



FACULTAD DE DERECHO

EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Autor: Miguel Ángel Masegosa Puertas

5º E-3 B

Área de Derecho Procesal

Tutor: Cristina Carretero González

Madrid

Abril 2017

RESUMEN:

Son diversos los mecanismos jurisdiccionales a través de los cuales pueden, los que se consideren afectados por cláusulas abusivas o por condiciones generales contrarias a derecho, hacer valer sus derechos ante los tribunales de justicia. Pueden ellos mismos, grupos de ellos o determinadas asociaciones en su nombre, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones individuales o colectivas previstas legalmente, pedir y, en su caso, obtener la nulidad de aquéllas, así como la restitución de lo indebidamente pagado por aplicación de las mismas; pero también pueden los mismos afectados, en el seno de procedimientos iniciados en los que se ejercitan pretensiones que tengan por fundamento tales cláusulas, eludir la aplicación de las mismas, vía reconventional, si estamos ante un proceso declarativo, o vía oposición, en los procedimientos de ejecución (ordinario o sobre bienes hipotecados o pignorados) o en el proceso monitorio especial.

Tienen también los jueces y magistrados ante los que se tramiten esos procedimientos el deber de apreciar de oficio el carácter abusivo de una determinada cláusula; deber que se ha ido paulatinamente configurando por la jurisprudencia del TJUE y que, recientemente, ha sido objeto de previsión legal.

ABSTRACT:

There are various jurisdictional mechanisms through which those who consider themselves to be affected by abusive clauses or by general conditions contrary to law to assert their rights before the courts. They may themselves, or groups of them or certain associations on their behalf, through the exercise of the corresponding individual or collective actions legally provided for, request and, where appropriate, obtain the nullity of those, as well as the restitution of unduly paid by Application of the same; But also those affected may, in the context of proceedings initiated in which claims based on such clauses are exercised, evade the application of the same, by way of counterclaim, if we are before a declaratory process, or by means of opposition, in the proceedings (Ordinary or on mortgaged or pledged assets) or in the special monitoring process.

The judges and magistrates before whom these proceedings are conducted also have the duty to assess of their own motion the abusive character of a particular clause; A duty

that has gradually been configured by the jurisprudence of the CJEU and has recently been subject to legal provisions.

PALABRAS CLAVE:

Consumidores, cláusulas abusivas, condiciones generales de la contratación, acciones individuales, acciones colectivas, acciones de cesación, acciones de retractación, acciones declarativas, ejecución ordinaria, ejecución hipotecaria, procedimiento monitorio.

KEY WORDS:

Consumers, unfair terms, general contracting conditions, individual actions, collective actions, injunctions, retraction actions, declaratory actions, ordinary execution, foreclosure, foreclosure proceedings.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. TRES CONCEPTOS PREVIOS.....	3
2.1. Concepto de consumidor.....	3
2.2. Cláusulas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas.....	5
2.3. Condiciones generales de la contratación.....	12
3. INSTRUMENTOS PROCESALES QUE PERMITEN ELUDIR LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CONTRARIAS A DERECHO.....	15
3.1. Apreciación de oficio por el juez.....	16
3.1.1. <i>El juez tiene el deber y no una mera facultad de apreciación de oficio.....</i>	17
3.1.2. <i>Momento procesal para la apreciación de oficio por el juez.....</i>	18
3.1.3. <i>Limitaciones al deber del juez.....</i>	20
3.1.4. <i>El papel del Ministerio Fiscal.....</i>	21
3.1.5. <i>El papel de los Letrados de la Administración de Justicia.....</i>	21
3.2. Acciones declarativas colectivas de cesación para la protección de los consumidores, y de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales.....	22
3.2.1. <i>Disposiciones de la LEC comunes a las distintas acciones declarativas colectivas.....</i>	23
3.2.1.1. <i>Legitimación de las asociaciones.....</i>	23
3.2.1.2. <i>Publicidad de los procesos e intervención de terceros.....</i>	24
3.2.1.3. <i>Acumulación de procesos.....</i>	24
3.2.1.4. <i>Adopción de medidas cautelares.....</i>	25
3.2.1.5. <i>Sentencia.....</i>	25
3.2.1.6. <i>Ejecución forzosa.....</i>	26

<i>3.2.2. Acción de cesación para la protección de los consumidores y usuarios.....</i>	<i>26</i>
<i>3.2.2.1. Objeto.....</i>	<i>27</i>
<i>3.2.2.2. Legitimación.....</i>	<i>27</i>
<i>3.2.2.3. Competencia objetiva.....</i>	<i>28</i>
<i>3.2.2.4. Competencia territorial.....</i>	<i>28</i>
<i>3.2.2.5. Procedimiento.....</i>	<i>28</i>
<i>3.2.2.6. Prescripción.....</i>	<i>28</i>
<i>3.2.3. Acción declarativa de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales.....</i>	<i>29</i>
<i>3.2.3.1. Conceptos.....</i>	<i>29</i>
<i>3.2.3.1.1. Acción de cesación de condiciones generales.....</i>	<i>29</i>
<i>3.2.3.1.2. Acción de retractación de condiciones generales.....</i>	<i>29</i>
<i>3.2.3.1.3. Acción declarativa de condiciones generales.....</i>	<i>30</i>
<i>3.2.3.2. Legitimación.....</i>	<i>30</i>
<i>3.2.3.3. Competencia territorial.....</i>	<i>31</i>
<i>3.2.3.4. Prescripción.....</i>	<i>31</i>
<i>3.2.3.5. Publicidad de la sentencia.....</i>	<i>31</i>
<i>3.2.3.6. Inscripción de la sentencia en el Registro.....</i>	<i>31</i>
3.3. Acciones declarativas individuales.....	32
<i>3.3.1. Competencia objetiva.....</i>	<i>32</i>
<i>3.3.2. Competencia territorial.....</i>	<i>33</i>
<i>3.3.3. Legitimación.....</i>	<i>33</i>
<i>3.3.4. Procedimiento.....</i>	<i>33</i>
<i>3.3.5. Reconvención.....</i>	<i>34</i>
<i>3.3.6. Carga de la prueba.....</i>	<i>34</i>
<i>3.3.7. Congruencia de la sentencia.....</i>	<i>35</i>

<i>3.3.8. Relación entre las acciones colectivas y las acciones individuales: no suspensión de los procedimientos en ejercicio de acciones individuales por la tramitación de un procedimiento en ejercicio de una acción colectiva.....</i>	<i>37</i>
3.4. Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en el procedimiento ordinario de ejecución.....	38
<i>3.4.1. De oficio.....</i>	<i>39</i>
<i>3.4.2. A instancia de parte, vía oposición.....</i>	<i>40</i>
<i>3.4.3. Su incidencia en un posterior proceso declarativo.....</i>	<i>42</i>
3.5. Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados.....	42
<i>3.5.1. De oficio.....</i>	<i>42</i>
<i>3.5.2. A instancia de parte.....</i>	<i>43</i>
3.6. Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio.....	45
4. PROBLEMÁTICA PROCESAL DERIVADA DE LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016.....	46
5. EL REAL DECRETO-LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	49
CONCLUSIONES.....	51
BIBLIOGRAFÍA.....	53
RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS.....	57

ABREVIATURAS

AP – Audiencia Provincial.

LCGC - Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación («BOE» núm.89, de 14/04/1998).

LEC – Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm.7, de 08/01/2000).

LOPJ- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985).

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLGDCU - Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias («BOE» núm. 287, de 30/11/2007).

TS – Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

Constituye el objeto del presente trabajo el estudio de los distintos cauces procedimentales para hacer valer ante los tribunales de justicia la existencia de una cláusula en un contrato que se considere contraria a Derecho o abusiva para los derechos de los consumidores.

No nos vamos a ocupar de los instrumentos de carácter extrajudicial que el ordenamiento prevé a los mismos efectos, como las reclamaciones extrajudiciales a los profesionales o empresarios, y, en particular, las reclamaciones ante los departamentos y servicios de atención al cliente, defensor del cliente de las entidades financieras y, también, las reclamaciones ante el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamación del Banco de España, extrañas todas ellas al objeto del presente trabajo.

La efectividad del derecho de los consumidores a este respecto puede llevarse a cabo a través de un procedimiento declarativo que, vía demanda o reconvención, persiga la anulación de la cláusula que se considere abusiva, así como la restitución, en su caso, de las cantidades indebidamente abonadas.

Asimismo la existencia de una cláusula que se considere abusiva puede igualmente hacerse valer como oposición ante un procedimiento de reclamación, bien se trate de un procedimiento de ejecución o de un procedimiento monitorio.

Incluso, como veremos, viene declarando reiteradamente el TJUE, cabe la posibilidad, de la que nos ocuparemos en primer lugar, de que la existencia de una cláusula abusiva sea apreciada, en cualquier proceso y en cualquier momento del mismo, de oficio, por el órgano judicial.

Muchas de estas vías de las que actualmente se dispone para hacer frente a las cláusulas abusivas o a las que tengan el carácter de condición general de la contratación, sobre todo, en el ámbito de los procedimientos ejecutivos, no estaban inicialmente previstas en la ley, sino que se han ido incorporando a golpe de sentencias del TJUE, sobre todo a partir de la famosísima sentencia del TJUE (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)¹.

¹ Tanto ésta como el resto de referencias y citas a resoluciones del TJUE están extraídas del buscador oficial de jurisprudencia del TJUE: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>.

Conviene advertir, no obstante, que el objetivo que se pretende es dar una visión general de los medios de que disponen en el marco de un proceso los afectados por estas cláusulas, centrando nuestra exposición, dada la obligada dimensión del trabajo, en las disposiciones legales y la doctrina jurisprudencial aplicables, y unas y otra, de forma muy sucinta, evitando, en la medida de lo posible, entrar en hondas cuestiones doctrinales, las que, sólo se apuntan, en su caso.

Por su actualidad nos ocuparemos, finalmente, de ciertos aspectos procesales relativos, en particular, a la cláusula suelo, que se han planteado como consecuencia de la sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu; sentencia que, incluso, ha obligado a adoptar ciertas medidas legislativas.

2. TRES CONCEPTOS PREVIOS

Antes de ocuparnos de las estrictas cuestiones procesales, conviene analizar, con carácter previo, tres conceptos: el de consumidor, el de cláusulas abusivas y el de condiciones generales de la contratación.

2.1. Concepto de consumidor

Según el art. 3 TRLGDCU, “son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

En relación con esta definición de consumidor cabe hacer las siguientes precisiones:

1ª.- No se pueden identificar los conceptos de consumidor y persona física. No toda persona física es consumidor a los efectos del TRLGDCU. Si la persona física no actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional no es consumidor y, en consecuencia, por ejemplo, en el caso de que una persona física firme un contrato de préstamo hipotecario para actividades de promoción inmobiliaria, no puede entenderse que se trata de un consumidor.

2ª.- El hecho de que una persona física actúe con ánimo de lucro no significa que no puede ser considerado como consumidor. Y ello porque si el consumidor o usuario es una persona que actúa en el ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional,

puede darse perfectamente el caso de que una persona actúe en el ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y que, sin embargo, dicha actuación se lleve a cabo con ánimo de lucro. La reciente sentencia del TS, de 16 de enero de 2017, núm. 16/2017 (Roj: STS 17/2017 - ECLI: ES:TS:2017:17)², tratándose de una persona física que procede a la reventa de su derecho de aprovechamiento por turno y por el que obtiene un incremento de valor o lucro ajeno a una actividad comercial o profesional, entiende que dicha persona física no pierde la condición de consumidor. Incluso se ha estimado que un abogado puede considerarse consumidor cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, como más adelante veremos.

Son también consumidores, según el mismo art. 3 TRLGDCU, “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Es evidente que es consumidor la persona jurídica que reúna los requisitos que el precepto exige, esto es, que actúe en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional y que también actúe sin ánimo de lucro; pero se plantea la duda de si puede ser consumidor el garante o fiador de un empresario o profesional. El contrato de fianza entre fiador y prestamista o acreedor principal, a pesar de su carácter accesorio de negocio principal de préstamo contiene una individualidad propia, por lo que, para determinar si nos encontramos ante un consumidor hay que tener en cuenta si el garante actúa o no en el marco de la actividad profesional. Según el TJUE, es consumidor quien celebra un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza con una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad de crédito en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con el propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad³.

La sentencia de la AP Pontevedra, Sección 6ª, de 30 de diciembre de 2016, núm. 685/2016, (Roj: SAP PO 2620/2016 - ECLI: ES:APPO:2016:2620), aplicando la

2 Tanto ésta como el resto de referencias y citas a resoluciones de tribunales españoles están extraídas del Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/research/indexAN.jsp>.

