



A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Pablo Sánchez Martín



BOLETÍN DIGITAL CIVIL

NÚMERO 16. MONOGRÁFICO. JUNIO 2017

COLISIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DISPOSICIONES LEGALES DE DERECHO INTERNO EN ESPAÑA: UNA SOLUCIÓN CONFORME AL SISTEMA DE FUENTES Y LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

RAFAEL LEONÉS VALVERDE
Magistrado. Juzgado de lo Mercantil nº 1
Granada

**COLISIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y
DISPOSICIONES LEGALES DE DERECHO INTERNO EN ESPAÑA:
UNA SOLUCIÓN CONFORME AL SISTEMA DE FUENTES Y LA
LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN
JURISDICCIONAL**

RAFAEL LEONÉS VALVERDE

Magistrado

VOCES: Consumidores, jurisprudencia, función jurisdiccional, derecho comunitario

En el presente trabajo se analiza si la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es aplicable de forma preferente a las normas legales de derecho interno hasta el punto de que un juez pueda dejar de aplicar la legislación vigente a la que está sujeto; y si un juez puede apartarse en un caso determinado de lo que dispone una ley imperativa.

1.- CONSIDERACIONES INICIALES

Una de las novedades más sustanciales que ha experimentado el derecho civil aplicado en nuestros Juzgados y Tribunales en los últimos años se ha desarrollado, sin duda alguna, en el marco del derecho de consumo. Tan es así que si un juez, como consecuencia de haber concursado recientemente, ha pasado a ejercer la jurisdicción civil a partir de finales del año 2013 proveniente de cualquier otra jurisdicción, no reconocería ésta cuando una de las partes es un consumidor, ni en sus aspectos procesales ni en los materiales, si la confronta con sus recuerdos en esta materia.

La razón de este cambio, en muchos aspectos radical, no deriva sin embargo de una reforma legal expresa acontecida de forma reciente. Estas reformas, como se analizará a en el presente artículo, se han producido, pero no como fruto de la voluntad del legislador de cambiar la regulación legal aplicable a los consumidores, sino como reacción obligada (y en muchos aspectos insuficiente) a la evolución jurisprudencial experimentada en este materia en la interpretación y aplicación de la ya vetusta Directiva 93/13/CEE, CEE del Consejo, de 5 de abril.

Dentro de este nuevo derecho de consumo, de desarrollo más jurisprudencial que legal, una de las cuestiones que más inquietud puede despertar en los jueces y magistrados (al menos a mí me produce cierto desasosiego) es si la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es aplicable de forma preferente a las normas legales de derecho interno hasta el punto de que un juez pueda, en base a dicha jurisprudencia, dejar de aplicar normas legales vigentes, a las que, en principio, debiera encontrarse sujeto de forma imperativa en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Asimismo, existe una segunda cuestión estrechamente anudada a la anterior: si un juez puede apartarse en un caso determinado de lo que dispone una ley imperativa, ¿en base a qué puede hacerlo? ¿qué es lo que le legitima para apartarse del “imperio de la ley”? Es importante para todo juez o magistrado responder a estas preguntas con unas premisas claras y extrapolables a cualquier procedimiento que pudiera conocer. Es por ello por lo que, a lo largo del presente artículo, se desarrollará una posible respuesta a estas cuestiones que se aplicará a supuestos concretos y específicos en los que la jurisprudencia del TJUE ha entrado en conflicto con disposiciones legales, aportando una posible solución a los casos en los pudieren encontrarse los jueces y magistrados españoles en esta situación.

2.- PUNTO DE PARTIDA INICIAL: ¿ES VINCULANTE LA JURISPRUDENCIA?

Ésta es, sin duda, la primera pregunta que debe plantearse cualquier juez o magistrado que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, se encuentre en la tesitura de que una determinada norma legal aplicable al caso dispone algo que, a su juicio, pudiera resultar contrario a la doctrina jurisprudencial asentada para ese mismo caso.

