, en la que

se declara que *la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, que entró en vigor el pasado 15 de mayo, consiente la declaración de vencimiento anticipado de deudas a plazo con garantía hipotecaria siempre que al menos concurre la falta de pago de tres plazos mensuales (nueva redacción del artículo 693.2 LEC).*

Finalmente, los órganos judiciales patrios no se limitan a la fácil tarea de comprobar el incumplimiento numérico regulado en el artículo 693 LEC, sino que haciendo propia la doctrina del TJUE, examinan la globalidad del contrato, afirmando que *el precepto (693 LEC) se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, por debajo del cual se impide ex lege el vencimiento anticipado, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respecta la exigencia jurisprudencial de que el cumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo –AAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 30 de octubre de 2015–.*

B) STOP: IMPOSIBLE INTEGRACION PROCESAL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

La cuestión que analizamos en este punto del trabajo, constituye, a nuestro entender, una de las de mayor trascendencia derivada de la STJUE dictada el 26 de enero de 2017, pues si concluyésemos afirmando que existe una mala praxis tanto de los órganos judiciales patrios como del Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación de las consecuencias inherentes a la calificación de una cláusula como abusiva, esta mala praxis no sólo podría derivarse en una reclamación patrimonial al Estado por error judicial, sino en unas consecuencias más gravosas de naturaleza procesal, como podría ser plantear la nulidad de los procesos en que se causó un perjuicio al consumidor, como consecuencia de la incorrecta apli-

cación de los efectos de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Partiendo de esta damnificación del consumidor, deviene preciso analizar dos actuaciones efectuadas por los órganos judiciales nacionales. La primera de ellas, imputada a Juzgados de 1ª Instancia o Audiencias Provinciales, y, la segunda, y de mayor gravedad, atribuible al Tribunal Supremo, pero resultando a ambas hipótesis de aplicación homogénea la doctrina contenida en la STJUE de 26 de enero de 2017.

En cuanto a la primera de las cuestiones, es preciso remarcar que tras la modificación del artículo 693 LEC, en la práctica forense podían encontrarse los órganos judiciales ante tres tipos de ejecuciones hipotecarias. En primer lugar, ante la presentación de demandas de ejecución hipotecaria fundamentadas en contratos con alguna cláusula nula, por preverse el vencimiento anticipado ante el impago de una sola cuota, y sin actitud subsanadora alguna por parte del acreedor hipotecario. Esta hipótesis resultaba de fácil solución, procediéndose a decretar la nulidad de la cláusula y sin que produzca en el proceso judicial los efectos pretendidos por el acreedor –SAP de Alicante, Sección 9ª, de 30 de mayo de 2014–. La segunda de las hipótesis, ante las que se enfrenta el órgano judicial, se concreta en la existencia de la redacción de las cláusulas conforme a la legislación derogada, pero resultando consciente el acreedor de esta “imperfección”, acomoda la reclamación contenida en la demanda hipotecaria a la legislación vigente, acudiendo a la ejecución hipotecaria tras el transcurso de más de tres cuotas impagadas, como es el caso planteado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Santander. Comportamiento subsanador que algunos órganos judiciales consideran correcto, evitando denegar la ejecución hipotecaria solicitada, y permitiendo, en consecuencia, resolver el contrato anticipadamente –SAP de Zamora, Sección 1ª, de 4 de junio de 2014–. Finalmente, también existen demandas de ejecución hipotecaria formalmente correctas conforme a la legislación vigente, sin que planteen especial problemática.

De las tres hipótesis planteadas, la segunda, esto es, la que permite la tramitación de la ejecución hipotecaria por la función subsanadora “imaginativa” de la parte acreedora, es la que resulta ser contraria a la doctrina del TJUE, contraviniendo los derechos de los consumidores y la buena fe procesal.

Respecto de la segunda de las cuestiones, esto es, la atribuible al TS, fruto de las sentencias de 25 de diciembre de 2015 y de 16 de febrero de 2016, al producir, respecto del consumidor, los mismos efectos perniciosos que las ejecuciones hipotecarias derivadas de las cláusulas abusivas, consideramos de especial importancia analizarlas.

El TS en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 hace caso omiso de las directrices del Alto Tribunal comunitario, pues si bien realiza un correcto análisis de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por considerar que su incumplimiento no era proporcional a la duración del contrato ni de tal gravedad respecto del mismo, con posterioridad efectúa erróneamente una moderación procesal de la cláusula, reintegrándola en el ámbito de la tutela judicial en contra de los intereses de los consumidores, y permitiendo seguir adelante la ejecución hipotecaria, sin proceder a su sobreseimiento, argumentando una, a nuestro entender, “falsa” protección de los consumidores. El Tribunal Supremo, en ambas resoluciones, considera que la abusividad de la cláusula no debe desplegar su efectos de forma absoluta, sino que el Juez puede asumir una función tuteladora de la cláusula, valorando si resulta más gravoso para las partes la adopción de las medidas derivadas de la nulidad, o si, por el contrario, es preciso efectuar una interpretación conjunta de los diferentes textos normativos reguladores de esta materia, motivando la atenuación de estas consecuencias, e incluso defendiendo la inaplicación de los efectos derivados de su declaración de abusiva, en base a un supuesto equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

La declaración de abusiva de una cláusula supondría el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria o la imposibilidad de su

ejercicio, pero el Juez nacional puede, según el TS, sustituir una cláusula abusiva por una disposición de derecho nacional, a efectos de que no se cierre el acceso al proceso de ejecución, argumentando ventajas tanto para el acreedor como “increíblemente” para el deudor:

Respecto del acreedor, el TS considera que no subsanar las deficiencias de las cláusulas de vencimiento anticipado, constituiría un perjuicio excesivo para el prestamista, cuando la duración media de los plazos pactados se acerca a los 26 años, condenándolo a acudir a un proceso largo y farragoso como es el declarativo.

Respecto del deudor, el TS efectúa malabarismos jurídicos para defender que no constituye un perjuicio para el deudor la no aplicación taxativa de los efectos de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, permitiendo que las entidades prestamistas accedan a la ejecución hipotecaria, argumentación que se sustenta en los siguientes motivos:

a.- Pérdida de la posibilidad de liberar el bien: La imposibilidad de acudir a la ejecución hipotecaria por la no subsanación de la cláusula de vencimiento anticipado, abocaría a la incoación de un proceso declarativo, en el cual no se prevé la posibilidad del deudor de proceder a la liberación del bien hipotecado.

b.- Pérdida de la posibilidad de reducir la deuda, establecida en el precepto 579 LEC: Para los supuestos en que el remate resultase insuficiente para lograr la satisfacción completa del acreedor, el deudor puede resultar liberado pagando un porcentaje de la deuda total, cantidad que resultará diferente en función del año en que se efectúe el mismo, el 65% dentro del plazo de cinco años, o el 80% dentro de los diez años. Asimismo, conforme a este precepto, el deudor puede beneficiarse de la venta del bien. De este modo, si el ejecutante o aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la

deuda remanente que corresponda pagar por el ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50% de la plusvalía obtenida en tal venta.

c.- Pérdida de la garantía de tasación mínima exigida legalmente: Con la finalidad de no devaluar en exceso la cantidad a obtener tras la realización de la subasta, el artículo 682-2-1ª LEC exige que el valor de tasación del bien, a efectos de la subasta, no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

d.- Inexistente mayor amplitud de los motivos de oposición en la vía declarativa ante una cláusula abusiva: El TS considera, que tras la introducción en los motivos de oposición regulados en la ejecución hipotecaria, de la facultad de impugnar una cláusula contractual por abusiva, la amplitud de posibilidades de defensa otorgadas al deudor en un proceso de ejecución hipotecaria o en uno declarativo no presentan diferencias relevantes.