3 En el auto del TJUE, (Sala Sexta), de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15, Dumitru Tarcău, Ileana Tarcău y Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA y otros, literalmente se dice: "En el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si actuó con fines de carácter privado”.

referida doctrina del TJUE, ha negado el carácter de consumidores a los fiadores de una sociedad de responsabilidad limitada que contrata un préstamo para su actividad mercantil, siendo dichas personas físicas socios fundadores y administradores de la sociedad afianzada.

También se ha planteado la cuestión de si pueden ser consumidores los abogados. Según el TJUE, sentencia de 15 de enero de 2015, asunto C-110/14, Horațiu Ovidiu Costea c. SC Volsbank România SA, hay que reconocer la mayor formación que un abogado dispone en comparación con un consumidor medio. Sin embargo, tal consideración no obsta para que un abogado pueda calificarse de consumidor cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. En efecto, un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en situación de inferioridad. En tal caso, aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas, ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

2.2. Cláusulas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas

Las cláusulas no negociadas individualmente son aquellas que el empresario o profesional impone al consumidor y que éste no tiene la oportunidad de negociar individualmente. Establece el art. 80 TRLGDCU:

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

El concepto de cláusula abusiva se recoge en el art. 82 TRLGDCU, al establecer:

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

[...] 3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Tal y como ha puesto de manifiesto la trascendente sentencia del TS, de 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013 (Roj: STS 1916/2013), sobre las cláusulas suelo, a la que nos referiremos en otros lugares de este trabajo, los requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas son los siguientes:

1. Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
2. Que en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.
3. Que el desequilibrio perjudique al consumidor, por cuanto que es preciso rechazar la posible *abusividad*⁴ de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario.

Los arts. 85 y ss. TRLGDCU, contienen una enumeración indicativa, que no exhaustiva, de las cláusulas que, en todo caso, deben ser consideradas abusivas, clasificándolas según cinco criterios. Mencionaremos al ocuparnos de cada uno de ellos las principales cláusulas que los tribunales vienen entendiendo que son abusivas:

1. Cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del empresario. Entre ellas pueden mencionarse las siguientes:

- Las cláusulas de intereses de demora abusivos, por superar un determinado tope. Se ha considerado por la jurisprudencia que un interés de demora que suponga un incremento de más de 2 puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado resulta abusivo. Así, la sentencia del TS, de 3 de junio de 2016, núm. 364/2016 (Roj: STS 2401/2016 – ECLI: ES:TS:2016:2401), declara abusivos los intereses de demora de los préstamos hipotecarios que superen en dos puntos el interés ordinario, reiterándose así la misma doctrina que había establecido en la sentencia, de 23 de diciembre de 2015,

⁴ En cursiva, puesto que, aunque se trata de una palabra muy utilizada y, si se quiere, oportuna, no existe en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

núm. 705/2015 (Roj: STS 5618/2015 – ECLI: ES:TS:2015:5618) para los préstamos personales⁵.

- Las cláusulas de vencimiento anticipado que, en términos generales, se han declarado válidas, si bien, no obstante, se consideran abusivas cuando se fundan en determinadas causas, como por ejemplo, cuando se fundan en la falta de pago de menos de tres cuotas del préstamo -hoy recogido en el actual art. 693.2 LEC- o cuando se fundan en la declaración de concurso del deudor; en la enajenación, expropiación forzosa o arrendamiento de la finca hipotecada; en el embargo o disminución del valor de la finca hipotecada o en el incumplimiento de simples prestaciones accesorias⁶.

- Las cláusulas de redondeo de los tipos de interés por encima de determinados límites, o la fijación de un tipo de interés con referencia, en todo o en parte, al tipo de la propia entidad.

2. Cláusulas que limitan los derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre las que pueden mencionarse las siguientes: las que privan o restringen al consumidor y usuario de sus derechos de compensación de créditos, retención o consignación; las que limitan o excluyen el derecho del consumidor o usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario; o las que suponen renunciaciones a la entrega de recibos y documentos por parte del consumidor.

3. Cláusulas en las que falta la reciprocidad entre las partes del contrato. Como, por ejemplo, las siguientes:

5 El TS, por auto, de 22 de febrero de 2017, núm. recurso 2825/2014 (Roj: ATS 785/2017 – ECLI: ES:TS:2017:785A), en un recurso sobre cláusulas abusivas, en el que el recurrente solicitaba que la declaración como abusiva de la cláusula del interés de demora trajera como consecuencia que el préstamo dejase de devengar interés alguno, ha acordado plantear una cuestión prejudicial al TJUE a fin de que se pronuncie si el Derecho de la Unión se opone a la doctrina que el TS viene manteniendo de considerar abusivo un interés moratorio superior en dos puntos al interés remuneratorio pactado y de que la consecuencia de la declaración de *abusividad* sea de que sólo se devengue el interés remuneratorio.

6 El TS, en el curso de la deliberación, votación y fallo de un recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria contra la sentencia de la AP de Pontevedra, sección 1ª, de 14 de mayo de 2014, núm. 175/2014 (Roj: SAP PO 448/2014 – ECLI: ES:APPO:2014:448), en la que, entre otras, se declaraba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, por auto de 8 de febrero de 2017, núm. recurso 1752/2014 (Roj: ATS 271/2017 – ECLI:ES:TS:2017:271A), el TS acuerda plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial, en la que pide que se pronuncie sobre si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme con el Derecho de la Unión apreciar la *abusividad* solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes (es decir, sobre la posibilidad de separabilidad de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados); y sobre si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la *abusividad* de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para este que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una sentencia firme en un juicio declarativo.

- Las cláusulas por la que en los préstamos hipotecarios el prestatario asume la totalidad de los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la tasación del inmueble, la preparación y formalización de la escritura de otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Consideradas como abusivas por la sentencia del TS, de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015 (Roj: STS 5618/2015 – ECLI: ES:TS:2015:5618).

Esta sentencia fija como doctrina jurisprudencial que constituyen cláusulas abusivas aquéllas no negociadas individualmente que repercutan al consumidor-prestatario el abono de «todos» los gastos y tributos derivados de la formalización del préstamo hipotecario, así como de todos los gastos pre-procesales y procesales. Si las cláusulas de los artículos 85 a 90 TRLGDCU son abusivas «en todo caso» (lo que se ha venido denominando «lista negra») y el TS sienta que este tipo de cláusula constituye un supuesto específico de los arts. 89.3.a) –gastos de registro y notaría–; 89.3.c) –impuesto actos jurídicos documentados sobre documentos notariales–; y art. 86 del TRLGDCU –gastos pre-procesales y procesales–, dichos supuestos integrarán la lista negra de cláusulas abusivas constituyendo un contenido «prohibido» o contrario a la ley. Declarada nula por abusiva la cláusula de gastos repercutibles al consumidor, esta nulidad tendrá un doble alcance: en primer lugar, la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario, debiéndose de producir la restitución, al menos, respecto a los gastos de notaría y registro relacionados con la constitución del préstamo hipotecario, al impuesto de actos jurídicos documentados y a los gastos de tasación; y, en segundo lugar, la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva, salvo aquellos que normativamente correspondan expresamente al consumidor.

- Las cláusulas relativas al pacto o facultad de liquidación atribuida con exclusividad a la entidad financiera.

- Las cláusulas suelo, es decir, aquellas que establecen un mínimo infranqueable para la variación del tipo de interés variable, o lo que es lo mismo, que aunque el tipo de interés baje del mínimo pactado nunca se aplicará un tipo de interés por debajo del mínimo pactado. Sobre dichas cláusulas han recaído archiconocidas sentencias.

La sentencia TS, de 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013 (Roj: STS 1916/2013), resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y los recursos

extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), contra la sentencia de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 7 de octubre de 2011, núm. recurso 1604/2011 (Roj: SAP SE 1470/2011 – ECLI: ES:APSE:2011:1470), dictada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, en los autos de juicio verbal 348/2010, de 30 de septiembre de 2010, núm. 246/2010 (Roj: SMJ SE 76/2010 – ECLI: ES:JMSE:2010:76). La sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla estimó la demanda, declarando la nulidad por abusivas, de las denominadas cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por las entidades BBVA, La Caixa y Cajamar. La AP de Sevilla rechazó que las cláusulas suelo tuviesen la naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas. El TS declara la nulidad de las concretas cláusulas suelo analizadas por lo siguiente: 1) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; 2) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; 3) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; 4) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor; 5) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; 6) Inexistencia de una advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

En cambio, se confirma la validez general y licitud de la cláusula suelo siempre que la contratación sea transparente y se permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. El consumidor debe conocer que, de activarse la cláusula, lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. El TS condena a eliminar las concretas cláusulas suelo analizadas en los contratos en que se inserten y a cesar en su utilización. Asimismo declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor en los que se hubieran utilizado las cláusulas. Y declara, por último, no haber lugar a la retroactividad de la sentencia, en el

sentido de no afectar a las situaciones decididas en firme por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación de la sentencia⁷.

Pues bien, en contra de lo mantenido por el TS, la sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016⁸ considera que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula. Tal limitación da lugar a una protección de los consumidores incompleta e insuficiente, por lo que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas. En definitiva, según el TJUE los bancos españoles estarán obligados a devolver la totalidad de lo cobrado en virtud de una cláusula suelo abusiva; no sólo lo cobrado desde el 9 de mayo de 2013, fecha de la sentencia del TS, sino también lo cobrado con anterioridad a esa fecha. Recientes Sentencias del TS ya han aplicado la doctrina del TJUE, dejando sin efecto cualquier límite a los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Como consecuencia de esta sentencia del TJUE, el día 20 de enero de 2017 se aprobó por el Gobierno el Real Decreto-ley 1/2017 («BOE» núm. 18, de 21 de enero de 2017), con entrada en vigor el día 21 de enero de 2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo; y cuyas disposiciones serán objeto de exposición, aunque sucinta, al final de este trabajo. Allí se hará referencia a algunos primeros comentarios que entre la doctrina ha suscitado la norma.

4. Cláusulas que imponen garantías desproporcionadas o una indebida carga de la prueba, entre las que podemos mencionar las siguientes:

7 La reciente sentencia del TS, de 9 de marzo de 2017, núm. 171/2017 (Roj: STS 788/2017 – ECLI: ES:TS:2017:788) considera válida una cláusula suelo de la Caja Rural de Teruel, en aplicación la doctrina que acabamos de exponer, al considerar que si supera el control de transparencia, habida cuenta de que está introducida y ubicada en el contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante; además, fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo demuestra que se aplicara un suelo inferior al usualmente aplicado por dicha entidad; y, finalmente, el notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes.

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

- Los contratos de préstamo vinculados a la financiación de cursos de enseñanza, declarándose que, incumplido el contrato de prestación del servicio de enseñanza, debe considerarse resuelto el contrato de préstamo vinculado al mismo.

- Los pactos relativos a instrumentos de cobertura de tipos de interés -swaps, etc.- asociados a un préstamo o crédito principal, o en los cuales el límite a la variabilidad a la baja sea inferior al límite a la variabilidad al alza.

5. Cláusulas que resultan desproporcionadas en relación con la perfección o la ejecución del contrato, entre las que destacan:

- Las cláusulas que incluyen comisiones de devolución, o de otro tipo, que no están justificadas documentalmente, de modo que no permiten conocer la contraprestación efectiva por la cual se reclaman tales cantidades.

- Las cláusulas de atribución de todos los gastos preparatorios del préstamo hipotecario al consumidor, por cuanto que supone la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario.

- Las cláusulas que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

- Las que atribuyen al prestatario, en todo caso, el pago de las costas procesales.

6. Cláusulas que contravienen las normas sobre competencia y derecho aplicable. Podemos citar entre ellas las siguientes:

- Las cláusulas que establecen la sumisión a arbitraje distinto del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados para un sector o supuesto específico.

- Las cláusulas que establecen pacto de sumisión expresa a un tribunal distinto del domicilio del consumidor y usuario, del lugar de cumplimiento de la obligación, o de aquél en que se encuentre el bien si este fuera inmueble.

Finalmente, por lo que se refiere a los efectos de la declaración de una cláusula como abusiva, según el art. 83 TRLGDCU:

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

2.3. Condiciones generales de la contratación

El ordenamiento español contempla un sistema de protección dual. Además de la regulación, a la que acabamos de referirnos, contenida en el TRLGDCU, aplicable a los contratos celebrados con consumidores, establece un régimen distinto para las condiciones generales de la contratación, definidas en el art. 1 LCGC. Según este precepto:

Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Las condiciones generales de la contratación se contienen en los contratos de adhesión; son condiciones generales de la contratación, las redactadas con carácter general para todos los contratos de la misma clase, y que son impuestas por una de las partes -predisponente- a la otra -adherente- sin que esta última haya tenido la posibilidad de negociarlas ni modificarlas haciendo contraofertas, sino simplemente aceptarlas o no. La libertad de contratar por parte del adherente se limita a decidir si contrata o no. En principio tienden a favorecer al predisponente que las ha redactado, por lo que es necesario proteger al adherente, equilibrando las posiciones de uno y otro.