Para responder a esta cuestión no es preciso, a mi juicio, acudir al sistema de fuentes del derecho (vid. art. 1 del Código Civil) y al encaje que en las mismas tiene la jurisprudencia. No se trata de determinar si los jueces y magistrados pueden desechar de un plumazo las consideraciones previamente efectuadas por los tribunales superiores de los que emana la jurisprudencia al resolver un determinado caso o si, por el contrario, debe abjurar de su cometido de interpretar las normas legales para sujetarse directamente y sin discusión a lo establecido en la doctrina jurisprudencial existente. Todo lo contrario. Toda doctrina jurisprudencial es vinculante en el sentido de que los jueces y magistrados deben tenerla en cuenta en el ejercicio de la función jurisdiccional; sin embargo, tenerla en cuenta no significa que el juez se convierta en una simple máquina transmisora de la doctrina emanada de los tribunales superiores al resolver los casos que tiene encomendados. No hay que olvidar que todo juez o magistrado, desde el más humilde juez en prácticas en funciones de sustitución o refuerzo o en expectativa del destino conforme a los arts. 307.4 y 308 LOPJ hasta los integrantes de una Sala del Tribunal Supremo, cuando se encuentran en ejercicio de la función jurisdiccional tienen sobre sí la trascendente función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3

CE) y deben hacerlo razonando por si mismos y asumiendo la responsabilidad personal de sus decisiones.

En consecuencia, toda jurisprudencia en si misma considerada, y con carácter general, es vinculante en el sentido antes expuesto; pero no es imperativa. Ello significa que si el juez o magistrado, tras examinar la fundamentación de la doctrina jurisprudencial, comparte los argumentos expuestos en la misma, debe aplicarla para resolver el caso en concreto; sin embargo, si dicha doctrina jurisprudencial no se asienta en una fundamentación suficiente, o ésta no convence al juez o magistrado, éste debe resolver conforme a su propio criterio y con sujeción, en todo caso, a la ley.

Ahora bien, no faltan ya de antiguo (vid. STS de 1 de febrero de 1958) los pronunciamientos jurisprudenciales que otorgan o atribuyen a la jurisprudencia carácter imperativo para los jueces y magistrados, por lo que es procedente preguntarse si ello es así porque así lo dispongan algunas resoluciones del Tribunal Supremo o no. Para ello, es pertinente partir de una afirmación lógica: la jurisprudencia no puede ostentar carácter imperativo para los jueces y magistrados simplemente porque dicha jurisprudencia así lo afirme. Debe ser una fuerza normativa superior la que le atribuya ese carácter imperativo. Esta afirmación se puede extender a otros grados de elementos normativos; así por ejemplo, la ley no tiene carácter imperativo porque así lo disponga ésta, por el contrario, su fuerza vinculante deriva de una fuerza normativa superior: la Constitución Española, que le atribuye a la ley tal carácter.

3.- LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

¿Por qué los jueces y magistrados se encuentran legitimados para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado? ¿Qué es lo que les atribuye el poder de que sus decisiones puedan imponerse a los ciudadanos aun en

contra de su voluntad? Es importante responder a estas cuestiones pues sólo si determinamos el origen del poder que ostentan los jueces y magistrados podemos establecer las bases a las que estos deben responder en todo caso cuando se les suscitan dudas sobre qué aplicar para revolver un caso en concreto que tienen encomendado.

Pues bien, si los jueces y magistrados pueden ejercer la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, no es porque ellos mismos se hayan arrogado a sí mismos dicha capacidad o porque así lo hayan dispuesto los tribunales superiores, tales como el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo pueden hacer porque así lo ha dispuesto la Constitución Española en su art. 117. Por tanto, si los jueces y magistrados se hayan legitimados para ejercer su función es porque la Constitución lo ha previsto. Es a ésta, frente a cualquier otra consideración (como pudieran ser la jurisprudencia de tribunales superiores, los tratados internacionales o la propia ley), a la que debe mirar todo juez o magistrado que tenga dudas cuando los distintos elementos normativos aplicables a un mismo caso se confrontan o colisionan entre sí.

¿Y qué dispone la Constitución Española que deba tener en cuenta todo juez o magistrado en el ejercicio de la función jurisdiccional? Pues una premisa clara y fundamental: que todos los jueces y magistrados se encuentran sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Esta afirmación es de una importancia capital, pues no sólo dispone que los titulares del poder judicial se encuentran vinculados imperativamente por la ley, sino algo más, que sólo están sometidos imperativamente por ésta. A ninguna otra fuente o elemento normativo, por tanto, e independientemente de su importancia, se encuentran sometidos los jueces y magistrados españoles.