De forma totalmente contraria, en relación a las consecuencias de la declaración de abusiva de una cláusula, la doctrina del TJUE es clara y contundente, pudiéndose resumir en dos aspectos. Primero, la cláusula abusiva no puede vincular ni afectar al consumidor –ATJUE de 17 de marzo de 2016–, y, segundo, la cláusula abusiva no debe ser reintegrada, ni moderada por el Juez nacional –ATJUE de 11 de junio de 2015–, pues de lo contrario, se *contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales (...) ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas* –STJUE de 30 de abril de 2014–.

La moderación de las consecuencias derivadas de la declaración de abusiva de una cláusula, en el sentido de prescindir de la prohibición de incoar o proseguir un proceso de ejecución hipotecaria derivado de la cláusula declarada abusiva, supone un efecto pernicioso para el consumidor, pues lejos de aligerar su

complicada situación, la acentúa, posicionamiento defendido por la STJUE de 14 de marzo de 2013, al considerar que: *tal como ha puesto de relieve asimismo el juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 55) -STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), asunto C415/11-.*

C) SALVEMOS AL CONSUMIDOR PERJUDICADO

De la correlación de la actuación del TS con la doctrina del TJUE resulta patente que su interpretación y aplicación del derecho es contraria a la doctrina del Alto Tribunal europeo y a la normativa protectora de los consumidores, pues, como sostiene la STJUE de 26 de enero de 2017, no se exime *al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula*, se haya ejercitado la acción por el acreedor, tal cual resulta consignada en el contrato de préstamo hipotecario o se haya pretendido subsanarla con una actuación correctora.

Como consecuencia del perjuicio que se causa al consumidor o al usuario, la actuación del TS debe ser objeto de resarcimiento respeto del perjudicado, pues a este se le causa un daño en nada despreciable, pues se le priva de su vivienda o de una finca, como consecuencia de una interpretación contraria al ordenamiento jurídico comunitario. Es por ello, que el deudor, a nuestro entender,

dispone de diferentes mecanismos procesales para fundamentar su indemnización.

Instrumentos procesales de naturaleza pública

La calificación de públicos es consecuencia de que el sujeto pasivo de estos instrumentos procesales, será el propio Estado o la impugnación de un proceso judicial.

Nulidad de actuaciones

Tanto el artículo 238 LOPJ como la regla 225 LEC regulan como uno de los supuestos que permiten plantear la nulidad de actuaciones, el hecho de que se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

Es evidente que en todos aquellos procesos judiciales en que los órganos judiciales han convalidado las cláusulas abusivas con la actuación del acreedor, las normas procesales se vulneran. Es un hecho aceptado por la jurisprudencia, que la cláusula de vencimiento anticipado no constituye *per se* una cláusula abusiva, –STS de 12 de diciembre de 2008–, pues la misma se englobaría dentro de la autonomía de la voluntad contractual de las partes, pero, no es menos cierto, que la Ley procesal, para que esta cláusula de vencimiento anticipado despliegue sus efectos en el proceso y se permita su utilización, lo condiciona al cumplimiento de unos determinados requisitos formales, como es, inicialmente, el impago de tres cuotas de amortización o cantidad equivalente, conjuntamente con la acreditación de que ese incumplimiento concreto, se considere grave respecto del núcleo del contrato.

De esta forma, el hecho de que un órgano judicial permita subsanar una cláusula abusiva, que no cumpla los requisitos anteriormente enunciados, en base a una actuación correctora del acreedor en beneficio propio, es evidente que constituye una vulneración de las normas esenciales del procedimiento, por no respetarse las mismas, en el caso de la ejecución hipotecaria, las previsiones contenidas en el artículo 693.2 LEC. Pero de mayor gravedad, nos parece que el TS, asumiendo la nulidad de una cláusula abusiva, en contra de aplicar sus consecuencias, tal y como exige el TJUE –Auto de 11 de junio de 2015–, permita seguir ade-

lante con la ejecución, en vez de proceder a su sobreseimiento, alegando un supuesto beneficio para el deudor. Las presunciones *iuris tantum* deben demostrarse, y es evidente que en un proceso rápido, que tiende a la agilización de la venta de la vivienda o la finca, caracterizado, asimismo, por una limitación de los motivos de oposición, no predomina el interés en beneficio del consumidor o usuario, más bien todo lo contrario.

En consecuencia, a nuestro entender, tanto la actividad subsanadora de las cláusulas de vencimiento anticipado declaradas abusiva, como la no suspensión de la ejecución, constituyen una vulneración de las normas esenciales del proceso, causando indefensión al consumidor, y por *ende*, legitimándolo para incoar el incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Los detractores de esta posibilidad, podrían manifestar que no se puede alegar la nulidad de actuaciones, por resultar la misma extemporánea, por haber transcurrido el plazo de 20 días regulado en el precepto 228 de la Ley procesal para incoarla. Sin embargo, a nuestro entender, existen argumentos suficientes para no aceptar la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, por el carácter imperativo que se concede a nivel europeo a las normas que regulan los derechos de los consumidores, normas que para el TJUE ostentan carácter de orden público –21 de diciembre de 2016–, y, por tanto, prevalecen sobre las formalidades procesales, a efectos de no causar indefensión a los consumidores y usuarios. Esta postura aparece reflejada, aunque no sea argumento para evitar la moderación la cláusula abusiva, de manera indirecta en la STS 23 de diciembre de 2015, en la que se afirma que *la jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez –aun sin alegación de las partes– realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se*

suscite (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 –VB PénzügyiLízing– apartado 56; de 14 de junio 2012 –Banco Español de Crédito S.A.– apartado 44; de 21 de febrero de 2013 -Banif Plus Bank Zrt- apartado 24; y de 14 marzo 2013 - RubenRoman - apartado 4).

En segundo lugar, en base a la literalidad del artículo 228 LEC, que establece que el plazo de 20 días para interponer el incidente de la nulidad de actuaciones, comenzará a correr o bien desde que se notificó la resolución o bien desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión. En el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado, entendemos que el hecho que deja patente la vulneración de las normas del procedimiento y la indefensión del perjudicado, es la doctrina del TJUE, la cual invalida las tesis sostenidas por el Tribunal Supremo de no sobreeser la ejecución, y, por *ende*, de permitir una moderación tácita de los efectos derivados de las cláusulas abusivas. En base a ello, a nuestro entender, resulta perfectamente defendible, que es a partir de la publicación de la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, cuando se tiene conocimiento de que la aplicación del derecho por el máximo Tribunal nacional, en materia de cláusulas de vencimiento anticipado, no se ajusta a la normativa comunitaria, originando perjuicios al consumidor, vulnerando las normas esenciales del procedimiento, y, en definitiva, causando indefensión al consumidor o usuario.

En tercer lugar, debe resultar admisible la flexibilización de los plazos procesales en materia de nulidad de actuaciones, por la excepcionalidad y gravedad de los perjuicios causados al consumidor. El propio TJUE, en la sentencia de 26 de enero de 2017, considera que algunos plazos procesales no deben eximir de la posibilidad de los consumidores de ejercitar y proteger sus derechos. El ejemplo más claro se testimonia en esta propia resolución, al considerar que el plazo de un mes regulado por la disposición transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, que se concedió para formular oposición en base a una cláusula abusiva en la interinidad de la ejecución hipotecaria en curso, *no permite garantizar que tales consumidores puedan aprovechar plenamente ese plazo*

y, en consecuencia, ejercitar efectivamente sus derechos (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2015, BBVA, C8/14, EU:C:2015:731, apartado 39), extremo que también sucedería respecto del plazo de 20 días regulado en el artículo 228 LEC. Partiendo de esta premisa, la regulación nacional no puede constituirse en obstáculo a la protección del consumidor, por lo que, en base a los artículos 6.1 y 7.1, y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad[,] al consumidor le está permitido denunciar la presencia de cláusulas abusivas más allá del tiempo previsto en la norma nacional para realizar esa denuncia –STJUE de 26 de enero de 2017–.