Los requisitos de las condiciones generales de la contratación son, según entiende unánimemente la doctrina, los siguientes:

1. *Contractualidad*⁹: ha de tratarse de cláusulas contractuales convenidas por las partes, y no de disposiciones que imponga una norma imperativa, legal o reglamentaria.
2. Predisposición: la cláusula ha de estar pre-redactada, no siendo fruto de ningún consenso o negociación entre las partes, y siendo indiferente su autoría material, sea por el propio empresario o por un tercero, como pueden ser, por ejemplo, los notarios.
3. Imposición: la incorporación de la cláusula debe ser impuesta por una de las partes, de modo que el bien o servicio solo puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión de la cláusula en el contrato.
4. Generalidad: las cláusulas deben ser incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin.

⁹ En cursiva, puesto que, aunque se trata de una palabra muy utilizada, no existe en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Tres tipos de control de las condiciones generales de la contratación se prevén: el control de incorporación o inclusión, el control de transparencia y el control de contenido. Si una condición general de la contratación no supera cualquiera de estos controles, entonces estaremos ante una cláusula nula.

a) El control de incorporación está basado en los artículos 5 y 7 LCGC. En síntesis, ambos preceptos establecen que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez; y que no podrán considerarse incorporadas al contrato aquellas condiciones que el consumidor no haya tenido ocasión de conocer a la hora de la celebración del contrato, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; salvo, claro está, que éstas últimas hubiesen sido aceptadas expresamente por el consumidor.

Este control de incorporación se extiende a cualquier cláusula contractual que sea una condición general de la contratación, con independencia de que el adherente sea consumidor o no. Esto es, las condiciones generales de la contratación pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales, como si se celebra con consumidores.

b) En cuanto al control de transparencia, fue introducido en nuestra vida jurídica a raíz de la celeberrima sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, núm. 485/2012, (Roj: STS 1916/2013), a la que ya nos hemos referido, por la que se declaraba nula, en algunos casos, la llamada cláusula suelo de los créditos hipotecarios. Tiene por objeto este control de transparencia que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución y desarrollo del mismo. Supone el control de transparencia que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, sino del equilibrio subjetivo, es decir, tal y

como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Este control de transparencia, a diferencia del mero control de incorporación, está reservado, según la opinión de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores. Este control sostiene la sentencia del TS, de 3 de junio de 2016, núm. 367/2016 (Roj: STS 22550/2016 – ECLI: ES:TS:2016:2550) está reservado a los consumidores¹⁰. “Ni el legislador comunitario, ni el español, ha dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al no consumidor”, dice el TS. Y añade que “no corresponde a los tribunales” enmendar esa decisión del legislador, en cuyas manos deja la posibilidad de que los empresarios obtengan la misma protección que los consumidores¹¹.

c) En cuanto al control de contenido, la norma básica es el art. 8 LCGC, según el cual, serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas como tales en el TRLGDCU.

10 Reiteran esta doctrina las sentencia del TS, de 18 de enero de 2017, núm. 30/2017 (Roj: STS 123/2017 – ECLI:ES:TS:2017:123); y la sentencia del TS, de 30 de enero de 2017, NÚM. 57/2017 (Roj: STS 328/2017 – ECLI:ES:TS:2017:328. Puede verse: VÁZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales: reiteración de la doctrina de la Sala 1ª Tribunal Supremo”, *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo 2017.

11 La referida sentencia, de 3 de junio de 2016, no obstante, viene acompañada de un voto particular del magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, que cuestiona la no extensión del control de transparencia a la contratación bajo condiciones generales entre empresarios. En particular, en relación a los pequeños y medianos empresarios que actúan como meros adherentes de dicha contratación. El magistrado plantea el ejemplo de dos hermanos “sin particular experiencia en la contratación de servicios financieros”. Uno pide un préstamo de 200000 euros para una casa y otros 50000 euros para abrir un kiosco. “Ambos acuden a la misma entidad financiera, siendo atendidos por la misma persona y recibiendo idéntica información”. Los dos acaban firmando un contrato con cláusula suelo en el que el banco ha colocado un producto financiero complejo (un swap, dice el juez). “La aplicación de la doctrina que desarrolla la sentencia de la Sala” explica el magistrado, “sólo va a permitir la aplicación del control de transparencia, y por tanto la protección que deriva de dicho control, a uno sólo de los hermanos (...) pese a que asumieron una idéntica posición negocial, esto es, la de ser meros adherentes en una reglamentación predispuesta por la entidad financiera que finalmente resultó abusiva por falta de transparencia debida”. El magistrado sostiene que estamos ante un cambio social en el que el ciudadano, sea consumidor o empresario, “aspira” a la toma de decisiones “conforme a una comprensión real de lo pactado”. Ese cambio, añade, se ha reflejado en estas sentencias del TS y de Estrasburgo, en parte como consecuencia de la crisis económica. A su juicio, el control de transparencia también debería alcanzar “a la contratación entre empresarios” y emplearse ya como un principio jurídico al que todos los jueces puedan recurrir.

Llegados a este punto, y como resulta de lo hasta aquí expuesto, conviene dejar sentado que una cosa es una cláusula abusiva y otra es una condición general de la contratación. Una cláusula abusiva puede reunir la cualidad de condición general de la contratación o no; y al revés, una condición general de la contratación puede ser abusiva, pero también puede no serlo. Y, como hemos visto, los regímenes de unas y otras son totalmente distintos.

3. INSTRUMENTOS PROCESALES QUE PERMITEN ELUDIR LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CONTRARIAS A DERECHO

Vistos los aspectos de Derecho sustantivo que nos parecía ineludible abordar, aunque de manera muy sucinta, y deteniéndonos sólo en las cuestiones más actuales, vamos a ocuparnos ahora de lo que constituye el tema central del presente trabajo, a saber, los medios o instrumentos de que se disponen en el ámbito de los procedimientos judiciales para hacer efectivos los derechos reconocidos por la normativa en materia de cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación.

En definitiva, se trata de exponer, centrándonos, como ya advertíamos, en el Derecho positivo y la jurisprudencia aplicable, los cauces procesales, entendiéndolos por éstos los que se desenvuelven ante los tribunales de justicia, a través de los cuales se puede hacer valer la existencia de una cláusula en un contrato que se considere abusiva o tenga la naturaleza de condición general de la contratación. O dicho de otro modo, los instrumentos de que dispone el afectado por dichas cláusulas para que en sede judicial se declare la nulidad de las mismas y, en su caso, se condene a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de las cláusulas declaradas nulas.

Nos vamos a ocupar, en primer lugar, de la facultad, no reconocida inicialmente por nuestra legislación procesal, que tienen los jueces, de apreciar de oficio en todo tipo de procesos y en cualquier momento de los mismos, el carácter abusivo de una cláusula; facultad que se ha venido configurando por la jurisprudencia del TJUE.

Abordaremos, después, las especialidades que en materia de este tipo de cláusulas presentan los procesos declarativos, ocupándonos, tanto de las acciones individuales como de las acciones colectivas que los afectados, como veremos, pueden ejercer, y ello bien vía acción, es decir, iniciando ellos los procedimientos, o bien vía excepción, es

decir, alegando la posible existencia de este tipo de cláusulas frente a la acción ejercida frente a ellos.

También nos ocuparemos de los mecanismos procesales con los que se cuentan para depurar este tipo de cláusulas, en los procesos de ejecución, primero, y en el procedimiento monitorio especial, después; y se apuntarán, finalmente, ciertos aspectos procesales relativos, en particular, a la cláusula suelo, que recientemente se han planteado como consecuencia de la esperada sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu; incluidas unas breves notas en relación con el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo («BOE» núm. 18, de 21 de enero de 2017).

3.1. Apreciación de oficio por el juez

La batalla contra las cláusulas abusivas, como muy bien dice AGUIRRE SEOANE¹², no puede quedar reservada a los propios consumidores afectados, ya que, en muchas ocasiones, bien por desconocimiento bien por el coste que supondría, terminarían aceptando sus consecuencias.

La lucha contra las cláusulas abusivas exige la actuación conjunta de todos los sujetos y organismos con competencia en materia de consumidores y usuarios. Y, entre ellos, ocupan un lugar destacadísimo nuestros jueces y magistrados, habida cuenta de que, normalmente, quien se considera afectado por las cláusulas a las que nos venimos refiriendo, donde se dirige para hacer efectivos sus derechos es a los tribunales de justicia.

Es cierto que constituye un principio de nuestro derecho procesal civil el de la justicia rogada, consagrado en el art. 216 LEC, cuando dice que “Los tribunales civiles decidirán lo asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la Ley disponga otra cosas en casos especiales”. Pero, tampoco cabe la menor duda que dicho principio admite excepciones como el mismo precepto establece. En materia de consumidores, concretamente, puesto que su situación

12 AGUIRRE SEOANE, J., “La impugnación de las cláusulas abusivas”, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Aguirre%20Seoane.pdf?i dFile=a2b77fd2-6254-4f85-bae2-5cfc937b003f; última consulta 27/03/2017.

frente a los empresarios y profesionales es de inferioridad, ya que ni el nivel de información ni la capacidad de negociación de unos y otros son comparables, se viene admitiendo la intervención de oficio de los jueces y tribunales al objeto de compensar ese desequilibrio. La jurisprudencia del TJUE es clara, contundente, inequívoca y reiterada en este sentido.

Esa posibilidad de intervención de oficio por los tribunales se ha ido configurando por el TJUE a golpe de sentencias, hasta sentar la doctrina que pasamos a exponer, ocupándonos, a fin de dejarla perfilada con total exactitud, de las siguientes cuestiones.

3.1.1. El juez tiene el deber y no una mera facultad de apreciación de oficio

El TJUE ha declarado que el juez nacional está obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, en los contratos celebrados con consumidores y usuarios. En palabras de la sentencia del TJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2012, asunto C-618-10, Banco Español de Crédito, S.A. y Joaquín Calderón Camino:

El papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

En el mismo sentido, entre otras, la sentencia TJUE, de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, Océano Grupo Editorial, S.A., y Rocío Murciano Quintero, Salvat Editores, S.A., y José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane, Emilio Viñas Feliú; y la sentencia TJUE (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).

Esta obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores, el TJUE la fundamenta en:

a) Una razón de justicia material: en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores, la situación de inferioridad del consumidor motiva que las cláusulas abusivas no vinculen al consumidor. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional

(sentencia TJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2012, asunto C-618-10, Banco Español de Crédito, S.A. y Joaquín Calderón Camino).

b) Por un objetivo de política general manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas. Este examen de oficio puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con consumidores (sentencia TJUE (Sala Primera), de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, Elisa María Mostaza Claro y Centro Móvil Milenium, S.L.).

Es más, según la sentencia TJUE (Gran Sala), de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, VB Pénzügyi Lízing Zrt y Ferenc Schneider, si existen motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, el juez debe practicar diligencia de prueba de oficio para determinarlo y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula, con independencia de las normas de Derecho interno. El presupuesto de esta investigación de oficio sería que el juez tenga “motivos razonables” para considerar abusiva una cláusula. Debe existir algún indicio que justifique esa actuación de oficio pues no se trata de practicar investigaciones genéricas, sin fundamento alguno.

Por otra parte, el hecho de que una cláusula no se haya llegado a aplicar no impide que se considere abusiva y sea suprimida (auto TJUE (Sala Sexta), de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y Fernando Quintano Ujeta, María-Isabel Sánchez García)¹³.

3.1.2. Momento procesal para la apreciación de oficio por el juez

Desde la sentencia, de 4 de junio de 2009 (Sala Cuarta), asunto C-243/08, Pannon GSM Zrt. Y Erzsébet Sustikné Gyórfi, el TJUE viene estableciendo que la intervención del juez debe realizarse tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

El control de oficio, incluso en la fase de apelación, de las cláusulas abusivas, es admitido con claridad por el TJUE. Según la sentencia del TJUE, de 30 de mayo de 2013, asunto C-397/11, Erika Jörös y Aegon Magyarország Hitel Zrt.:

¹³ Como veremos, consecuencia de las Sentencias del TJUE, referidas, de fecha 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, hubo de procederse a la reforma de nuestros procedimientos monitorio y ejecutivo, en los términos de los que nos ocuparemos en otro lugar de este trabajo, a fin de reconocer expresamente al juez la facultad de controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas.