Este podría ser, ciertamente, el desenlace final del presente artículo. Si los jueces y magistrados se encuentran sometidos únicamente al imperio de la ley y a la Constitución, de la que deriva su legitimidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, es evidente que no pueden apartarse de lo dispuesto en ésta, por mucho que exista una resolución clara y terminante del TJUE que disponga que el juez debe dejar de aplicarla. Ahora bien, no es tan fácil resolver esta cuestión, como veremos a continuación.

Es cierto que los actuales artículos 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que tienen el rango de ley (según dispone el art. 96 CE), no establecen en momento alguno que las resoluciones dictadas por el TJUE al plantearse una cuestión prejudicial tengan carácter imperativo para los jueces y magistrados de los distintos países que conforman la Unión Europea. Así, el art. 267 TFUE antes referido sólo dispone que si un tribunal tiene dudas sobre la interpretación de alguna disposición de derecho comunitario tiene la obligación de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE cuando contra su decisión no quepa recurso judicial en su derecho interno, pero no establece en ningún caso que la resolución del TJUE sea imperativa para los tribunales nacionales.

Sin embargo, el art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) sí dispone expresamente en su apartado primero que *“los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*. Esta disposición normativa es muy importante porque, al tener el carácter de ley, vincula de forma concreta a los jueces y magistrados en dos sentidos. Así, no sólo obliga a los titulares del Poder Judicial a aplicar el derecho de la Unión Europea (lo que ya derivaba del art. 288 TFUE, al otorgar carácter de acto jurídico al derecho comunitario derivado), sino también, y lo que es más importante, dicho derecho debe ser aplicado de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, lo que equivale a decir

que dicha jurisprudencia, al determinar la forma en que debe aplicarse el derecho comunitario, es imperativa para los jueces y magistrados, que no pueden apartarse de la misma cuando aplican el derecho propio de la Unión Europea.

En este sentido, el art. 4 bis LOPJ atribuye a la jurisprudencia del TJUE el mismo carácter imperativo que ostenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional según se deriva del art. 5 LOPJ, que manifiesta que *“la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”*; rango imperativo para los jueces y magistrados que no tiene, por no asignárselo norma legal alguna, la jurisprudencia de la Sala 1ª de Tribunal Supremo o del resto de tribunales del orden jurisdiccional civil.

4.- DERECHO COMUNITARIO: PRINCIPIO DE PRIMACÍA.

Tal y como antes decía, el art. 4 bis LOPJ obliga a los jueces y magistrados a aplicar el derecho comunitario de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. Sin embargo, ¿qué sucede si una disposición de derecho comunitario, tal y como es interpretada por el TJUE, es contraria a una disposición de derecho interno? En principio, podría parecer que dicha situación implicaría un choque entre legitimidades de uno y otro derecho y que tendría que optarse por una de ellas, como superior a la otra. Sin embargo, la única legitimidad, como antes hemos visto, deriva de la Constitución Española, que atribuye a la ley un carácter imperativo. ¿Cómo solucionar entonces esta dicotomía?

En realidad, la solución la marca el propio art. 4 bis LOPJ. Si atendemos a dicho precepto, la diferencia entre una disposición legal de derecho interno y otra derivada del derecho comunitario radica en que,

mientras la primera debe ser aplicada por los jueces y magistrados teniendo en cuenta la jurisprudencia aplicable al caso pero no vinculados de forma imperativa por ella, la norma de derecho comunitario debe ser aplicada siempre, y en todo caso, de conformidad con la jurisprudencia emanada del TJUE, de la que el juez español no puede apartarse so riesgo de infringir el mandato constitucional de sometimiento al imperio de la ley.

En consecuencia, mientras que los jueces y magistrados, en el ejercicio de su función jurisdiccional, pueden apartarse de la jurisprudencia establecida al interpretar normas de derecho interno justificándolo debidamente, no pueden hacer lo mismo con la jurisprudencia emanada del TJUE interpretando las normas de derecho comunitario. Sin embargo, esta diferencia, por si sola, no es suficiente para deducir de la misma que el juez nacional pueda dejar de aplicar una norma legal de derecho interno; para ello, es preciso contar con un elemento más: el principio de primacía.