En cuarto lugar, por prescindir el Juzgador de la normativa legal, cuya actuación también constituye un elemento esencial del proceso. Así, podría sostenerse que el órgano judicial ha actuado de manera contraria a las directrices contenidas en el artículo 117 CE, el cual declara que los Jueces y Magistrados administrarán justicia conforme al imperio de la Ley. El derecho comunitario es prioritario sobre el derecho nacional, y, de forma reiterada, el TJUE ha defendido la imposibilidad de moderar las consecuencias de una cláusula considerada abusiva, extremos que deberían erigirse como elementos definidores de la actuación de los Juzgados y Tribunales, circunstancia que no ha acontecido, vulnerando el principio de sometimiento al imperio de la Ley, más y cuando, el acervo comunitario forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, pues como considera la SAP A Coruña, Sección 3ª, de 20 de mayo de 2016, *se quiere dejar constancia del sometimiento del Juez al imperio de la ley (artículo 117.1 Constitución Española) o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico (artículo 9.1 Constitución Española).*

Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial

Independientemente de que se acepte o no la incoación del expediente de nulidad de actuaciones, constituye un hecho constatable que al consumidor, contra el que se ha tramitado un proceso con el objeto concreto de la venta de su bien hipotecado, se le ha causado un evidente perjuicio, como consecuencia de la aplicación indebida de una cláusula de vencimiento anticipado.

Perjuicio que, asimismo, es de especial importancia como es la pérdida de una vivienda o finca. Es por ello, que consideramos que la actuación de los órganos judiciales que reintegran las cláusulas nulas, son motivo suficiente para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado.

El Ministerio de Justicia legitima a una persona a solicitar la responsabilidad patrimonial del Estado cuando se le cause un perjuicio por actuaciones de la Administración de Justicia, perjuicio que el afectado no tiene el deber jurídico de soportar, enunciándose, como uno de los supuestos indemnizables, el denominado error judicial, como consecuencia de la adopción de resoluciones judiciales no ajustadas a Derecho, ya sea por la incorrecta aplicación de la norma jurídica o por la valoración equivocada de los hechos u omisión de los elementos de prueba que resulten esenciales.

Cuando el Ministerio de Justicia se refiere a la incorrecta aplicación de la norma jurídica, debe entenderse, por la misma, cualquier regla que forme parte del ordenamiento jurídico al que resultan vinculados los órganos judiciales. De esta forma, si una de las consecuencias de la ratificación del Tratado de la Unión Europea por un Estado miembro, es la incorporación a su ordenamiento jurídico del denominado acervo comunitario, las normas jurídicas propias del ordenamiento comunitario deben ser englobadas en aquellas normas, cuya vulneración acarrearía un agravio económico para el Estado de concurrir en su aplicación error judicial –STJUE de 28 de julio de 2016–. No obstante, en el supuesto que nos ocupa, no solamente se vulnera un texto legislativo de la UE, sino también la jurisprudencia del TJUE.

De esta forma, la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito que estamos examinando, puede exigirse desde una doble dimensión. En primer lugar, por incumplimiento de los deberes inherentes a los órganos judiciales como integrantes de un poder público del Estado, y, en segundo lugar, por la individualización de este incumplimiento, al ser un concreto órgano judicial, el que

aplica incorrectamente el ordenamiento jurídico, causando un perjuicio al consumidor.

Como integrante del poder judicial, el órgano judicial que restituye la cláusula de vencimiento anticipado, incumple la obligación de erradicar la utilización de cláusulas abusivas, preceptividad exigida por el TJUE. Valga como ejemplo, su sentencia de 21 de enero de 2015, al afirmar: *Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 68, y Kásler y KáslernéRábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartado 78) –STJUE de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco, S.A., y José Hidalgo Rueda, María del Carmen Vega Martín, Gestión Patrimonial Hive, S.L., Francisco Antonio López Reina, Rosa María Hidalgo Vega, asunto C482/13-.*

Si bien este principio de responsabilidad patrimonial del Estado es pregonada por la violación del derecho de la Unión, cometida con independencia de cuál sea la autoridad pública responsable de esta violación (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C46/93 y C48/93, EU:C:1996:79, apartado 32; de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C224/01, EU:C:2003:513, apartado 31; de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C173/03, EU:C:2006:391, apartado 30, y de 25 de noviembre de 2010, *Fuß*, C429/09, EU:C:2010:717, apartado 46), la misma responsabilidad también es predicable, y se individualiza, cuando la ignorancia, en cuanto a la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, es atribuible a un órgano jurisdiccional, –STJUE de 30 de septiembre de 2003–.

La STJUE de 28 de julio de 2016 adquiere una especial relevancia a efectos de determinar si se produce una constatable violación del Derecho de la Unión, al enunciar los elementos que, de

concurrir, permiten calificar la actuación de un órgano judicial como contraria a la normativa legal. Así, esta resolución sostiene que *en todo caso, una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (véanse las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C224/01, EU:C:2003:513, apartado 56; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C446/04, EU:C:2006:774, apartado 214, y de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C429/09, EU:C:2010:717, apartado 52).*

Extremos que concurren en la materia analizada, pues es reiterada la jurisprudencia del TJUE, que no solo prohíbe la reintegración de una cláusula abusiva, evitando que la misma produzca efectos sobre el consumidor, sino que, a mayor abundamiento, se exige una actuación *pro* activa del Estado, para erradicar su utilización, parámetros todos ellos, que desoye el TS, contrariando la jurisprudencia comunitaria y las reglas contenidas en la Directiva 93/13, por lo que existen argumentos jurídicos de suficiente entidad, como para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado.

Instrumentos procesales de naturaleza privada

La adjetivación de privada, responde al hecho de que estas acciones se dirigen contra una entidad de esta naturaleza, en concreto, contra la entidad de crédito que ejerce la cláusula de vencimiento anticipado de manera incorrecta y fraudulenta.

Incoación de la acción indemnizatoria

La actuación de una entidad de crédito consistente en esperar el impago de siete mensualidades, incoando la cláusula de vencimiento anticipado, de forma diferente a como se encontraba redactada en el contrato de préstamo hipotecario, tal y como sucede en el proceso judicial del que deriva la presentación de la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de 1ª Instancia nº2 de Santander, para evitar su declaración de abusiva, no puede ser

calificada de una actuación involuntaria, sino más bien todo lo contrario, por ser premeditada y analizada.

En base a esta catalogación de la actuación de la entidad de crédito, podemos considerar que la misma se encontraría englobada en el *tipus* jurídico, regulado en el artículo 1101 CC, al manifestar que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad. La función de esta acción presenta un carácter restitutivo de un perjuicio económico, característica aplicable al consumidor o usuario perjudicado, que ha perdido la finca por un ejercicio abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado.