En lo referente al cumplimiento de esas obligaciones por un juez nacional que resuelve en apelación, es oportuno recordar que, en defecto de normativa en el Derecho de la Unión, la regulación de los procedimientos de apelación destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables corresponde al Derecho interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos. No obstante, esa regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni articularse de tal manera que en la práctica haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

En el mismo sentido se pronuncia nuestro TS, que incluso ha llegado a admitir la intervención de oficio de los tribunales, no sólo en la fase de apelación, sino incluso en los recursos de casación. Así, en la sentencia, de 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013 (Roj: STS 1916/2013) y en la de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015 (Roj: STS 5618/2015 – ECLI: ES:TS:2015:5618). Las mencionadas sentencias del TS declararon que no es necesario ajustarse formalmente a la estructura de los recursos y tampoco que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas. La protección de los derechos de los consumidores obliga a prescindir de formalismos y rigideces procesales.

Una cuestión interesantísima que se plantea es la de si un juez que, en un primer examen, no ha identificado ninguna cláusula como abusiva, puede, después, revisar su decisión. No ve ningún inconveniente el TJUE, en su sentencia (Sala Primera), de 26 de enero de 2017, asunto C- 421/14, Banco Primus, S.A., y Jesús Gutiérrez García:

De este modo, en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio (...) una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, 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.

Nuestra opinión, que podría entenderse es la que mantiene el TJUE, dados los términos de la referida sentencia, es que, efectivamente, el juez nacional puede apreciar de oficio el carácter abusivo de aquellas cláusulas respecto de las cuales no haya recaído una anterior decisión, pero, en cambio, cuando ya expresamente se ha pronunciado sobre el carácter abusivo o no de una cláusula, siendo ya firme la resolución recaída, la cosa

juzgada formal, conforme al art. 207.3 LEC¹⁴, impedirá al juez, en el mismo proceso en que haya sido dictada, modificarla o sustituirla por otra; y la cosa juzgada material, conforme al art. 222.1. LEC¹⁵, impedirá que en otro proceso se resuelva sobre lo mismo.

3.1.3. Limitaciones al deber del juez

Esta obligación del juez de apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, no obstante, tiene sus limitaciones, como el propio TJUE ha reconocido. Entre ellas, las siguientes:

1ª:- El juez tiene que respetar el principio de contradicción si no quiere causar indefensión y, en consecuencia, debe poner en conocimiento de las partes, dándoles audiencia, la posibilidad de poder declarar abusiva una determinada cláusula. Así lo establece la sentencia TJUE (Sala Primera), de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, Banif Plus Bank Zrt y Csaba Csipai, Viktória Csipai, que textualmente dice:

“en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto– que una cláusula (...) presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales”.

Y en el mismo sentido, la sentencia TS, de 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013 (Rojo: STS 1916/2013):

La obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la Directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a este la decisión de invocarla.

En este sentido la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 , Pannon, apartado 33, afirma que "el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula" , de tal forma que "cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone" , y la de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 27, que "sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartados 33 y 35)".

14 Art. 207.3 LEC: “3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas”.

15 Art. 222.1 LEC: “La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo”.

2ª.- Otra limitación al deber del juez de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, según AGUIRRE SEOANE¹⁶, es que ésta haya servido de fundamento para la reclamación judicial. En consecuencia, quedan al margen del control de oficio, aquellas que no tengan ninguna incidencia en el proceso judicial.

3.1.4. La labor del Ministerio Fiscal

Tampoco esta materia es extraña al Ministerio Fiscal, habida cuenta de que el art. 124 de la Constitución le atribuye la misión de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley así como procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social. Y en congruencia con dicha previsión, el art. 11.5 LEC establece que “El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”.

3.1.5. El papel de los Letrados de la Administración de Justicia

Se planteó en el seno de un procedimiento de reclamación de honorarios de abogado si el Letrado de la Administración de Justicia puede controlar de oficio la existencia de posibles cláusulas abusivas en un contrato celebrado entre el abogado y su cliente, lo que fue objeto de una cuestión prejudicial planteada por el propio Letrado de la Administración de Justicia ante el TJUE¹⁷.

Aunque en las conclusiones presentadas por el Abogado General, se afirmaba que se oponía al Derecho de la Unión la regulación que nuestra LEC hacía del procedimiento para reclamar honorarios por parte de los abogados (también llamados de juras de cuentas), puesto que no permite a los Letrados de la Administración de Justicia comprobar de oficio si en el contrato celebrado entre un abogado y un consumidor existen cláusulas abusivas, finalmente el TJUE no se ha pronunciado sobre el tema que nos ocupa, habida cuenta de que en su sentencia, de 16 de febrero de 2017, asunto C-503/15, Ramón Margarit Panicello y Pilar Hernández Martínez, le niega al Letrado de la Administración de Justicia, la facultad para plantear al TJUE una petición de decisión

16 AGUIRRE SEOANE, J., “La impugnación de las cláusulas abusivas”, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Aguirre%20Seoane.pdf?i dFile=a2b77fd2-6254-4f85-bae2-5cfc937b003f; última consulta 27/03/2017.

17 Puede verse: DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “Cláusulas abusivas y procedimiento para reclamar los honorarios de los abogados: ¿Es posible el control de oficio por el letrado de la administración de justicia?”, *Diario la Ley*, núm. 8860, de 10 de noviembre de 2016, pp. 1 y ss.

prejudicial y, en consecuencia, quedó sin juzgar la cuestión de si tiene o no el mismo deber de los jueces de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas.

3.2. Acciones declarativas colectivas de cesación para la protección de los consumidores, y de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales

Para obtener la nulidad de una determinada cláusula abusiva o que tenga la naturaleza de condición general y, en su caso, la restitución de las cantidades que hubiesen sido indebidamente abonadas por la aplicación de la misma, no ya de oficio, sino a instancia de parte, vía declarativa, pueden ejercerse, como ya vimos, dos tipos de acciones declarativas, lo que se podrá llevar a cabo, o bien interponiendo la correspondiente demanda o bien reconviniendo frente a una pretensión exigiendo el cumplimiento de lo estipulado en las referidas cláusulas.

Estas acciones declarativas, pueden ser, atendiendo a quién las ejercita, individuales o colectivas. A diferencia de las individuales, a través de las acciones colectivas, que pasamos a exponer en primer lugar, se pretende de forma unitaria la solución de litigios que afectan al conjunto de los consumidores que se haya podido ver afectados, sin necesidad de que ninguno de ellos sea el demandante y, sobre todo, sin necesidad de que todos ellos se hayan adherido de algún modo a la acción o hayan otorgado su autorización o su representación a quien interpone la demanda¹⁸.

Las acciones colectivas pueden ser ejercitadas por determinados sujetos o entidades, públicas o privadas, a los que la ley legitima de forma expresa para promover un proceso cuyo desenlace (o sentencia) ha de afectar a todos los sujetos afectados¹⁹.

El Derecho de la Unión no determina cuáles hayan de ser estas acciones colectivas ni especifica ningún procedimiento para su ejercicio, pero sí que establece la necesidad de que los derechos internos de cada uno de los Estados Miembros las prevean; y ello, habida cuenta de que es evidente que el simple ejercicio de acciones individuales, únicas o acumuladas, es una vía claramente insuficiente para los casos más que

18 GASCÓN INCHAUSTI, F., “Procesos judiciales para la tutela de los consumidores”, en *Manual de Derecho de Consumo*, (Coord. DÍAZ ALABART, S.), Editorial Reus, S.A., Madrid, 2016, p. 301.

19 No estamos ante un acción colectiva cuando varios consumidores se unen para demandar; en estos casos habrá una pluralidad de demandantes, un litisconsorcio activo; pero nada más, puesto que todos ellos actúan en nombre e interés propio ejercitando tantas acciones como demandantes y el desenlace del proceso (la sentencia) sólo a ellos les afectará y no a quienes estando en su misma posición no interpusieron demanda.

frecuentes en los que son miles los afectados por las cláusulas, ya que éstas suelen incorporarse a un gran número de contratos, puesto que precisamente para eso surgen.

En cuanto al régimen de estas acciones colectivas expondremos, en primer lugar, determinadas disposiciones que sobre las acciones en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, en general, se contienen en la LEC; pasando a exponer, en un segundo término, las dos concretas categorías de acciones colectivas, que prevé la ley, a saber, las de cesación para la protección de los consumidores y usuarios y las de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales, haciendo mención a las particulares disposiciones legales aplicables a una y otras.

3.2.1. Disposiciones de la LEC comunes a las distintas acciones declarativas colectivas

Nos vamos a centrar en aquellas disposiciones de la LEC que tienen difícil encaje, por su generalidad, en el régimen particular aplicable a cada una de las categorías de acciones colectivas a las que nos acabamos de referir.

3.2.1.1. Legitimación de las asociaciones

La legitimación de las asociaciones para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios se recoge específicamente en el art. 11 LEC:

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.
2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.
3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

Como puede observarse, es relevante, respecto de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas el grado de determinación de los sujetos afectados, según estén determinados *a priori* (en el momento en que se solicita la tutela judicial) o sean fácilmente determinables, en cuyo caso la LEC habla de intereses colectivos; o no sea posible esa determinación, en cuyo caso se habla de intereses difusos.

3.2.1.2. Publicidad de los procesos e intervención de terceros

Puesto que la sentencia dictada en un proceso iniciado mediante el ejercicio de una acción colectiva puede llegar a afectar a quien no ha intervenido en el mismo ni como demandante ni como demandado, es evidente que dichos procesos han de contar con la publicidad necesaria que permita a quien pueda verse afectado intervenir en los mismos. Se regulan estos extremos en el art. 15 LEC, que textualmente establece:

Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluído.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Secretario judicial determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley.

4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

3.2.1.3. Acumulación de procesos

El art. 75 LEC, por remisión al art. 76 del mismo cuerpo legal, determina que la acumulación tendrá que acordarse de oficio por el juez cuando:

se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1.1.º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta ley.

3.2.1.4. Adopción de medidas cautelares

En materia de medidas cautelares, cuando con la solicitada se pretenda el aseguramiento de una acción de cesación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, el art. 728.3 LEC permite al tribunal, con carácter potestativo, debiendo valorar las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los intereses afectados; permite, decimos, el referido precepto al tribunal, dispensar al solicitante de la medida del deber de prestar caución.

3.2.1.5. Sentencia

También la LEC contiene reglas específicas para las sentencias que se dicten en procesos tramitados como consecuencia del ejercicio de acciones colectivas.

1º.- En cuanto al contenido de las sentencias, los pronunciamientos que el tribunal tiene que efectuar en ellas son, según el art. 221.1 LEC los siguientes:

- Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

- Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

- Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2º.- En cuanto a la publicidad de las sentencias, el art. 221.2 LEC, prevé la publicación de las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, si bien, la publicación no es obligatoria, sino que el tribunal sólo la acordará si lo estima

precedente; la publicación puede ser total o parcial; y el coste de la publicación deberá ser sufragado por el demandante que haya resultado condenado.

3º) Por lo que se refiere al ámbito de la cosa juzgada, del art. 222.3 LEC resulta que la cosa juzgada no sólo podrá afectar a las partes del proceso tramitado como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva y en el que se haya dictado la sentencia, sino también a quienes, aunque no hayan intervenido en el proceso, se hayan visto afectados por el hecho que ha motivado el ejercicio de la acción colectiva.

3.2.1.6. Ejecución forzosa

Como ya se ha visto, el tribunal puede dictar una sentencia que contenga pronunciamientos condenatorios que beneficien a determinados consumidores. Si esos determinados consumidores constan identificados en la sentencia, dispondrán sin más de un título ejecutivo; pero puede ocurrir que la sentencia no identifique a los beneficiarios concretos de la condena, sino que establezca los datos, características o requisitos que han de concurrir en un determinado sujeto para considerarlo beneficiado por los pronunciamientos condenatorios de la sentencia. En este segundo caso, es lógico, entonces, que el tribunal tenga que comprobar si un determinado sujeto puede ser o no beneficiario de la sentencia o, dicho de otro modo, cumple aquellos datos, características o requisitos, dictando la correspondiente resolución en uno u otro sentido, que de ser afirmativo, servirá de título ejecutivo.

Este es el objeto de la regulación contenida en el art. 519 LEC²⁰, según el cual:

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.

3.2.2. Acción de cesación para la protección de los consumidores y usuarios

Una primera categoría de acciones colectivas expresamente previstas en el TRLGDCU es la de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, reguladas en los arts. 53 y ss. TRLGDCU. Pasamos a referirnos a las particularidades más destacables aplicables a las mismas.

20 Ver: GASCÓN INCHAUSTI, F., “Procesos judiciales para la tutela de los consumidores”, en *Manual de Derecho de Consumo*, (Coord. DÍAZ ALABART, S.), Editorial Reus, S.A., Madrid, 2016, p. 316.