Este principio se encontraba ya claramente definido y asentado en la CEE desde mucho antes de la entrada de España en la misma. En concreto, ya en la STJUE de 15 de julio de 1964 (Caso Flaminio Costa / Enel) se mantenía que, en caso de contradicción entre una disposición legal de derecho interno y otra derivada del derecho comunitario, el juez nacional debía desplazar la ley interna y aplicar la de rango comunitario. Esta previsión, sin embargo, no tuvo fácil encaje en sistemas tales como el francés o el italiano que, como el español, establecen expresamente la sujeción en todo caso del juez a la ley, que no puede dejar de aplicar sin acudir a otras instancias superiores, que son las únicas que pueden acordar que deje de aplicarse una norma con rango de ley (en España, el Tribunal Constitucional). Como consecuencia de ello, el TJUE dio un giro de tuerca más y en la STJUE de 9 de marzo de 1978 (Caso Simmenthal) se dispuso expresamente que *“el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, está obligado a garantizar la*

plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.

Pues bien, dado que el art. 4 bis LOPJ da rango legal a la jurisprudencia del TJUE, es la propia ley la que obliga a los jueces y magistrados a dejar de aplicar una norma con rango legal de derecho interno cuando la aplicación de la misma impide otorgar a las norma de derecho comunitario plena eficacia; resolviéndose, de esta forma, la dicotomía a la que antes hacíamos referencia.

Ahora bien, surge la duda de cómo es posible que un juez o magistrado pueda dejar de aplicar una norma legal (a la que se encuentra vinculado constitucionalmente) por el simple hecho de que otra disposición con rango legal (la doctrina “Simmenthal” en virtud de lo dispuesto en el art. 4 bis LOPJ) así lo disponga. No hay que olvidar que, incluso en los casos en los que una ley es inconstitucional (y la Constitución Española es superior jerárquicamente a cualquier ley), el juez no puede dejar de aplicar dicha disposición legal por si mismo, sino que debe plantear una cuestión de inconstitucionalidad para que el sea el Tribunal Constitucional el que disponga la inaplicación de dicha ley mediante su declaración de inconstitucionalidad (art. 163 CE).

La respuesta a dicha cuestión es que no puede o, al menos, no directamente. Así, por mucho que la doctrina “Simmenthal” tenga carácter imperativo para todos los jueces y magistrados (ya que así lo dispone el art. 4 bis LOPJ) y ésta disponga que deben inaplicar las disposiciones legales internas por su propia iniciativa sin tener que esperar a ningún procedimiento constitucional, por encima de cualquier ley (y, por tanto, también por encima de la jurisprudencia del TJUE) se encuentra la Constitución Española, fuente de la legitimidad del Poder Judicial, entre cuyas previsiones se encuentra la del derecho de todos a

un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

A este respecto, procede destacar la importante STC de 5 de noviembre de 2015, que analiza esta cuestión de forma directa y cuya doctrina se resume en dos previsiones:

a) Dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción.

b) Ahora bien, si existe una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La doctrina “Simmenthal”, en consecuencia, no es de aplicación total en España a la hora de otorgar a los jueces y magistrados la posibilidad de dejar de aplicar, por su propia iniciativa, una disposición legal de derecho interno (y ello, aunque fuera contraria a la plena eficacia de una disposición de derecho comunitario). Así, sólo podrán hacer esta operación de desplazamiento legal si existe ya una interpretación previamente efectuada por el TJUE que disponga expresamente que la disposición legal de derecho interno que pretende desplazarse resulta contraria a la plena eficacia de la disposición de derecho comunitario cuya prevalencia se pretende.

Por el contrario, si dicha interpretación auténtica ya efectuada por el TJUE no existe, el juez nacional no puede dejar de aplicar la norma legal de derecho interno, abriéndosele dos posibilidades:

1) Si contra su decisión no cabe recurso judicial, el juez nacional debe plantear una cuestión prejudicial, y ello, en virtud de lo dispuesto en el art. 267 TFUE (antes referido); debiendo ser el TJUE el que resuelva esta cuestión con carácter definitivo.

2) Si contra su decisión sí cabe recurso, por el contrario, el juez puede, o bien plantear dicha cuestión prejudicial, o bien aplicar directamente la norma legal de derecho interno, siempre que dicha decisión sea fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria; pues, en este caso, ello no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (tal y como se dispone en la STS de 5 de noviembre de 2015).

Ello no quiere decir que el juez nacional pueda dejar de aplicar las normas de derecho comunitario, pues las mismas, al igual que las de derecho interno, son imperativamente vinculantes para todos los jueces y magistrados. Al contrario, lo que esta doctrina implica es que siempre debe procurarse una interpretación que garantice la plena aplicación y eficacia tanto de las normas de derecho interno como de las del derecho comunitario.