El objetivo de la acción indemnizatoria se encuentra regulado en el precepto 1106 CC, en el cual se detallan los dos conceptos que constituyen la efectiva restitución del perjudicado. En primer lugar, el perjuicio presente que se concreta en el daño emergente, entendiéndose el mismo como el valor del perjuicio que haya sufrido, en este caso, el consumidor, y, en segundo lugar, la pérdida futura, calificada como lucro cesante, consistente en la ganancia que haya dejado de obtener el perjudicado. En relación a las cláusulas de vencimiento anticipado, de los dos efectos restitutivos, el que concurre es el daño emergente, traducido en la pérdida de la finca hipotecada.

Asimismo, la concurrencia de los presupuestos exigibles para la incoación de la acción indemnizatoria se flexibilizarían respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado, al “suavizarse” las exigencias probatorias. Así, la STS de 12 de mayo de 2015, sostiene que la demostración de los daños *ha de quedar exceptuada (...)* cuando el daño resulta un efecto necesario o ineluctable de la infracción contractual. En tales supuestos, como recuerdan las Sentencias de 20 de diciembre de 1.979, 30 de marzo de 1.984, 3 de junio de 1.993, 25 de febrero de 2.000, entre otras, no se hace preciso que las partes desplieguen su actividad para convencer al Tribunal de que el daño se produjo, ya que esa convicción se alcanzará mediante una simple operación discursiva. Argumentación trasladable a los supuestos de integración de las cláusulas de vencimiento anticipado,

pues la pérdida de la finca es consecuencia directa de la infracción contractual, infracción que se concreta en el no ejercicio de esta cláusula, tal y como está redacta en el contrato de préstamo hipotecario, sino mediante una actuación subsanadora, para evitar su declaración como abusiva.

Para la posible incoación de la acción indemnizatoria, se le debe conceder a la exigencia de incumplimiento contractual un sentido laxo. Una interpretación rígida de los artículos 1101 y ss CC, nos llevaría a afirmar que estas normas se refieren al incumplimiento *strictu sensu* de una de las obligaciones contractuales. En el caso que analizamos, el incumplimiento contractual no se concretaría en la inaplicación de una cláusula del contrato, sino en una quiebra de los principios inherentes a los contratos como son los principios de buena fe contractual –artículo 1258 CC–, y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –precepto 7.2 CC-. En este sentido, existen resoluciones de nuestros órganos judiciales que permitirían realizar una interpretación extensiva de estos preceptos, e incluir en los supuestos que justifican la función indemnizatoria, incumplimientos contractuales en sentido amplio, esto es, incluyendo no solo incumplimientos de hecho sino también de derecho, entendiéndose por los mismos comportamientos antijurídicos, que, en nuestro caso, se concretarían en la lesión de la buena fe y el ejercicio abusivo de los derechos en perjuicio del consumidor, al realizarse por la entidad crediticia, una actuación correctora. Así, la SAP Guipúzcoa, Sección 3ª, de 16 de septiembre de 2016, sostiene que *sabido es que para que pueda prosperar la acción de reclamación de daños y perjuicios, ya se califique la acción ejercitada en la demanda como contractual ó extracontractual (si en la fundamentación jurídica de la demanda se invocan el art. 1101 CC (...)) se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: la existencia de un daño, la culpa ó el incumplimiento de deberes contractuales (en el primer caso) ó jurídico-legales (en el segundo) y la relación de causalidad entre ambos.*

Enriquecimiento injusto

No existe en nuestro ordenamiento jurídico, una norma expresa que regule la figura del enriquecimiento injusto, cuya institución ha resultado ser de construcción jurisprudencial. Es por ello, que es preciso efectuar un análisis hermenéutico de los rasgos fundamentales de esta institución legal reconocida por la jurisprudencia del TS, para comprobar si resultan de aplicación a aquellos supuestos en los que una entidad financiera ha obtenido un beneficio económico o patrimonial, bien por la recepción de una cantidad de dinero, procedente de la subasta de un bien hipotecado, bien por adjudicación de la finca, pero en ambos supuestos, como consecuencia del ejercicio indebido de una concreta cláusula del contrato, en el caso que nos ocupa la relativa al vencimiento anticipado. De ser así, el consumidor perjudicado podría entablar un proceso judicial contra la entidad bancaria o financiera para la reclamación de aquel beneficio económico, obtenido por la aplicación indebida del derecho, que se ha traducido en un enriquecimiento injusto.

Los elementos definidores de la figura del enriquecimiento injusto se encuentran enunciados en la STS de 12 de diciembre de 2012, concretándolos en los siguientes: *a) Un aumento en el patrimonio o una disminución del mismo con relación al demandado; b) Un empobrecimiento del actor representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; y c) Inexistencia de una causa justa, entendiéndose por tal, aquella situación jurídica que autorice al beneficiario de un bien a recibirle, sea porque existe una expresa disposición legal en este sentido, o sea porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz.* A continuación, procederemos a desgranar los mismos, para comprobar la posible traslación de esta doctrina jurisprudencial a las cláusulas de vencimiento anticipado.

a) Un aumento en el patrimonio o una disminución del mismo con relación al demandado; b) Un empobrecimiento del actor representado por un daño positivo o por un lucro frustrado. Estos requisitos mantienen una íntima conexión entre ellos, pues la causa del primero es el hecho generador del efecto del segundo, y la producción del segundo es consecuencia de la realización del pri-

mero. Debido a este inseparable binomio, la restitución del enriquecimiento injusto es fruto de *un doble límite: llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra* –STS 30 de diciembre de 1996–.

La reintegración de la cláusula de vencimiento anticipado tiene el efecto pernicioso del enriquecimiento injusto de la entidad de crédito, pues la entidad bancaria obtiene un beneficio económico, la adquisición de la finca o la entrega del rédito económico derivado de la subasta, en detrimento del consumidor y usuario, como consecuencia de la permisibilidad de la actuación de una actuación subsanadora.

c) Inexistencia de una causa justa, entendiéndose por tal, aquella situación jurídica que autorice al beneficiario de un bien a recibirlo, sea porque existe una expresa disposición legal en este sentido, o sea porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz. De esta forma, de no preverse en norma alguna ese enriquecimiento, o siendo incorrecta o abusiva la norma o bien resultando contraria a los principios rectores de la validez de los contratos, se produce lo que la STS de 16 de febrero de 2006, cataloga *de enriquecimiento sin causa*.

Hipótesis de la que se hace partícipe la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, pues de no convalidarse la cláusula de vencimiento anticipado, no se hubiese procedido a la realización del bien hipotecado, y, en consecuencia, la entidad de crédito no obtendría beneficio económico alguno. La invalidez de la cláusula conllevaba la desaparición de la causa contractual que generaba la expectativa de cobro, pues, conforme manifiesta la STS de 20 de noviembre de 2016, *los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico sentencia núm. 613/1984, de 31 de octubre*, aplicándose lo que establece el artículo 1303 CC, en el que se afirma que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

Si la doctrina del TS exige *para apreciar enriquecimiento injusto (...) ausencia de causa o justificación, desplazamiento patrimonial y consiguiente aumento del patrimonio de una parte y disminución en el de la contraria*, –STS 27 de octubre de 2005–, todos y cada uno de estos elementos concurren en el indebido ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado, por darse, en primer lugar, la ausencia de causa, pues al considerarse abusivas las cláusulas, su principal consecuencia es la falta de aplicación de sus efectos propios; en segundo lugar, el desplazamiento patrimonial y consiguiente aumento del patrimonio de una parte, extremo del que se hacen partícipes las entidades financieras al recibir el pago derivado de la realización del bien o la adjudicación del mismo, y; en tercer lugar, la disminución del patrimonio de la parte contraria, circunstancia que mantiene perfecta correlación con la situación en que queda el consumidor o usuario, que pierde el bien hipotecado.

IV. CRISIS DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL

A) ¿MATAMOS LOS PLAZOS?