3.2.2.1. Objeto

Procederá el ejercicio de las acciones de cesación cuando un empresario o profesional esté desarrollando algún tipo de actividad que resulte contraria a los derechos o intereses de los consumidores y se dirigen a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. La acción podrá ejercerse, también, para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

A cualquier acción de cesación podrán acumularse, siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, las siguientes acciones:

- la de incumplimiento de obligaciones;
- la de resolución o rescisión contractual;
- la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes;
- la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas.

De dicha acción acumulada accesorio, según el art. 53 TRLGDCU, conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal de cesación.

3.2.2.2. Legitimación

Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la legislación sobre protección de los consumidores en materia de cláusulas abusivas, estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación (art. 54 TRLGDCU):

- La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN) y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.
- Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

- El Ministerio Fiscal.

- Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

Asimismo, las entidades citadas podrán personarse en los procesos promovidos por cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

3.2.2.3. Competencia objetiva

Son los Juzgados de lo mercantil los competentes para conocer de las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios (art. 86 ter.2.d) LOPJ).

3.2.2.4. Competencia territorial

En los procesos en que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento, y, a falta de éste, el de su domicilio; si careciese de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor (art. 52.2.16º LEC).

3.2.2.5. Procedimiento

Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (art. 250.1.12º LEC).

3.2.2.6. Prescripción

Las acciones de cesación en defensa de los consumidores son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19.2 LCGC, del que nos ocupamos después, en relación con las condiciones generales inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 56 TRLGDCU).

3.2.3. Acción colectiva de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales

Junto a la acción de cesación para la protección de los consumidores y usuarios, la LCGC, en sus arts. 12 y ss., regula una segunda categoría de acciones colectivas, concretamente, las de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales. Pasamos a dar cuenta de las principales disposiciones que sobre dichas acciones se contienen en el referido texto legal.

3.2.3.1. Conceptos

3.2.3.1.1. Acción de cesación de condiciones generales

Podrá interponerse la acción de cesación contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en la LCGC, o en otras leyes imperativas o prohibitivas.

La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A esta acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

3.2.3.1.2. Acción de retractación de condiciones generales

Como en el caso de la acción de cesación, podrá interponerse acción de retractación contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en la LCGC, o en otras leyes imperativas o prohibitivas.

Tendrá por objeto la acción de retractación obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

3.2.3.1.3. Acción declarativa de condiciones generales

La acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

3.2.3.2. Legitimación

Las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa podrán ser ejercitadas, según el art. 16 LCGC, por las siguientes entidades:

- Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
- Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.
- Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el TRLGDCU, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
- La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN) y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
- Los colegios profesionales legalmente constituidos.
- El Ministerio Fiscal.
- Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Conforme al art. 17 LCGC, la acción de cesación procederá contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas.

La acción de retractación procederá contra cualquier profesional que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su voluntad de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente.

La acción declarativa procederá contra cualquier profesional que utilice las condiciones generales.

Estas acciones podrán dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas.

3.2.3.3. Competencia territorial

En los procesos en que se ejerciten las acciones declarativa, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión (art. 52.1.14º LEC).

3.2.3.4. Prescripción

De ella se ocupa el art. 19 LCGC. Las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. No obstante, si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los cinco años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva.

Tales acciones podrán ser ejercitadas en todo caso durante los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de la acción individual.

La acción declarativa es imprescriptible.

3.2.3.5. Publicación de la sentencia

El fallo de la sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el Juez o Tribunal acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo del demandado y condenado, para lo cual se le dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia (art. 21 LCGC).

3.2.3.6. Inscripción de la sentencia en el Registro

En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial

dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo (art. 22 LCGC).

3.3. Acciones declarativas individuales

Hablamos de acciones individuales para referirnos a las acciones que un único sujeto o varios acumuladamente, pueden ejercer ante los tribunales de justicia, vía demanda o vía reconvención, para eludir cláusulas que sean abusivas o que tengan la naturaleza de condición general de la contratación, en definitiva, para obtener la anulación de dichas cláusulas y, en su caso, la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la aplicación de las mismas.

No obstante el calificativo de individuales de estas acciones, no significa que, vía acumulación subjetiva, no puedan ser varios los demandantes o demandados; o que, vía acumulación objetiva, el demandado o reconviniente no pueda ejercitar varias acciones. Se recogen a continuación las particularidades más destacables que presentan los procedimientos judiciales ante la jurisdicción civil como consecuencia del ejercicio de estas acciones.

3.3.1. Competencia objetiva

El art. 86 ter, redactado por el apartado veintitrés del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, establece que:

“2. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

(...)

d) Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios”.

Esta redacción, puesta en relación con el contenido del art. 45 LEC, actualmente vigente²¹, no deja lugar a dudas de que de las acciones individuales conocerán los Juzgados de Primera Instancia, ya que por disposición legal expresa, al contrario de lo que se ha determinado para las colectivas, no se hallan atribuidas a otros tribunales.

En definitiva: al ejercer una acción colectiva en relación a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios, la competencia

21 Art. 45 LEC. Competencia de los Juzgados de Primera Instancia. 1. Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. 2. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados: a) De los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) De los concursos de persona natural que no sea empresario.

corresponderá a los juzgados de lo mercantil; mientras que si se ejercita una acción individual sobre la misma materia deberá acudir a los de primera instancia.

3.3.2. Competencia territorial

Es aplicable el art. 52.1.14º LEC, por cuanto dispone que en los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante.

3.3.3. Legitimación

Una cosa es una cláusula abusiva y otra es una condición general de la contratación. Una cláusula abusiva puede reunir la cualidad de condición general de la contratación o no; y al revés, una condición general de la contratación puede ser abusiva, pero también puede no serlo. Ello significa, que a la vista de la dualidad de regímenes de protección que el ordenamiento arbitra para una y otra, unido a la jurisprudencia del TS recaída en materia de control de transparencia, de todo lo cual nos hemos ocupado más arriba; a la vista, decimos, de que, el TRLGDCU y el control de transparencia sólo son aplicables a los contratos celebrados por consumidores, para pedir la nulidad de una determinada cláusula sólo dispondrán de legitimación activa quienes sean consumidores, en el sentido expuesto al comienzo de este trabajo, si la razón de tal petición es el carácter abusivo de la misma o, tratándose de una condición general de contratación, su falta de transparencia.

La legitimación pasiva la ostenta quien haya puesto o impuesto la cláusula cuya nulidad se pretende.

Y en los casos de fusión y absorción de entidades de crédito de modo que en el momento de interponer la demanda la entidad financiera primitiva ha sido absorbida por otra, es la nueva entidad la que, evidentemente, ostenta la legitimación pasiva.

3.3.4. Procedimiento

Se deciden en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre la materia (art. 249.1.5º LEC).

Pero, y si la razón de pedir la nulidad de una determinada cláusula no es su cualidad de condición general de la contratación, sino, exclusivamente, su carácter abusivo (téngase

en cuenta que, como ha ya quedado dicho en otro lugar, una cláusula abusiva no tiene por qué tener también la naturaleza de condición general de la contratación), entendemos que, en este caso, la demanda también se decidirá en juicio ordinario, si a la acción de nulidad no se acumula la de restitución de las cantidades cobradas indebidamente por aplicación de lo dispuesto en el art. 253.3 LEC²²; en otro caso, se decidirán en juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de 6000 euros (art. 249.2), y en juicio verbal aquellas cuya cuantía no exceda de dicha cantidad (art. 250.2 LEC).

3.3.5. Reconvención

La acción individual pretendiendo la nulidad de una determinada cláusula no sólo se puede ejercer interponiendo la correspondiente demanda; también cabe la posibilidad de su ejercicio vía oposición a una demanda interpuesta de contrario, pero habrá que deducir la correspondiente demanda reconvencional, puesto que cualquier pretensión del demandado que vaya más allá de solicitar la mera desestimación de la demanda es necesario que así se efectúe y encauce, habida cuenta de que está proscrita la reconvención tácita (art. 406 LEC) y solamente la defensa de la nulidad total o absoluta del contrato permite no formular reconvención explícita, tal y como establece el art. 408.2 LEC.

3.3.6. Carga de la prueba

En cuanto a la cuestión de sobre quién pesa la carga de la prueba tanto del carácter de la cláusula cuya nulidad se solicita (en concreto, de que se trata de una cláusula no negociada individualmente) como de la condición de consumidor, cuando la legitimación activa sólo la ostente esta clase de sujetos, establece el párrafo 2º, del apartado 2, del art. 82 TRLGDCU, que “el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. Y por aplicación analógica, podría pensarse que habrá de ser el empresario o profesional el que haya de acreditar que la parte contraria no ostenta la condición de consumidor o usuario.

²² Art. 253.3 LEC: Cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario.

La jurisprudencia es clara. Según la sentencia del TS, de 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013 (Roj: STS 1916/2013), es notorio que en la contratación de determinados productos o servicios, como los bancarios, tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, en el que se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como “lo tomas o lo dejas” (*take it or leave it*). Y se añade que, en cuanto a la prueba del carácter no negociado de la condición general, la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de cláusulas abusivas. Sin embargo, se considera que ha de aplicarse la misma regla, de modo que el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente ha de asumir plenamente la carga de la prueba.

Y en el mismo sentido la sentencia del TS, de 22 de abril de 2015, núm. 265/2015 (Roj: STS 1723/2015 – ECLI:ES:TS:2015:1723):

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa [...]. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta.

3.3.7. Congruencia de la sentencia

Como es sabido, las sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes (art. 218.1 LEC); es decir, las decisiones que en ellas se adopten no pueden basarse en fundamentos de hecho o de derecho distinto a aquéllos que las partes hayan querido hacer valer.

Ahora bien, la jurisprudencia viene sosteniendo que la referida regla de la congruencia de la sentencia no puede ser aplicada rígidamente en los procesos de los que nos venimos ocupando donde se ventilan intereses de los consumidores.

En la medida en que sea necesario para la eficacia del Derecho de la Unión, conforme a la repetida sentencia del TS, de 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013 (Roj: STS 1916/2013), en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual *abusividad* de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas.

En la sentencia del TS, de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015 (STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618), se considera no atentatorio al principio de congruencia de la sentencia, que en la demanda se solicitase la nulidad de la cláusula suelo en base a un pretendido desequilibrio de las partes y la sentencia la fundamente en la falta de transparencia.

Tampoco las exigencias constitucionales del principio de congruencia, a que alude el auto del TS, de 16 de noviembre de 2013, núm. recurso 1979/2011 (Roj: ATS 11098/2013 – ECLI:ES:TS:2013:11098A), impiden sostener lo que venimos manteniendo:

La exigencia de congruencia no comporta, desde el punto de vista constitucional, que «el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que le sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petita* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso» (SSTC 264/2005, de 24 de octubre, y 133/2010, de 2 de diciembre).

3.3.8. Relación entre las acciones colectivas y las acciones individuales: no suspensión de los procedimientos en ejercicio de acciones individuales por la tramitación de un procedimiento en ejercicio de una acción colectiva.

En este epígrafe lo que, en definitiva, se trata de determinar es qué nivel de vinculación existe entre las acciones individuales y las acciones colectivas; si se trata de acciones con objetos y finalidades distintas y, en definitiva, pueden ser ejercitadas simultáneamente, sin que resulten afectados los procesos en los que se ejerzan unas y otras, desarrollándose independientemente unos de otros, o si, por el contrario, un proceso en ejercicio de una acción colectiva en solicitud del cese del uso de una determinada cláusula, o bien impide el inicio de un proceso en ejercicio de una acción individual dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula análoga a la que es objeto de la acción colectiva o bien provoca su suspensión de haberse ya iniciado con anterioridad al ejercicio de la acción colectiva.

En relación con esta cuestión la sentencia TJUE, de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság e Invitel Távközlési Zrt, se pronuncia en el siguiente sentido:

El carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones de cesación, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto, implican que puedan ejercitarse aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados [...].

Una aplicación efectiva de dicho objetivo requiere [...] que las cláusulas de las CG de los contratos celebrados con consumidores que sean declaradas abusivas en el marco de una acción de cesación ejercitada contra el profesional de que se trate, como la que es objeto del litigio principal, no vinculen ni a los consumidores que sean parte en el procedimiento de cesación ni a aquellos que hayan celebrado con ese profesional un contrato al cual le sean de aplicación las mismas.

Y, en concreto, la sentencia TJUE (Sala Primera), de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, Jorge Sales Sinués y Caixabank, S.A, y Youssouf Drame Ba Catalunya Caixa, S.A. (Catalunya Banc, S.A.), niega que las acciones individuales estén en relación de subordinación con las acciones colectivas y, por lo tanto, el ejercicio de una acción colectiva no obliga a suspender los procedimientos ya iniciados en ejercicio de acciones individuales en los que se solicite la nulidad de una cláusula igual o análoga. Dice la sentencia:

Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen [...] objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones

judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores [...].