Por tanto, si es posible interpretar la normativa interna de forma que la misma garantice, a juicio del juez o magistrado, la plena eficacia de la norma de derecho comunitario, el juez nacional no puede dejar de aplicar la norma nacional, sino que debe interpretarla en este sentido. Es a esto a lo que se refiere la STS de 5 de noviembre de 2015 cuando dice que procede aplicar *“la norma legal de derecho interno, siempre que dicha decisión sea fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria”*. Sin embargo, los jueces y magistrados no pueden, con el pretexto de que están interpretando, dejar de aplicar las normas legales. Es posible determinar el alcance y significado de las normas, pero no simplemente inaplicarlas. Por tanto, en aquellos casos en los que no

cabe una interpretación integradora de las dos fuentes en contradicción y, por tanto, no cabe una exégesis racional de la legalidad ordinaria, el juez o magistrado debe plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Así funciona en nuestro ordenamiento jurídico el principio de primacía, y así se resuelven, a mi juicio, las eventuales contradicciones que entre las normas legales de derecho interno y las de derecho comunitario pudieran aparecérselas a los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Partiendo de estas premisas teóricas, procede analizar casos y cuestiones concretas y observar si tales premisas sirven realmente para resolver las contradicciones o dudas interpretativas que pueden surgir al conocer en un determinado caso de un eventual conflicto entre normas de derecho interno y disposiciones de derecho comunitario

5.- STS DE 9 DE MAYO DE 2013: LIMITACIÓN DEL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS QUE FORMAN PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL CONTRATO.

Una de las previsiones contenidas en la celeberrima STS de 9 de mayo de 2013 (vid. fundamento de derecho décimo de la misma) y que más repercusión práctica ha tenido en las resoluciones dictadas por los jueces y magistrados del orden jurisdiccional civil dictadas al amparo de aquélla es la de que, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, CEE del Consejo, de 5 de abril, las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato (como considera que son las conocidas como “cláusulas suelo”) no pueden ser declaradas abusivas por un eventual desequilibrio si las mismas son claras y transparentes.

Esta limitación, que deriva del art. 4.2 de la citada Directiva, sin embargo, no fue objeto de transposición en el derecho interno español, en el que, conforme al art. 82 del de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se

consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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; y ello, sin distinguir si las mismas forman parte o no del contenido esencial del contrato.

Esta contradicción fue resuelta por la STS de 9 de mayo de 2013 en el sentido de considerar aplicable el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, CEE del Consejo, de 5 de abril, argumentándolo por derivación a otra sentencia (la STS de 18 de junio de 2012), en la que se manifestaba que *“el control de contenido que la nueva redacción del artículo 10, siguiendo a la Directiva del 93, ya no refiere a la «buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones», sino a «la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes», no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés «conceptualmente abusivo», sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio «interés usurario» que afecte a la validez del contrato celebrado., esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible «abusividad» del interés convenido”*.

Sin embargo, como se manifestó en la parte teórica del presente artículo y se deriva del art. 4 bis LOPJ, las normas de derecho comunitario (como es el art. 4.2 de la Directiva 93/13) deben aplicarse de conformidad con la jurisprudencia del TJUE y éste ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los casos en los que los derechos nacionales no han transpuesto el art. 4.2 de la Directiva 93/13. En concreto, en su

sentencia de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08) sostiene que “[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”, y que el artículo 4 de la Directiva antes citada debe interpretarse en el sentido de que “[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”.

Esto es, precisamente, lo que acontece en el presente caso, en el que la normativa nacional (conformada por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y la Ley 7/1998, de 13 abril, de condiciones generales de la contratación) no impide que se puedan declarar abusivas cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato, aunque sean claras y transparentes; lo que, en palabras de la referida sentencia de 3 de junio de 2010, supone que la normativa española “permite garantizar al consumidor, conforme al art. 8 de la Directiva (93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993), una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta”.

En este sentido, y aun cuando siempre deba procurarse una interpretación integradora entre las normas de derecho interno y las disposiciones de derecho comunitario, el TJUE ya se ha pronunciado expresamente sobre cómo debe interpretarse la no transposición del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, al Derecho nacional español en el sentido de considerar que dicho artículo no es de aplicación en el sistema español, que permite una protección efectiva

más elevada al consumidor que la prevista por la normativa comunitaria.