La primera de las cuestiones que afronta el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2017, se concreta en determinar si las normas contenidas en la Directiva 13/93 pueden ver su efectividad coartada por la aplicación de una norma nacional. Para entender su conclusión, es preciso analizar las premisas que acepta como válidas el Alto Tribunal europeo, y que le sirven de fundamentación para su argumentación jurídica.

El TJUE considera que el consumidor se encuentra en una situación de desequilibrio e inferioridad ante el profesional, tanto en *lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información* (véase, en particular, la sentencia de 17 de julio de 2014,

Sánchez Morcillo y Abril García, C169/14, EU:C:2014:2099, apartado 22 y jurisprudencia citada).

Esta desigualdad es, para el TJUE, motivo justificativo para adoptar medidas de discriminación positiva en su favor, medidas que no deben verse limitadas por formalismos legales, tesis que pone entera de juicio la regulación de plazos en las leyes procesales nacionales. Esta afirmación se fundamenta en la doctrina jurisprudencial emitida por el TJUE que, en diferentes sentencias, ha calificado como de orden público la protección del consumidor, al manifestar que *el Tribunal de Justicia ha juzgado además que, dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores, el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público* STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11. Y es ese carácter de orden público, el que convierte en imperativo tanto el cumplimiento de las directrices jurisprudenciales del TJUE como las normas que conforman la Directiva 93/13, tal y como resulta patente del contenido de la resolución del STJUE de 21 de abril de 2016, - asunto C377/14-, al manifestar que *es obligación de los Estados miembros adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa, impuesta por el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, y por la propia directiva. 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.*

Partiendo del máximo nivel de protección que se concede a los derechos de los consumidores, el TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2017, defiende que *los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en*

vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley.

De efectuarse una interpretación rígida de la normativa nacional, que supusiese la preclusión de alegar el carácter abusivo de una cláusula transcurrido, en el caso planteado en la cuestión prejudicial, el plazo de un mes, se vulneraría el verdadero objetivo de la Directiva 13/93, que no es otro que garantizar un(...) *equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre las partes contratantes (véanse, en particular, las sentencias de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartados 53 y 55).*

La traslación genérica de esta tesis al ámbito procesal nacional no se encuentra exenta de problemas, pues recordemos que el artículo 134 LEC sostiene que los plazos regulados en la Ley procesal son improrrogables. La STJUE de 26 de enero de 2017 no es que prorrogue el plazo concedido para alegación de los motivos de oposición, sino que adquiere mayor trascendencia, pues toma la drástica decisión de eliminarlo, por considerarlo contrario a una normativa comunitaria de carácter imperativo. Conforme a esta doctrina jurisprudencial, se abre una vía nueva de reclamación en los procesos judiciales nacionales, para aquellos supuestos en que se considere que el ordenamiento jurídico procesal patrio *no garantiza el ejercicio efectivo del (...) derecho reconocido (sentencia de 29 de octubre de 2015, BBVA, C8/14)* a los consumidores, extremo que, a bien seguro, generará debate y el planteamiento de posibles cuestiones prejudiciales ante el Tribunal europeo, respecto de la prevalencia de la protección de los derechos de los consumidores *versus* el cumplimiento de las formalidades procesales.

Sin efectuar futurología jurídica, lo que sí resulta claro, es que la STJUE de 26 de enero de 2017, prioriza dos aspectos frente a los formalismos procesales de los Estados miembros: En primer

lugar, la normativa comunitaria, al considerarla de carácter imperativo, y, en segundo lugar, la protección del consumidor, por calificarla de materia de orden público, suponiendo esta interpretación la flexibilización, cuando no la devaluación de las directrices contenidas en el artículo 134 LEC.

B) ÓRGANO JUDICIAL INQUISITIVO

A diferencia de otros órdenes jurisdiccionales, en el proceso civil, el titular de un derecho o interés legítimo posee plenos poderes de decisión en torno a qué, cómo y cuándo reclamar, de ahí que los principios dispositivo y rogatorio sean inherentes a la naturaleza de las cuestiones a examinar en un juicio civil. La aplicación de un sistema inquisitivo quebraría con la naturaleza de las materias a enjuiciar en los juicios civiles. Sin embargo, la STJUE de 26 de enero de 2017, en coherencia con otras resoluciones del mismo Tribunal, podemos manifestar que, en cierta medida, desnaturaliza la materia objeto del proceso civil, priorizando el interés público sobre el privado, que puede concurrir en la materia a enjuiciar.

La preceptividad del órgano judicial de velar por el respeto de lo considerado público, aparece perfectamente reflejada en la STJUE de 21 de abril de 2016, al manifestar que *es obligación de los Estados miembros adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa, impuesta por el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, y por la propia directiva. 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.* Esta obligación impuesta a los órganos judiciales de los Estados miembros, conjuntamente con la naturaleza de orden público que se concede a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios –STJUE de 30 de mayo de 2013–, es la causante de esta actuación *pro* activa del órgano judicial, respecto del estudio de las cláusulas abusivas, a pesar de que

una concreta cláusula no haya resultado ser cuestionada o alegada por alguna de las partes procesales.

Esta misma tesis es la sostenida en la STJUE de 26 de enero de 2017, al manifestarse que *dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato. En efecto, en ausencia de ese control, la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).*

Pero por si fuera poco, la actuación *pro activa* del órgano judicial, entendida como el análisis incluso de cláusulas no denunciadas por las partes, se complementa con una actuación expansiva en cuanto a sus funciones, pues el órgano judicial se convierte en garante y salvaguarda tanto de los derechos del consumidor como de la legalidad en el proceso civil. Manteniendo las diferencias, y a riesgo de críticas, podemos afirmar que, en determinadas circunstancias, el órgano judicial asume una función análoga a la otorgada al Ministerio fiscal en el proceso civil y en relación a determinados colectivos. Así, el órgano judicial no debe esperar a que las cláusulas que puedan ser declaradas abusivas produzcan sus efectos, sino que debe avanzarse a tal situación. En este sentido, la STJUE de 26 de enero de 2017 defiende que: *Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el*

carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54).

Sin embargo, es preciso recalcar que esta actuación del Juez no es absoluta, y por tanto, localizada la existencia de una cláusula abusiva, el órgano judicial no se pronunciará sobre la misma de manera definitiva, sin con carácter previo dar traslado a las partes del proceso, para que se pronuncien en uno u otro sentido, pues, de lo contrario, se les causaría indefensión, al privarles de los principios de audiencia y contradicción y de su derecho a utilizar los medios probatorios que consideren convenientes. Esta previsión de dar traslado a las partes, tiene una norma específica para la ejecución, en concreto, el artículo 552.1 LEC. En relación a los procesos declarativos, no se reglamenta precepto alguno que regule este traslado, por lo que, a nuestro entender, debería aplicarse, análogamente, la norma 227.2 del mismo cuerpo legal, que con anterioridad a la nulidad procesal de oficio, sostiene la necesidad de dar traslado a las partes, de esta forma, se equipararían los trámites previos a la nulidad procesal y material.

C) ¿DESAPARECE LA COSA JUZGADA?

Matización de la prohibición del non bis in idem

Otra de las cuestiones de especial trascendencia práctica que analiza el TJUE y que también incide en máximas procesales, aceptadas en nuestro ordenamiento jurídico, se concreta en la resolución del interrogante de si un órgano judicial español puede analizar una cuestión que *ya ha sido objeto de un examen judicial*

que culminó con una resolución que ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

A efectos de un correcto análisis de la cuestión, consideramos pertinente previamente al estudio de este punto, la determinación de las premisas que fundamentan la tesis del TJUE, que en definitiva se concretan en la obligación del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartado 58). Tras este pronunciamiento, surge el interrogante de si este deber del órgano judicial debe prevalecer por encima de las normas procesales nacionales relativas a los efectos de la cosa juzgada.