En este contexto es preciso, no obstante, señalar que, a falta de armonización de los medios procesales que regulan las relaciones entre las acciones colectivas y las acciones individuales [...] corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales reglas, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) [...].

[...] Se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva²³.

3.4. Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en el proceso ordinario de ejecución

Los afectados por cláusulas abusivas, no sólo disponen de la vía declarativa para hacer valer sus derechos y conseguir, en su caso, su anulación; aunque hay que reconocer que con la redacción originaria de nuestra LEC no era posible, hoy, también en el seno de los procesos de ejecución, puede llegar a apreciarse el carácter abusivo de una cláusula, bien de oficio por el juez o bien a instancia de parte, vía oposición del ejecutado, en este último caso.

La sentencia TJUE (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), resolvió la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de lo mercantil núm. 3 de Barcelona, en el sentido de declarar que la normativa española es contraria al Derecho de la Unión, ya que impide que el deudor pueda oponerse, en el procedimiento de ejecución hipotecaria,

23 Los argumentos del TJUE, son, muy resumidos, los siguientes: 1) El consumidor quedaría vinculado por el resultado de la acción colectiva, incluso cuando decida no participar en la misma; 2) La imposibilidad de que el juez nacional pueda realizar un análisis propio de las circunstancias que concurren en el asunto del que conoce; 3) No serán determinantes, al efecto de la resolución del litigio individual, ni la cuestión de la negociación individual de la cláusula respecto de la que se alega el carácter abusivo, ni la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato en cuestión; 4) El consumidor está sometido al plazo de adopción de una resolución judicial referida a una acción colectiva, sin que el juez nacional pueda apreciar desde este punto de vista la pertinencia de la suspensión de la acción individual hasta que exista sentencia firme en relación con aquélla.

al carácter abusivo de una cláusula contractual que es el fundamento del título ejecutivo. Consecuencia de ésta y otras sentencias del TJUE, a las que ya nos hemos referido, que establecen la obligación del juez de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores, se procedió a la reforma de la LEC, para adaptarla a los referidos pronunciamientos.

3.4.1. De oficio

La posibilidad de examinar de oficio, en el ámbito del procedimiento de ejecución ordinaria, la validez de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores, se recoge en el art. 552.1 LEC, que establece:

El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3^a²⁴.

En relación con este precepto cabe hacer las siguientes puntualizaciones:

- 1) La norma sólo es aplicable a los títulos ejecutivos citados en el art. 557.1 LEC, es decir, a los títulos ejecutivos extrajudiciales; pero dentro de ellos, sólo tiene sentido el control de oficio respecto de la escritura pública y las pólizas intervenidas por notario, ya que sólo en ellos se pueden incorporar cláusulas contractuales²⁵.
- 2) Cuando el juez considere que alguna cláusula contenida en el título ejecutivo pudiera ser calificada como abusiva, tiene que dar audiencia a las partes, a diferencia de la regla general, según la cual, la ejecución se despacha únicamente con audiencia del ejecutante, y sólo tras el despacho de la ejecución es posible la oposición del ejecutado. Con esta audiencia previa a ambas partes se da cumplimiento al principio de contradicción, que, como ya hemos visto, constituye una de las limitaciones a las que el TJUE somete la obligación del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de

24 Redacción dada por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a las deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; posterior Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; y posterior Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

25 SENÉS MOTILLA, C., “La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria”, en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social* (dir. NÚÑEZ IGLESIAS, A.), Editorial Comares, Granada, 2014, p. 153.

una cláusula contractual (sentencia TJUE (Sala Primera), de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, Banif Plus Bank Zrt y Csaba Csipai, Viktória Csipai).

3) Aunque la LEC no determina si la audiencia tiene que ser oral o escrita, nos inclinamos a favor de que tenga que ser por escrito, ya que no se establece plazo concreto ni para la comparecencia ni para la vista²⁶.

Sin embargo, hay quien entiende que no habría problema para celebrar una comparecencia siempre que se respete el plazo de los 15 días señalado en la LEC²⁷.

Y otros, que podría celebrarse una vista si lo solicitase alguna de las partes y el tribunal entendiese que el carácter abusivo de la cláusula no se puede determinar únicamente con los documentos aportados por ellas²⁸.

4) Una vez oídas las partes, conforme al art. 561.1.3^a LEC, “cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”.

El legislador, de forma razonablemente aceptable, adecua, así, nuestro procedimiento ordinario de ejecución, a los dictados del TJUE, en cuanto al deber del juez de apreciar de oficio el carácter abusivo de una determinada cláusula.

3.4.2. A instancia de parte, vía oposición

También se admite que la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo pueda ser alegada como motivo de oposición a la ejecución. Así, el art. 557, que regula la oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales, establece que el ejecutado sólo podrá oponerse a la ejecución si se funda en alguna de las causas siguientes: (...) “7^a. Que el título contenga cláusulas abusivas”²⁹.

26 SENÉS MOTILLA, C., “La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria”, en *La protección del deudor hipotecario...* cit. p. 154.

27 CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2013, pág. 88.

28 MARTÍN PASTOR, J., “La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, en *Diario La Ley*, núm. 8085, 2013 (http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin54/Articulos_54/martin-pastor.pdf; última consulta 28/03/2017), p.1.

29 Se añade la causa 7^a al apartado 1 por el art. 7.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Algún autor, como MARTÍN PASTOR, entiende que esta causa de oposición debería haberse incluido, no entre las causas de oposición por motivos de fondo, sino entre las causas de oposición por motivos procesales.

El ejecutado se podrá oponer alegando esta causa, en el plazo de los 10 días siguientes a la notificación del auto en que se despachó ejecución (art. 556.1 LEC). Asimismo, para la sustanciación de la oposición por este motivo de fondo, se habrá de estar a lo establecido en el art. 560 LEC.

En cuanto a la decisión sobre este motivo de oposición, conforme al art. 561.1.3ª LEC, “Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”³⁰.

Ahora bien, como ha sido puesto de manifiesto por varios autores³¹, puesto que la ejecución ya tendría que estar despachada, para el caso de que se desestimase la oposición, en lugar de decir “bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”, tendría que haber dicho “bien la continuación de la misma (de la ejecución) sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”.

Si se estima la oposición, la ejecución quedará sin efecto, se mandarán alzar los embargos y las medidas de garantía de la afeción que se hubieren adoptado y se reintegrará al ejecutado a la situación anterior al despacho de ejecución. Además, se condenará al ejecutante a pagar las costas de la oposición (art. 561.2 LEC).

Contra el auto resolutorio de la oposición, ya sea estimando o desestimando ésta, cabe recurso de apelación, aunque las consecuencias son distintas. Si la resolución que se recurre es desestimatoria de la oposición, no se suspende la ejecución. En cambio, si la resolución recurrida es estimatoria de la oposición, el ejecutante podrá solicitar que se mantengan los embargos y medidas de garantía adoptadas y que se adopten las que procedan conforme al art. 697 LEC. Por su parte, el juez lo acordará siempre y cuando el ejecutante haya prestado caución suficiente (art. 561.3 LEC).

30 Se añade el punto 3 al apartado 1 por el art. 7.3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

31 SENÉS MOTILLA, C., “La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria”, en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social* (dir. NÚÑEZ IGLESIAS, A.), Editorial Comares, Granada, 2014, pág. 157; MARTÍN PASTOR, J., “La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, en *Diario La Ley*, núm.8085,2013(http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin54/Articulos_54/martin-pastor.pdf; última consulta 28/03/2017), p.2.

3.4.3. Su incidencia en un posterior proceso declarativo

Una cuestión bastante interesante a nuestro juicio es la de si se puede iniciar un proceso declarativo para solicitar la nulidad de una cláusula abusiva, después de tramitado un proceso de ejecución en el que ni de oficio ni a instancia de parte ha habido pronunciamiento en tal sentido. Del juego de los institutos de la cosa juzgada material (art. 222.1 LEC) y la preclusión y, en concreto, por aplicación del art. 400 LEC, que extiende los efectos de la cosa juzgada no sólo a los hechos y fundamentos de derecho que se alegaron en un determinado litigio, sino, también, a todos los que, aunque no se alegaran, hubieran podido alegarse, podría extraerse la conclusión, de que no podrá decidirse en un proceso posterior el carácter abusivo de una determinada cláusula, puesto que tal pretensión pudo hacerse valer en el procedimiento ejecutivo vía oposición y, si no se hizo, ha precluido la posibilidad de hacerlo³².

Lo que sí es evidente, es que, cuando en el proceso de ejecución hubiese recaído decisión sobre el carácter abusivo o no de una determinada cláusula, no cabe iniciar ningún proceso declarativo posterior en el que se vuelva a plantear la misma cuestión. Lo impide la función negativa o excluyente de la cosa juzgada material³³.

3.5. Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados

Como en el procedimiento de ejecución ordinaria, también en el de bienes especialmente hipotecados o pignorados, se puede eludir la aplicación de una cláusula abusiva, tanto de oficio como a instancia de parte.

3.5.1. De oficio

En el ámbito del procedimiento de ejecución hipotecaria la LEC no prevé expresamente la posibilidad de que el juez examine de oficio la validez de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores. Ahora bien, hay que entender aplicables

32 Según la sentencia del TS, de 24 de noviembre de 2014, núm. 462/2014 (Roj: STS 4617/2014 – ECLI:ES:TS:2014:4617), “la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución seguido contra él, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 400 LEC en relación con su art. 222; y en coherencia con lo anterior, si la oposición sí se formula pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión”.

33 Aunque el art. 561.1 LEC, según el cual el auto que resuelve la oposición se dicta “a los meros efectos de la ejecución”, también podría entenderse en el sentido de que no produciría efectos de cosa juzgada respecto de un declarativo posterior.

supletoriamente en el procedimiento de ejecución hipotecaria las normas del procedimiento de ejecución ordinaria y, en concreto el art. 552.1 relativo al control de oficio de las cláusulas abusivas, ya analizado, habida cuenta de que, conforme al art. 681.1 LEC el procedimiento hipotecario se sujetará a las normas establecidas para la ejecución ordinaria, aunque, eso sí, con las especialidades que la LEC prevé para la ejecución hipotecaria³⁴.

3.5.2. A instancia de parte

Sí que se admite expresamente que la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo pueda ser alegado como motivo de oposición a la ejecución. Dice el art. 695. 1 LEC que en los procedimientos de ejecución hipotecaria “sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 4ª. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”³⁵.

El alcance de este motivo de oposición es más restrictivo que el que se recoge en el art. 557.1.7ª LEC para la ejecución ordinaria. Mientras que éste tiene un alcance general, en materia de ejecución hipotecaria se refiere sólo a las cláusulas abusivas que afecten al fundamento de la ejecución o que determinan la cantidad exigible. Las cláusulas que son fundamento esencial de la ejecución son, por ejemplo, la cláusula de vencimiento anticipado por impago de sumas que representen menos de tres mensualidades; y las cláusulas que sean determinantes de la cantidad exigible en la ejecución, la cláusula de intereses de demora pactados más allá del límite legal, repercusión de gastos y suplidos que no ha de soportar el deudor, etc..

El procedimiento a seguir está regulado en el art. 695.2 LEC, aunque éste debe ser completado con las disposiciones relativas al procedimiento de ejecución ordinaria. Así, el plazo que tiene el ejecutado para oponerse alegando esta causa de oposición es de diez días desde que se le notifica el auto por el que se despacha ejecución; plazo que se le concede al ejecutado en la ejecución ordinaria en base al art. 556.1 LEC, por remisión del art. 557.1 de la misma Ley.

34 DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “El control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”, *Revista General de Derecho Procesal* 35 (2015), p. 11.

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

El art. 695.2. LEC establece que si el ejecutado formula oposición, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiese dictado la orden general de ejecución. Para ello deberán haber transcurrido quince días desde la citación. En dicha comparecencia el tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime conveniente dentro del segundo día.

Si finalmente el juez estima el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o de una cláusula contractual que hubiese determinado la cantidad exigible, sólo se acordará el sobreseimiento de la ejecución en el primero de los casos, es decir, si la cláusula fundamenta la ejecución. En caso contrario, no se aplicará la cláusula y se continuará con la ejecución (art. 395.3 LEC).

El art. 695.4 LEC, a diferencia de lo que sucede en la ejecución ordinaria, en la que cabe recurso de apelación tanto contra el auto que estima la oposición como contra el que la desestima, sólo permitía en la ejecución hipotecaria el recurso de apelación contra el auto estimatorio y no contra el desestimatorio. En definitiva, el art. 695.4 permitía al ejecutante recurrir y defender sus intereses, pero no al ejecutado.