Por tanto, y por mucho que lo diga el Tribunal Supremo en las numerosas sentencias dictadas con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2013, la contradicción existente entre el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, y el art. 82 del de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, debe resolverse, según ha dispuesto el TJUE, máximo intérprete del Derecho comunitario, en el sentido de aplicar la norma de Derecho nacional con carácter preferente y permitir, en definitiva, el control de abusividad de las cláusulas que definen o describen el objeto principal del contrato; y ello aunque las mismas sean claras y transparentes. Cuestión distinta es si puede apreciarse o no un desequilibrio importante en las obligaciones y derechos de las partes como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, pero no cabe excluir dicha posibilidad tomando como base el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril.

6.- LA ABUSIVIDAD COMO CAUSA DE OPOSICIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Uno de los mayores terremotos que ha experimentado la normativa procesal civil española tras la entrada en vigor de la actual LEC fue debido, sin duda alguna, a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz), al menos, en lo que respecta al proceso de ejecución hipotecaria. Con anterioridad a esta sentencia, las posibilidades del prestatario consumidor de poder alegar la abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario en este procedimiento eran nulas debido a la conjunción del antiguo art. 695 LEC, que entre las causas de oposición a este tipo de procedimientos no disponía esta posibilidad, y el art. 698 LEC, que establecía que la eventual nulidad del título debía ventilarse

en un procedimiento declarativo que no podía suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La STJUE de 14 de marzo de 2013 vino a determinar que “*la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final*”. Como se observa, la contradicción entre el Derecho interno español y la Directiva comunitaria derivaba de dos circunstancias cumulativas: la imposibilidad de oponer el carácter abusivo de las cláusulas como causa de oposición unido a la imposibilidad de suspender este procedimiento en un proceso declarativo distinto en el que se ventilara esta cuestión.

El TJUE, sin embargo, no disponía como resolver esta contradicción de forma expresa, lo que podía hacerse, bien dejando de aplicar el art. 695 LEC, permitiendo formular como motivo de oposición el carácter abusivo de las cláusulas, bien el art. 698 LEC, permitiendo acordar la suspensión del procedimiento de ejecución como medida cautelar en un proceso declarativo. El optar por una u otra decisión dependía, como es lógico, del concreto juez o magistrado ante el que se planteara esta cuestión: el competente para conocer del procedimiento de ejecución o el que conociera del proceso declarativo ulterior.

Esta posible doble solución, sin embargo, fue cercenada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fue la reacción del legislador español a

la STJUE de 14 de marzo de 2013. Esta ley modificó expresamente el art. 695 LEC para permitir alegar como causa de oposición la abusividad de las cláusulas en el proceso de ejecución hipotecaria, dejando incólume el art. 698 LEC. Sin embargo, tuvo un efecto añadido. Dado que, tras dicha modificación, la normativa procesal española ya no podía ser considerada como opuesta a la normativa comunitaria (al desaparece uno de los dos requisitos cumulativos establecidos en la sentencia antes mencionada para ello), el art. 698 LEC volvía a ser plenamente aplicable y vinculante para los jueces y magistrados, que ya no podían, tomando como argumento la STJUE analizada, suspender como medida cautelar el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Asimismo, y para evitar que se pudiera considerar que aún seguía existiendo esa contradicción con la Directiva comunitaria en los procedimientos de ejecución hipotecaria anteriores, pero aún en trámite, en los que ya no se podía formular oposición para poder alegar la abusividad de las cláusulas por haber precluido el plazo para ello, la Ley 1/2013 también dispuso en su disposición transitoria cuarta abrir un plazo especial de 1 mes desde el día siguiente a su entrada en vigor para poder formular excepcionalmente una oposición por este motivo.

Esta previsión normativa, al tiempo de que dotaba a los jueces y magistrados de un cauce legal a través del cual vehicular la inaplicación de cláusulas abusivas en un procedimiento de ejecución hipotecaria, establece al mismo tiempo diversos límites con rango legal y, por tanto, vinculantes. En primer lugar, dispone que en aquellos procedimientos de ejecución hipotecaria ya terminados, sin actuaciones ejecutivas pendientes de realizar por haberse hecho entrega posesoria del bien ejecutado a su adquirente, el ejecutado ya no puede alegar o defenderse del eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, otorgando rango de cosa juzgada a lo dispuesto en dichos procedimientos, y ello aunque en los mismos no se respetó la Directiva 1993/13/CEE. Asimismo, y en segundo lugar, se establece exclusivamente el plazo de 1 mes a contar desde el día siguiente a la

entrada en vigor de la Ley 1/2013 para poder formular como oposición dicha abusividad, de forma que, una vez transcurrido ese plazo, si el prestatario no ha formulado oposición expresa al procedimiento de ejecución, ya no podrá hacerlo.