En este punto, el TJUE se cuestiona el delicado equilibrio existente entre la protección del consumidor y la aplicación de las consecuencias inherentes a la eficacia de la cosa juzgada. El TJUE, en la sentencia de 26 de enero de 2017, parte de la regla general del respeto y vinculación a los efectos de la cosa juzgada, en base a tres motivos:

En primer lugar, el principio de seguridad jurídica: *el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, apartados 35 y 36).*

En segundo lugar, el cumplimiento de la normativa propia de los ordenamientos jurídicos internos: *el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesa-*

les internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, apartado 37, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartado 68), salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, apartado 53).

En tercer lugar, la inviabilidad de segundas oportunidades: El Tribunal de Justicia ha precisado igualmente que, según el Derecho de la Unión, el principio de tutela judicial efectiva de los consumidores no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C169/14, EU: C:2014: 2099, apartado 36 y jurisprudencia citada).

Sin embargo, esta presumida, inicialmente, vinculación y respeto anunciado a la cosa juzgada, decae cuando las reglas jurídicas de los Estados miembros son contrarias a normas imperativas y de orden público de la Unión europea, pues el ordenamiento interno no puede menoscabar el contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, que la citada disposición atribuye a los consumidores (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartado 71).

La cuestión se concreta, en definitiva, en determinar si la Directiva 93/13 se opone a una norma nacional, como la contenida en el artículo 207 de la LEC, que le impide examinar de oficio determinadas cláusulas de un contrato que ya ha sido analizado, y el TJUE distingue dos supuestos, concediendo a cada uno de ellos una respuesta diferenciada. Así, cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contra-

to, produce efectos vinculantes la cosa juzgada. En contrapartida, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales, cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido, concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la misma se flexibiliza permitiéndose el examen de la misma. Esta taxativa afirmación, que entronca con los límites regulados, no solo en el artículo 207 LEC, sino también en la norma 400 del mismo cuerpo legal, se argumenta en la resolución de 26 de enero de 2017, en base a dos extremos.

En primer lugar, por la naturaleza de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios, a los que el TJUE les confiere carácter de orden público, que, a su entender, sobrepasa y prima sobre la regulación procesal de los Estados miembros, y, en segundo lugar, en aras a ofrecer una completa protección del consumidor, que requiere del análisis y eliminación de cualquier cuestión abusiva, que constituye un perjuicio para los consumidores. Afirmación coherente con el encargo encomendado a los Estados miembros de realizar todas las actuaciones precisas para erradicar la utilización de las cláusulas abusivas y el aseguramiento de su efecto penalizador, en caso de existir la nulidad. No llevar estas premias hasta sus últimas consecuencias, entendiéndose como tales el examen total de la relación jurídica, supondría, para la STJUE de 26 de enero de 2017, conceder al consumidor *unaprotección(...) incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de esetipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).*

Primacia del derecho comunitario

Con la STJUE de 26 de enero de 2017, el Tribunal deja patente su posición dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, pues, mediante esta resolución, el Tribunal europeo acomete la compleja tarea de contravenir axiomas, casi “sagrados” de nuestro sistema procesal, como es la cosa juzgada.

El interrogante que se nos plantea, se concreta en el proceder futuro de los órganos judiciales españoles, tras la publicación de esta doctrina jurisprudencial: ¿Deberán efectuar una defensa a ultranza de las prohibiciones derivadas de la cosa juzgada, o, por el contrario, deberán excepcionar de su aplicación, las hipótesis que han sido detalladas por el TJUE? La respuesta es clara, deberán acatar la jurisprudencia del TJUE, y, por ende, a pesar de haberse discutido en un procedimiento previo, la abusividad de las cláusulas de un contrato, sino consta que entre las cláusulas examinadas, se encuentra la relativa al vencimiento anticipado, por obediencia europea será posible plantear un posterior juicio, cuyo objeto sea el enjuiciamiento de esa concreta cláusula. Pertenecer a Europa tiene un precio, en aras al respecto y uniformidad del sistema normativo, y este se traduce en la primacía de las normas comunitarias sobre las propias, tal y como ha sido reconocido tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

A.- VOLUNTAD DEL LEGISLADOR ESPAÑOL Y DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.

Si bien ya existía la obligación de los Jueces y Tribunales españoles de aplicar el derecho europeo conforme con la interpretación efectuada por el TJUE, a partir del 1 de noviembre de 2015 se refuerza esta obligación, pues la nueva redacción de la LOPJ sostiene esta primacía tanto en el preámbulo como con la introducción del precepto 4 Bis LOPJ. Si bien podría manifestarse, que respecto de los límites de la cosa juzgada, tanto el Tribunal Supremo como los órganos judiciales inferiores se deben al cumplimiento de las directrices contenidas en el artículo 207 LEC, no es menos cierto que la válida aplicación de esta norma, dependerá de la interpretación de una Directiva europea, como es la 93/13, por lo que será una regla de derecho comunitario, la que, en definitiva, condicionará la resolución de la problemática relativa a la preclusión de la posibilidad de examinar vía judicial las cláusulas abusivas.

El carácter decisorio de la normativa comunitaria es consecuencia del hecho de que sus reglas forman parte del marco normativo aplicable a las relaciones jurídicas cada vez más globalizadas. Los Estados miembros tras su entrada en la Unión europea aceptan el acervo comunitario –STS de 13 de abril de 2015–, el cual comprende la base común de derechos y obligaciones que vinculan al conjunto de los países de la Unión Europea, como miembros de la misma, formando parte del acervo comunitario, entre otros elementos, la legislación adoptada en aplicación de los Tratados y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, pero con un agravante, concretado en su carácter preferente.

B.- RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE SU CARÁCTER PRIORITARIO. LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO ES RECONOCIDA POR LOS SIGUIENTES TRIBUNALES:

a.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea: La sentencia de 26 de febrero de 2013, sostiene que *en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado* -STJUE de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloniy Ministerio Fiscal, asunto C-399/11-.

b.- Tribunal Constitucional: La resolución de 18 de diciembre de 2014, manifiesta que *desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción»* (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; y STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 7; y

en sentido parecido, STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3).

c.- Tribunal Supremo: La sentencia de 10 de octubre de 2012 defiende que *sus efectos son erga omnes y todo aplicador de la norma interpretada debe entenderla desde el criterio emitido por el TJUE, por lo que se erige en auténtica interpretación con fuerza obligatoria desde que la norma –en el caso de autos, la Directiva autorización– entró en vigor. Todo lo cual no es ni más ni menos que expresión del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento interno. La doctrina expuesta ha sido desarrollada en la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (Asunto 106/77) en la que se señala que en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, hacer inaplicable de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos.* -STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 10 de octubre de 2012-. Apartarse el TS de esta doctrina, para los supuestos concretos de las cláusulas de vencimiento anticipado, si bien podría discutirse si resultaría acertado o no, en todo caso, sí podría considerarse, más que ir en contra de los actos propios, actuar en contra de razonamientos propios.