La Sección 3ª de la AP de Castellón planteó cuestión prejudicial ante el TJUE al entender que el art. 695.4 LEC era contrario al Derecho de la Unión Europea, a la que el TJUE dio respuesta en su sentencia (Sala Primera) de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., declarando que el Derecho de la Unión Europea se opone al procedimiento de ejecución hipotecaria español en la medida en que el deudor ejecutado “no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva”.

Hoy, acorde con esos pronunciamientos comunitarios, el art. 695.4 LEC³⁶ establece:

Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

36 En su redacción dada por Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.

Por tanto, cuando la oposición a la ejecución se funde en la existencia de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible, y se dicte auto desestimando la misma, el deudor hipotecario puede también interponer recurso de apelación, al igual que sucede en la ejecución ordinaria³⁷.

3.6. Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio

La redacción originaria de la LEC no contempló expresamente ningún mecanismo para apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva en el caso de presentarse una demanda de juicio monitorio contra un consumidor, que quedaba en exclusiva sujeto a su alegación por la parte demandada.

La sentencia del TJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2012, asunto C-618-10, Banco Español de Crédito, S.A. y Joaquín Calderón Camino, resolvió la cuestión prejudicial planteada por la AP de Barcelona en el sentido de declarar que la normativa española es contraria al Derecho de la Unión por no permitir que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y Derecho necesarios al efecto, examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora; cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sin que el consumidor hubiese formulado oposición

Tras la directrices del TJUE, por Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se ha reconocido la capacidad del juez de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas una vez examinada la petición monitoria. Así, el art. 815.4 LEC establece que:

Si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el Letrado de la Administración de Justicia, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.

El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva.

37 Para algún autor la redacción dada al art. 695.4 es insuficiente, ya que la posibilidad del recurso de apelación, frente al auto desestimatorio de la oposición, debería ser tanto en el supuesto de cláusulas abusivas como por cualquier otro motivo de oposición (PÉREZ DAUDÍ, V., “Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior”, en *Diario La Ley*, núm. 8391, de 3 de octubre de 2014, p.3).

Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador.

De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas.

Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el Letrado de la Administración de Justicia procederá a requerir al deudor en los términos previstos en el apartado 1.

El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso³⁸.

4. PROBLEMÁTICA PROCESAL DERIVADA DE LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016³⁹

Como ya vimos, a diferencia de lo inicialmente mantenido por el TS en su sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, el TJUE ha declarado contrario al Derecho de la Unión una jurisprudencia que limite en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de una cláusula suelo; según el TJUE, la referida declaración de

38 Según MAGRO SERVET (MAGRO SERVET, V., “La intervención de oficio del juez en la declaración de abusiva de cláusulas de contratos con consumidores ante un monitorio de reclamación de deuda tras la L 42/2015”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, febrero 2016) con arreglo art. 815.4 LEC habría de procederse del siguiente modo:

1) Examen de las peticiones monitorias por el Letrado de la Administración de Justicia para detectar las que correspondan a reclamaciones de deuda de profesional o consumidor.

2) Traslado al juez para que aprecie y/o analice si existe cláusula abusiva en el contrato y en la causa que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.

3) Si así lo aprecia “ex ante” de oficio da traslado a la partes sobre esta opción. Y es de hacer notar que en este supuesto el reclamado todavía no conocía la reclamación porque no había sido requerido con carácter previo en la petición monitoria, ya que se recoge en el párrafo 1º del apartado 4 que el Letrado de la Administración de Justicia, previamente a efectuar el requerimiento...

4) Las partes efectuarán las alegaciones, pero sólo sobre este extremo, con lo que la parte reclamada no opinará, todavía, sobre el contenido de la reclamación, sino sólo sobre si alguna cláusula o la fijada en principio por el juez, es abusiva o no.

5) El juez resolverá tras oír a las partes por auto.

6) Si declara la nulidad de alguna cláusula, fija el alcance de esta declaración que se refiere a dos vías posibles: bien fijar la improcedencia de la pretensión o bien la continuidad del procedimiento sin aplicación de las cláusulas consideradas abusivas. Es decir, teniéndolas por no puestas.

7) Puede que el juez estime que las cláusulas son correctas y mande seguir adelante el requerimiento, pero según este nuevo apartado 4, este que se dicte será directamente apelable en todo caso, y por ello también en el de que se acuerde seguir adelante el requerimiento, lo que sería recurrible sin que este se hubiera realizado todavía.

39 Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U.; Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA); Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu.

nulidad no puede tener otra consecuencia que la de restituir la totalidad de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de dicha cláusula.

Pues bien, en el caso de que haya recaído sentencia declarando la nulidad de una cláusula suelo, pero, en contra de lo establecido por el TJUE, sólo con efectos restitutorios desde el día 9 de mayo de 2013, se plantea el problema de determinar si se puede interponer una nueva demanda reclamando lo indebidamente pagado, en su caso, con anterioridad al 9 de mayo de 2013.

En el caso de que la sentencia declarando la nulidad y los efectos restitutorios sólo desde el 9 de mayo de 2013 no sea firme, la sentencia del TJUE vinculará al órgano judicial que dicte la sentencia si el proceso está en trámite en la instancia, y lo mismo con respecto al órgano que resuelva el recurso, si este es el estado procesal en que se encuentre, debiendo acomodarse su decisión a la doctrina fijada por el TJUE; en cambio, en el caso de que la sentencia haya adquirido firmeza, la mayoría de la doctrina entiende que el instituto de la cosa juzgada impide presentar una nueva demanda en reclamación de las cantidades no reclamadas en una primera demanda sobre la que ha recaído sentencia firme⁴⁰ aunque también podría entenderse que sí que sería posible interponer nueva demanda, basándose en que de otro modo se estaría dejando sin efecto lo que el TJUE determina en su sentencia, vulnerando nuevamente los derechos de los afectados, lo que permitiría llevar nuevamente el asunto ante el TJUE.

Otra opción podría ser interponer el recurso de revisión regulado en el art. 510 LEC, habida cuenta de que, aunque es cierto que no es uno de los motivos de revisión que el TJUE dicte una sentencia, sí que lo es que dicte una sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴¹ y, por analogía, aunque hay que reconocer que es muy forzado el

40 Entre otros, SOLER SOLÉ, G., “TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado”, *Diario La ley*, núm. 8905, 20 de enero de 2016; MAGRO SERVET, V., “Consecuencias de la sentencia del TJUE, sobre cláusulas abusivas. Retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8901, 16 de enero de 2017; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., “*In claris non fit interpretatio*: una rápida reflexión respecto a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (cláusula suelo)”, *Diario la Ley*, núm. 8900. 13 de enero de 2017; ACHÓN BRUÑÉN, M.J., “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *Diario la Ley*, núm. 8127, de 16 de julio de 2013.

41 Art. 510.2 LEC: “Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”

argumento, podría entenderse que igualmente constituye un motivo de revisión el dictado de una sentencia por el TJUE.

Otros⁴², en cambio, estiman que el motivo en el que podría fundarse el recurso de revisión es el previsto en el núm. 1º, del apartado 1, del art. 510, es decir, si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado; pero esta opinión choca con los siguientes argumentos: una sentencia no es un documento en sí mismo, sino una resolución judicial, y tampoco se da la circunstancia exigida de que sea anterior al momento en que precluyó a la parte la posibilidad de aportarlo al proceso en cualquiera de sus instancias.

Pero el TS ya ha negado la posibilidad de la revisión. La sentencia del TS, de 18 de febrero de 2016, núm. 81/2016 (Roj: STS 515/2016 – ECLI:ES:TS:2016:515), dice:

4. De lo expuesto, cabe concluir que la jurisprudencia del TJUE no ha desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español.

5. En nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión. El legislador español ha tenido ocasión reciente de hacerlo, y sin embargo únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado 2 del art. 510 LEC, en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) pero no ha incluido igual solución para las sentencias del TJUE.

Esta doctrina jurisprudencial la ha reiterado el TS en su recientísimo auto, de 4 de abril 2017, núm. recurso 7/2017 (Roj: ATS 2684/2017 – ECLI:ES:TS:2017:2684A), con relación a los efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula suelo declarada nula por no superar el control de transparencia y las consecuencias que pueden atribuirse a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 respecto de los litigios terminados por sentencia firme.

Hay quien incluso opina que cabe la posibilidad de interponer un incidente de nulidad de actuaciones después de resolución judicial firme, regulado en los arts. 241 LOPJ y

42 PAREJA SÁNCHEZ, M., “Análisis jurisprudencial (II). Estado de la jurisprudencia específica sobre cláusulas suelo. Devolución de cantidades y retroactividad”, en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (coordinador LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.), Editorial Bosch, Barcelona, 2017, p. 579.

228 LEC, al objeto de que se dicte una nueva resolución acorde con la jurisprudencia sentada por el TJUE en su sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016⁴³.

Finalmente, podría plantearse la posibilidad de interponer una demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial al Estado español por daños y perjuicios derivados de una defectuosa aplicación del Derecho de la Unión por los tribunales españoles. La regulación la encontramos en los arts. 9.3 y 121 de la Constitución, así como en los arts. 292, 293 LOPJ.

5. EL REAL DECRETO-LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO

Como consecuencia de la sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, que ya hemos estudiado, el día 20 de enero de 2017 se aprobó por el Gobierno el Real Decreto-ley 1/2017, con entrada en vigor el día 21 de enero de 2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Su Exposición de Motivos no esconde que su razón de ser es la de salir al paso de la referida sentencia del TJUE, con el ambicioso objetivo de establecer “un cauce que les facilite (a los consumidores) la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito”.

El ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley (art. 2) se circunscribe únicamente a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria que incluyan una cláusula suelo y cuyo prestatario sea un consumidor. En consecuencia no será de aplicación para cualquier otra reclamación relacionada con las distintas cláusulas susceptibles de ser catalogadas como abusivas. También quedan fuera de su ámbito de aplicación aquellos afectados que no ostenten la condición de consumidores.

El Real Decreto-ley, básicamente, según JUAN GÓMEZ⁴⁴, introduce tres cuestiones destacables:

43 PÉREZ DAUDI, V., “La eficacia de las sentencias del TJUE en las sentencias firmes dictadas por los tribunales españoles”, *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo de 2017, p. 8

44 JUAN GÓMEZ, M.C., “Cláusulas suelo: crónica de una inseguridad jurídica”, *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2017.

1. Un procedimiento de reclamación extrajudicial (art. 3), que deberán implantar las entidades de crédito en el plazo máximo de un mes. Éste tendrá carácter voluntario para el consumidor. La entidad financiera, una vez recibida la reclamación deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver (incluyendo intereses legales por tales cantidades) y remitirle al consumidor la oportuna comunicación, desglosando los importes. Igualmente si considera que no procede la devolución de cantidades deberá motivar su decisión. El consumidor, posteriormente, deberá manifestar si está de acuerdo con el cálculo o no, siendo el plazo máximo que ha de durar todo este proceso el de tres meses, previéndose expresamente el “silencio negativo” de la entidad.

2. Como medida clave para fomentar el acuerdo extrajudicial -y la correlativa descongestión de los juzgados-, se prevé que el consumidor sólo podrá optar a un pronunciamiento favorable en materia de costas en el posterior procedimiento judicial, si las sumas obtenidas a través de éste fueran superiores a las que se le ofrecieron en la reclamación previa. De ser iguales o inferiores perdería todo derecho a las costas. Igualmente, de no haberse realizado la reclamación previa -que es voluntaria- si la entidad financiera formulase allanamiento antes de la contestación a la demanda, no procederá condena en costas de ningún tipo.

3. La posibilidad de que le entidad financiera y el consumidor acuerden la adopción de medidas compensatorias distintas de la devolución del efectivo. Eso sí, la aceptación de esa medida -para evitar futuras impugnaciones- deberá ser manuscrita y en documento aparte en el que también quede constancia del cumplimiento del plazo previsto en el apartado anterior.

4. Por último, se incorpora una disposición transitoria que permite a las partes inmersas en procedimientos judiciales en curso solicitar – de mutuo acuerdo- la suspensión de la tramitación del mismo para acogerse al procedimiento previsto en el Real Decreto-ley⁴⁵.

45 En relación con este Real Decreto-ley puede verse también: GARCÍA DE PABLOS, J.F., “La reclamación previa de las cláusulas suelo de las hipotecas”, *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2017, núm. 71. GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materias de cláusulas suelo”, *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2017, núm. 71.

CONCLUSIONES

Primera. A diferencia de lo que ocurría hasta hace muy poco, los afectados tanto por cláusulas abusivas como por condiciones generales de la contratación contrarias a derecho, disponen hoy de una serie más que aceptable de mecanismos jurisdiccionales que les permiten hacer valer su derechos.