El reconocimiento de la primacía de la interpretación jurisprudencial del TJUE y la corrección de la doctrina del TS, desgraciadamente, comienza a ser un hecho no aislado, constituyendo ejemplo de esta situación, la necesaria reinterpretación del derecho por parte del TS en relación a las cláusulas suelo, como consecuencia de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, siguiendo los órganos judiciales nacionales, las tesis del Tribunal europeo. Como ejemplo de este reconocimiento de prevalencia de las tesis

comunitarias, la SAP de Lugo, Sección 1ª, de 4 de enero de 2017, al analizar los efectos de la declaración de abusiva de una cláusula suelo, sostiene que si bien *eramuy incierta el acogimiento de la pretensión en el sentido planteado por la demanda (...) procede ahora tras el superior criterio del TJUE*, aceptar la restitución íntegra de las cantidades, de forma contraria a lo defendido por el TS. Circunstancia similar acontecerá respecto de la interpretación de la cosa juzgada, pues los órganos judiciales patrios aplicarán la normativa emitida por el TJUE, a pesar de que la misma signifique un cambio de dirección respecto de las tesis mantenidas a nivel nacional, constituyendo esta actuación una muestra del varapalo jurídico que supone la STJUE de 26 de enero de 2017, para el TS. *¿Desaparece la preclusión?*

Las consideraciones generales contenidas en la STJUE de 26 de enero de 2017, en el sentido de la obligación del Juez nacional de analizar las cláusulas abusivas, sean alegadas o no, y la posibilidad de examinarse en un proceso posterior, sin que le afecte la institución de la cosa juzgada, a nuestro entender, produce lo que podríamos denominar la teoría de los efectos reflejos, por la influencia que pueden tener en otras normas antesala de la cosa juzgada. Así, la flexibilización de los efectos de la cosa juzgada, puede dejar huérfano de contenido o, cuanto menos, relativizar diferentes normas de la Ley procesal como son el precepto 400 –relativo a la preclusión de las alegaciones de las partes– y la regla 222 del mismo cuerpo legal –en atención a los efectos de la cosa juzgada–. A continuación exponremos la diferente casuística ante la que podemos encontrarnos en la práctica forense.

Procesos declarativos

Procesos declarativos en los que se ha analizado la totalidad de las cláusulas abusivas, y en concreto la relativa al vencimiento anticipado

En esta primera hipótesis, la cláusula abusiva relativa al vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario, bien de oficio o a instancia de parte, ya ha sido enjuiciada, por lo que no debería suponer excepción alguna a los efectos de la cosa juzgada,

pues como sostiene el propio TJUE, en el punto 54 de la sentencia de 26 de enero de 2017, *la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.*

En todo caso, al dictarse la resolución judicial, con carácter previo a la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, si el fallo del proceso judicial fuere contrario a la doctrina emitida por el Alto Tribunal europeo, consideramos que podrían sustanciarse por el interesado, los instrumentos procesales restitutorios de los perjuicios que pueda haber sufrido el consumidor.

Procesos declarativos en los que todavía no se ha dictado sentencia firme

Con carácter previo es preciso efectuar una matización. Analizaremos, en este punto, la actuación de las partes que pretenden introducir como objeto del proceso, nuevas cláusulas a las inicialmente alegadas, complementando la actuación del Juzgador, que como hemos analizado, ostenta “vía libre”, conforme a los postulados de la STJUE de 26 de enero de 2017, para en cualquier momento analizar la corrección de las cláusulas contractuales, se hayan o no alegado en la demanda. En estos supuestos, que analizamos a continuación, más que la flexibilización de la cosa juzgada, se debe producir una relativización del efecto preclusivo de las alegaciones de las partes, que constituirán el objeto del proceso, y, por ende, el fundamento de la cosa juzgada.

La incorporación al proceso, de esta nueva petición –de análisis de cualquier cláusula no alegada inicialmente– o de la nueva doctrina jurisprudencial emitida por el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2017, será diferente en momento y forma, en función de la etapa en que encuentre la tramitación del procedimiento, pudiéndose incorporar bien como alegaciones complementarias, conforme a los artículos 401.2, 426.1 y 412.2 LEC, siempre que se

formulen previamente a la celebración de la Audiencia previa en el juicio ordinario o la vista en el juicio verbal, o bien como hechos nuevos o de nueva noticia de acuerdo con las reglas contenidas en los preceptos 286.1 y 426.4 de la Ley procesal, si se plantean con anterioridad al plazo concedido legalmente para dictar sentencia.

En esta segunda modalidad de expediente judiciales que analizamos, se englobarían tanto los procesos judiciales en los que inicialmente no se incluyó en el *the madecidendi*, el análisis de la abusividad de una concreta cláusula, como podría ser la de vencimiento anticipado como aquellos en que si bien forma parte del objeto del proceso la cuestión reseñada, se pretende incorporar al mismo la doctrina emitida por el TJUE en la resolución de 26 de enero de 2017. La problemática de ambos supuestos es dispar, y, en consecuencia, la respuesta a cada una de ellas resulta diferente, circunstancia que requiere de un análisis individualizado de cada uno de los supuestos.

Procesos judiciales en que la abusividad de la cláusula objeto de análisis se integra en las alegaciones de alguna de las partes

En los casos en que la discusión de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, constituyese parte del objeto del proceso, por ser incorporado a través de las alegaciones de las partes, la introducción de la doctrina del TJUE de 26 de enero de 2017, no debería ser considerada *strictu sensu* una nueva petición o un nuevo hecho. La nueva petición o hecho se traduce en una nueva pretensión que se acumula a la inicialmente ejercitada, por el contrario, la interpretación jurídica de una Directiva europea, se traduce en un elemento valorativo para el órgano enjuiciador, respecto de la pretensión ya incoada, como acertadamente distingue la SAP Madrid, Sección 13^a, de 15 de julio de 2016, al sostener que *una cosa es la alegación de nuevos fundamentos de derecho sobre los mismos hechos y otra la formulación de nuevas acciones o excepciones que no se formularon con anterioridad*. La jurisprudencia del TJUE nos establece los parámetros de cómo debe interpretarse un hecho concreto, pero no es el propio hecho como tal, pues la

jurisprudencia se limita a ser la razón de unas consecuencias, sin ser la consecuencia en sí misma que es el hecho pretendido.

Asimismo, la imposibilidad de introducir en el proceso nuevas fundamentaciones jurídicas vulneraría el principio *iuriano-vit curia*, pues como sostiene la SAP Madrid, Sección 13ª, de 15 de julio de 2016, *en cuanto a los fundamentos jurídicos se refiere no existe prohibición legal de alegar u oponer nuevos fundamentos legales ya que en nuestro derecho rigen los principios “iuranovit curia” y “da mihi facto dabo tibi ius”*. A mayor abundamiento, la virtualidad de este principio justificaría incluso la innecesariedad de incorporar la doctrina del TJUE al proceso a instancia de parte, pudiéndose aplicar de oficio, como reconoce el ATS de 11 de enero de 2017, al manifestar que *la aplicación del principio “iuranovit curia”, (...) autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen procedentes*.

Procesos judiciales en que la abusividad de la cláusula a analizar no se integra en las alegaciones iniciales de alguna de las partes

Mayor dificultad, como consecuencia de la virtualidad de los efectos de la litispendencia y preclusión, presenta la incorporación al proceso, de la discusión de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado o cualquier otra, si esta no se hubiese solicitado por ninguna de las partes en sus escritos de alegaciones. A efectos de proceder al análisis de estos supuestos, es necesario previamente diferenciar si el consumidor actúa como demandante, solicitando el examen de la abusividad del contrato, o como demandando, siendo sujeto pasivo de la reclamación. Para el caso, de que el consumidor sea la parte actora, si en el proceso judicial todavía no ha transcurrido el plazo para contestar a la demanda, la cobertura jurídica se otorgaría mediante la norma 401 LEC, y se configuraría como una ampliación objetiva de la demanda. De esta forma, el análisis de la cláusula preterida inicialmente, podría incorporarse como una ampliación de la demanda, extremo que tiene como efecto preclusivo la contestación a la misma por parte del deudor,

esto es, dentro de los 10 días siguientes a su notificación en los juicios verbales o en los 20 siguientes para los procesos ordinarios.

La ampliación de la demanda no comportaría efecto perjudicial alguno ni respecto de la dimensión objetiva del proceso ni en relación a su ámbito subjetivo. En cuanto a la vertiente objetiva, no sería de recibo manifestar que se altera el objeto del proceso, pues el mismo se perfija, de acuerdo con las directrices contenidas en la regla 412 LEC, solo tras la formulación de la demanda, de la contestación y, en su caso, con la reconvencción. En consecuencia, la prohibición de ampliar la demanda solo se produciría *una vez que ha concluido el período alegatorio del proceso* –SAP Málaga, Sección 6ª, de 29 de febrero de 2016–. Respecto de la dimensión subjetiva, la ampliación de la demanda tampoco lesiona los derechos de defensa de la contraparte, pues el artículo 401 LEC, sostiene que de producirse la ampliación, el plazo para contestar la misma, se inicia desde el traslado de la ampliación, por lo que el demandado mantiene vigentes las posibilidades de audiencia y contradicción, sin merma alguna en cuanto a la reducción de plazos.

Para los supuestos en que haya transcurrido el plazo para contestar la demanda, para su análisis, nos resulta indiferente la posición que ocupa el consumidor en el proceso, a efectos de introducir peticiones complementarias o nuevos hechos o de nueva noticia. Así, definido el objeto del proceso, una vez finalizado el período alegatorio de las partes, como regla general, la Ley procesal prescribe su modificación, regulando dos excepciones, que se concretan en la posibilidad de alegar bien peticiones complementarias bien nuevos hechos o de nueva noticia –artículos 286, 401, 412 y 426 LEC–.

Transcurrido el plazo para contestar a la demanda, la cobertura jurídica para incluir en el *themadecidendi* del proceso, la nulidad de una clausula más, es dada por dos preceptos de la LEC. En primer lugar, por el artículo 286.1 del texto normativo, pudiéndose incorporar como una modalidad de ampliación de hechos, pues este precepto permite, que finalizados los escritos de alega-

ciones, y siempre con anterioridad al inicio del plazo para dictar sentencia, que de conocerse o de darse algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes puedan hacer valer ese hecho en el proceso, y en segundo lugar, por la norma 426.4 del mismo cuerpo legal, mediante el cual se autoriza a alegar por las partes en la audiencia previa los hechos nuevos o de nueva noticia que resulten relevante para la decisión del pleito.

El principal problema para la alegación de esta nueva pretensión, resultaría de una interpretación rígida del artículo 400 LEC, regulador del efecto preclusivo de la introducción de pretensiones en un proceso y, en consecuencia, fundamento de los efectos de cosa juzgada de la futura sentencia. Sin embargo, a nuestro entender en el ámbito de la nulidad de una nueva cláusula, concurren diferentes extremos que justificarían una interpretación laxa de esta norma.

El primero de los párrafos del apartado primero de esta norma, establece que cuando deban alegarse diferentes hechos o distintos títulos o fundamentos jurídicos y eran conocidos, debían ser alegados en la demanda, sin ser posible su posterior alegación. El supuesto en el que nos encontramos es sustancialmente diferente, pues los hechos y fundamentos jurídicos que fundamentarían la posibilidad de alegar la abusividad de una cláusula no incluida inicialmente en el debate procesal, no eran conocidos, pues con anterioridad a la presentación de la demanda, no existía resolución del TJUE de 26 de enero de 2017, que declarase para el ámbito específico de la nulidad de las cláusulas abusivas, el hecho de que en base al carácter imperativo y de orden público de los derechos de los consumidores no se *pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva*, a pesar de las disposiciones nacionales, y del momento procesal en que se encuentre la tramitación del expediente judicial, pues defiende el TJUE, la obligación del órgano judicial patrio de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas

de dicho contrato. La negación de admitir la posibilidad de incorporar al proceso, la discusión de la cláusula en cuestión, privaría al órgano judicial del conocimiento de las circunstancias de hecho y de derecho que menciona el Alto Tribunal Europeo, contraviniendo su doctrina, y vulnerando el principios de economía procesal, porque se trasladaría a un futuro proceso, la discusión de la abusividad o no de las cláusula, cuando de la STJUE de 26 de enero de 2017, se desprende que esta cuestión puede/debe discutirse en un proceso ya incoado, en el que se analizan el resto de cláusulas que confirman el contrato.

La ampliación de hechos no podría ser inadmitida en base a una supuesta indefensión de la contraparte, pues, el artículo 281.1 LEC, si bien prevé la posibilidad de introducir nuevos hechos relevantes, también protege los derechos de defensa de la parte contraria, al manifestar que si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. Del mismo modo, el precepto 426 de la Ley procesal salvaguarda los intereses del demandado, tanto para los supuestos en que se aleguen cuestiones accesorias o complementarias como en aquellos otros en que se pretendan introducir nuevos hecho o de nueva noticia. Así, en el primero de los casos se admitirá la petición complementaria, si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad. En la segunda de las hipótesis, esto es, la introducción de nuevos hechos, se concederá la posibilidad a la contraparte, de formular alegaciones respecto de la pretendida adición, por la remisión que el artículo 426. 4 LEC efectúa al 286.4 del mismo cuerpo legal.

Procesos ejecutivos

En los procesos tanto de ejecución ordinaria como de ejecución hipotecaria, la posición que ocupará el consumidor será la demandada. Así, solicitada la ejecución, el consumidor podrá mediante la norma 557.1 LEC, para la ejecución ordinaria, o el precepto 695.1.4ª del mismo cuerpo legal, en relación a la ejecución hipotecaria, oponerse a la ejecución alegando la existencia de una cláusula abusiva.

Sin embargo, si el órgano judicial como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE, puede constatar de la existencia de una cláusula abusiva en cualquier momento en que tenga conocimiento de hecho y de derecho de la misma, consideramos que al deudor también se le debería conceder la posibilidad de ampliar la oposición, para los supuestos en que formulada, omita la alegación de una concreta cláusula. Esta posibilidad, asimismo, resultaría ser coherente con el principio de economía procesal, pues si fruto de la doctrina del TJUE puede plantearse la nueva cuestión abusiva en un proceso posterior, resulta más acertado incluir su enjuiciamiento en un proceso ya iniciado, evitando la incoación de uno posterior, cuya resolución podría incluso carecer de relevancia, si como consecuencia del primer proceso ya se ha procedido a enajenar el bien.

Dos son los artículos que concederían cobertura jurídica a la posibilidad de alegar, una nueva cláusula abusiva. En primer lugar, la norma 564 LEC, la cual sostiene que si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquéllos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda. La interpretación de esta última frase, *en el proceso que corresponda*, debería permitir la alegación de la nueva posible cláusula abusiva, en el mismo proceso de ejecución, en

beneficio de la economía procesal, evitando la incoación de un nuevo proceso, y de la seguridad jurídica, pues el enjuiciamiento del carácter abusivo en otro proceso posterior, podría resultar su pronunciamiento ineficaz, para el supuesto de haberse enajenado la finca. En segundo lugar, el 562.3 LEC, siempre y cuando, se interpretase de forma amplia, pues el mismo permite la alegación de infracciones legales en el curso de la ejecución, y es evidente que una cláusula abusiva constituye una infracción legal, que viciaría la ejecución en contra de los intereses de los consumidores y usuarios.