Segunda. En mayor o menor medida, la vía declarativa para obtener, vía demanda o reconvencción, la nulidad de una determinada cláusula y hasta la restitución de lo indebidamente abonado por aplicación de la misma, ejerciendo acciones individuales o colectivas, siempre ha estado reconocida y prevista legalmente, aunque, eso sí, no de un modo totalmente satisfactorio, puesto que no se establece un régimen ordenado y completo sino que sólo se contemplan, a través de una serie de disposiciones dispersas y desordenadas, determinadas particularidades procesales aplicables. Se echa de menos también una nueva regulación que potencie las acciones colectivas frente a las individuales, resolviendo los problemas de coordinación que actualmente existen entre unas y otras, a fin de reducir el número de éstas y evitar el colapso de los tribunales.

Tercera. Una de las consecuencias de la crisis económica ha sido que, ante los impagos generalizados por parte de los particulares, se han interpuesto multitud de procedimientos ejecutivos (hipotecarios, sobre todo) y también monitorios, en reclamación de las cantidades adeudadas, con fundamento, muchas veces, en títulos y contratos que ha resultado contenían todo tipo no sólo de cláusulas abusivas sino también de condiciones generales de contratación que no resisten los controles que la ley impone, y sin que estuvieran previstos, en el seno de dichos procedimientos, mecanismos que permitieran eludir la aplicación de las referidas cláusulas y condiciones generales, lo que ha dado lugar al planteamiento de multitud de cuestiones prejudiciales ante el TJUE por parte de los tribunales españoles.

Cuarta. Como consecuencia de la doctrina que el TJUE ha ido elaborando al decidir dichas cuestiones prejudiciales, se ha ido conformando un sistema de protección jurisdiccional para los afectados por dichas cláusulas y condiciones que, aunque todavía no es perfecto, sí que es bastante aceptable, en la medida en que, tras las reformas llevadas a cabo, nuestra LEC prevé, en el seno de los procesos de ejecución, tanto ordinarios como hipotecarios, y en el seno, también, de los procesos monitorios, mecanismos que permiten eludir la aplicación de cualquiera de estas cláusulas y condiciones generales, tanto de oficio como a instancia de parte, hasta el punto de que

hoy puede decirse con rotundidad que, en el hipotético caso de que una de dichas cláusulas y condiciones termine aplicándose no será debido a que lo haya permitido ningún obstáculo procesal, máxime cuando sobre los jueces pesa el deber, que pueden ejercer en cualquier momento, tan pronto como dispongan de elementos de hecho o de derecho, de no aplicarlas.

Quinta. Es tremendamente difícil que una de estas cláusulas o condiciones resista el doble filtro del afectado por ellas y del juez, hasta el punto de que nos consta que las entidades de crédito, en particular, están ya desistiendo de iniciar ejecuciones hipotecarias aplicando una cláusula abusiva de vencimiento anticipado, ante la más que segura posibilidad de que terminen siendo archivadas.

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M. J., “Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos, *La Ley*, 2989/2013.

- “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *Diario La Ley*, núm. 8127, de 16 de julio de 2013.

- “Nueva llamada de atención por parte del TJUE en su sentencia de 17 de julio de 2014 respecto a las deficiencias del procedimiento hipotecario español: modificación del art. 695.4 LEC y otras reformas legales que resultan necesarias”, *Diario La Ley*, núm. 8381, de 19 de Septiembre de 2014.

- *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero*, Dykinson, S. L., Madrid, 2017.

AGRUIRRE SEOANE, J., “La impugnación de las cláusulas abusivas” (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Aguirre%20Seoane.pdf?idFile=a2b77fd2-6254-4f85-bae2-5cfc937b003f; última consulta 27/03/2017).

CASASOLA DÍAZ, J.M., “Suspensión de ejecuciones hipotecarias. Análisis de la jurisprudencia menor en materia de oposición a la ejecución hipotecaria”, en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios. Especial referencia a los efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y al RD-Ley 1/2017* (coordinador LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.), Editorial Bosch, Barcelona, 2017.

CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2013

DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “El control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”, *Revista General de Derecho Procesal* 35 (2015).

- “La oposición por existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria”, *Diario La Ley*, núm. 8454, de 8 de enero de 2015.

- “Cláusulas abusivas y procedimiento para reclamar los honorarios de los abogados: ¿Es posible el control de oficio por el letrado de la administración de justicia?”, *Diario la Ley*, núm. 8860, de 10 de noviembre de 2016.

FALERO SÁNCHEZ, S., “¿Por qué debe sobreseerse la ejecución hipotecaria? Un análisis de la jurisprudencia del TS y del TJUE”, *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2017.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “La opinión de José M^a Fernández Seijo sobre la STJUE de 21 de diciembre de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, Sección Hoy es Noticia, 21 de diciembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

- *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2017.

GARCÍA DE PABLOS, J.F., “La reclamación previa de las cláusulas suelo de las hipotecas”, *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2017, núm. 71.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Procesos judiciales para la tutela de los consumidores”, en *Manual de Derecho de Consumo*, (Coord. DÍAZ ALABART, S.), Editorial Reus, S.A., Madrid, 2016.

GOMARA HERNÁNDEZ, J.L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, Madrid, 2017.

GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materias de cláusulas suelo”, *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2017, núm. 71.

JUAN GÓMEZ, M.C., “Cláusulas suelo: crónica de una inseguridad jurídica”, *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2017.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M (Coord.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios. Especial referencia a los efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y al RD-Ley 1/2017*, Editorial Bosch, Barcelona, 2017.

MAGRO SERVERT, V., “La intervención de oficio del juez en la declaración de abusiva de cláusulas de contratos con consumidores ante un monitorio de reclamación de deuda tras la L 42/2015”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, febrero 2016.

- “Consecuencias de la sentencia del TJUE, sobre cláusulas abusivas. Retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, *Diario La Ley*, núm. 8901, 16 de enero de 2017.

MARTÍN PASTOR, J., “La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, en *Diario La Ley*, núm. 8085, de 16 de mayo de 2013 (disponible en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin54/Articulos_54/martin-pastor.pdf; última consulta 28/03/2017).

MUÑOZ GARCÍA, C., “Cláusula abusiva nula y su “no vinculación”. Excesos o rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, núm. 8903, 18 de enero de 2017.

PAZOS CASTRO, R., “Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo)”, *Diario La Ley*, núm. 8888, de 23 de diciembre de 2016.

PAREJA SÁNCHEZ, M., “Análisis jurisprudencial (II). Estado de la jurisprudencia específica sobre cláusulas suelo. Devolución de cantidades y retroactividad”, en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios. Especial referencia a los efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y al RD-Ley 1/2017* (Coord. LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.), Editorial Bosch, Barcelona, 2017.

PÉREZ DAUDÍ, V., “Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior”, en *Diario La Ley*, núm. 8391, de 3 de octubre de 2014.

- “La eficacia de las sentencias del TJUE en las sentencias firmes dictadas por los tribunales españoles”, *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo de 2017.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *La nulidad de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “La posición de los tribunales españoles respecto al concepto de consumidor amparado frente a cláusulas abusiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2016.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., “*In claris non fit interpretatio*: una rápida reflexión respecto a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (cláusula suelo)”, *Diario la Ley*, núm. 8900. 13 de enero de 2017

SENÉS MOTILLA, C., “La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria”, en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social* (Dir. NÚÑEZ IGLESIAS, A.), Editorial Comares, Granada, 2014.

SOLER SOLÉ, G., “TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado”, *Diario La Ley*, núm. 8905, 20 de enero de 2016.

VÁZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales: reiteración de la doctrina de la Sala 1ª Tribunal Supremo”, *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo 2017).

RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TJUE

- Sentencia del TJUE, de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, Océano Grupo Editorial, S.A., y Rocío Murciano Quintero, Salvat Editores, S.A., y José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane, Emilio Viñas Feliú (ECLI:EU:C:2000:346).
- Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, Elisa María Mostaza Claro y Centro Móvil Milenium, S.L. (ECLI:EU:C:2006:675).
- Sentencia del TJUE, de 4 de junio de 2009 (Sala Cuarta), asunto C-243/08, Pannon GSM Zrt. Y Erzsébet Sustikné Györfi (ECLI:EU:C:2009:350).
- Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, VB Pénzügyi Lízing Zrt y Ferenc Schneider (ECLI:EU:C:2010:659).
- Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság e Invitel Távközlési Zrt. (ECLI:EU:C:2012:242).
- Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2012, asunto C-618-10, Banco Español de Crédito, S.A. y Joaquín Calderón Camino (ECLI:EU:C:2012:349).
- Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, banif Plus Bank Zrt y Csaba Csipai, Viktória Csipai (ECLI:EU:C:2013:88).
- Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) (ECLI:EU:C:2013:164).
- Sentencia del TJUE, de 30 de mayo de 2013, asunto C-397/11, Erika Jörös y Aegon Magyarország Hitel Zrt. (ECLI:EU:C:2013:340).
- Sentencia del TJUE, de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, Horațiu Ovidiu Costea c. SC Volsbank România SA. (ECLI:EU:C:2015:538).
- Auto del TJUE (Sala Sexta), de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15, Dumitru Tarcău y Ileana Tarcău contra Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA Arad y otros (ECLI:EU:C:2015:772).

- Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, Jorge Sales Sinués y Caixabank, S.A, y Youssef Drame Ba Catalunya Caixa, S.A. (Catalunya Banc, S.A.) (ECLI:EU:C:2016:252).
- Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U.; Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA); Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu (ECLI:EU:C:2016:980).
- Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 26 de enero de 2017, asunto C- 421/14, Banco Primus, S.A., y Jesús Gutiérrez García (ECLI:EU:C:2017:60).
- Sentencia del TJUE (Sala Quinta), de 16 de febrero de 2017, asunto C-503/15, Ramón Margarit Panicello y Pilar Hernández Martínez (ECLI:EU:C:2017:126).

SENTENCIAS Y AUTOS DEL TS

- Sentencia del TS, de 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013 (Roj: STS 1916/2013).
- Auto del TS, de 16 de noviembre de 2013, núm. recurso 1979/2011 (Roj: ATS 11098/2013 – ECLI:ES:TS:2013:11098A).
- Sentencia del TS, de 24 de noviembre de 2014, núm. 462/2014 (Roj: STS 4617/2014 – ECLI:ES:TS:2014:4617).
- Sentencia del TS, de 22 de abril de 2015, núm. 265/2015 (Roj: STS 1723/2015 – ECLI:ES:TS:2015:1723).
- Sentencia del TS, de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015 (Roj: STS 5618/2015 – ECLI: ES:TS:2015:5618).
- Sentencia del TS, de 18 de febrero de 2016, núm. 81/2016 (Roj: STS 515/2016 – ECLI:ES:TS:2016:515).
- Sentencia del TS, de 3 de junio de 2016, núm. 364/2016 (Roj: STS 2401/2016 – ECLI: ES:TS:2016:2401).
- Sentencia del TS, de 3 de junio de 2016, núm. 367/2016 (Roj: STS 22550/2016 – ECLI: ES:TS:2016:2550).
- Sentencia del TS, de 16 de enero de 2017, núm. 16/2017, (Roj: STS 17/2017 - ECLI: ES:TS:2017:17).

- Sentencia del TS, de 18 de enero de 2017, núm. 30/2017 (Roj: STS 123/2017 – ECLI:ES:TS:2017:123).
- Sentencia del TS, de 30 de enero de 2017, núm. 57/2017 (Roj: STS 328/2017 – ECLI:ES:TS:2017:328).
- Auto del TS, de 8 de febrero de 2017, núm. recurso 1752/2014 (Roj: ATS 271/2017 – ECLI:ES:TS:2017:271A).
- Auto del TS, de 22 de febrero de 2017, núm. recurso 2825/2014 (Roj: ATS 785/2017 – ECLI; ES;TS:2017:785A).
- Sentencia del TS, de 9 de marzo de 2017, núm. 171/2017 (Roj: STS 788/2017 – ECLI: ES:TS:2017:788).
- Auto del TS, de 4 de abril 2017, núm. recurso 7/2017 (Roj: ATS 2684/2017 – ECLI:ES:TS:2017:2684A).

RESOLUCIONES DE OTROS ÓRGANOS JUDICIALES

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010, núm. 246/2010 (Roj: SMJ SE 76/2010 – ECLI: ES:JMSE:2010:76).
- Sentencia de la AP Sevilla, Sección 5ª, de 7 de octubre de 2011, núm. recurso 1604/2011 (Roj: SAP SE 1470/2011 – ECLI: ES:APSE:2011:1470).
- Sentencia de la AP de Pontevedra, sección 1ª, de 14 de mayo de 2014, núm. 175/2014 (Roj: SAP PO 448/2014 – ECLI: ES:APPO:2014:448).
- Sentencia de la AP Pontevedra, Sección 6ª, de 30 de diciembre de 2016, núm. 685/2016, (Roj: SAP PO 2620/2016 - ECLI: ES:APPO:2016:2620).