Estos límites, así como la plena aplicación del art. 698 LEC, podrían llegar a considerarse en abstracto como contrarios a la Directiva 1993/13/CEE, al menos en lo que respecta al principio de efectividad, pues podría entenderse que dichas disposiciones procesales nacionales podrían hacer imposible (en los casos en los que el procedimiento de ejecución hipotecaria ya había terminado) o excesivamente difícil (al contar el plazo para poder oponerse desde un acto publicitario oficial – como es la publicación en el BOE- y no desde la comunicación expresa al ejecutado de dicha posibilidad) la aplicación del Derecho de la Unión, tal y como reflejaba la STJUE de 14 de marzo de 2013.

Sin embargo, la STJUE de 14 de marzo de 2013 no analizaba dichos extremos de forma concreta (dado que dichas previsiones legales se estipularon con posterioridad a su dictado) y, por tanto, dado su carácter legal y la falta de una resolución expresa del TJUE respecto de la inaplicación de las mismas, debían considerarse vinculantes salvo que se planteara otra cuestión prejudicial respecto de ellas (vid. STC de 5 de noviembre de 2015), al ser normas legales muy concretas y específicas, y consecuentemente, poco aptas para una interpretación integradora que permitiera aplicar la Directiva 1993/13/CEE sin dejar de aplicar completamente dichas previsiones legales nacionales.

Ello provocó finalmente que el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Martorell terminara planteando otra cuestión prejudicial, que fructificó en la STJUE de 29 de octubre de 2015. En ésta se planteaba, en concreto, la posible contradicción entre la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 con los arts. 6 y 7 de la Directiva 1993/13/CEE, al establecer aquella el plazo preclusivo de un mes a contar desde su entrada en vigor para poder oponerse en un procedimiento de ejecución hipotecaria en trámite a la aplicación de una eventual cláusula abusiva.

El TJUE se plantea en dicha resolución dos cuestiones: a) si el plazo de 1 mes es suficiente para que los interesados puedan preparar e interponer un recurso efectivo dada la naturaleza excepcional de este trámite (que se aparta del plazo ordinariamente dispuesto para oponerse en este tipo de procedimientos); y b) si el que dicho plazo empiece a contarse desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y no desde la notificación personal al ejecutado de la posibilidad excepcional de oponerse aduciendo el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el título ejecutivo, le garantizaba el ejercicio efectivo de este nuevo derecho procesal a oponerse.

La primera cuestión, sin embargo, sólo fue parcialmente resuelta por el TJUE, que consideró que el plazo preclusivo de un mes no puede considerarse compatible con el Derecho de la Unión. Lo que no señala, sin embargo, es qué plazo debería considerarse suficiente. La segunda sí fue resuelta de un modo más explícito, al señalar el Tribunal que la nueva posibilidad de formular un incidente de oposición excepcional debía ser informada a través de la misma vía procesal por la que fueron informados los ejecutados de la facultad de oponerse con carácter ordinario al despacho de ejecución, es decir, de forma personal (arts. 553 y 686.2 LEC); lo que excluye automáticamente la aplicación del apartado cuarto de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, por resultar contrario a normas de derecho comunitario tal y como han sido interpretadas de forma directa y concreta por el TJUE.

A efectos prácticos, en consecuencia, y hasta que el legislador modifique la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 (si es que lo hace), la posibilidad de oponerse excepcionalmente en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, aduciendo el carácter abusivo del contenido del título ejecutivo, no está sujeta a más plazo que el límite final para el que se establece este mecanismo excepcional de oposición, esto es, hasta que se haga entrega posesoria del bien ejecutado a su nuevo adquirente.

7.- LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Finalmente, el último supuesto práctico de eventuales contradicciones entre normas de derecho comunitario y de derecho interno objeto de análisis en este artículo es el derivado de la ya celeberrima STJUE de 21 de diciembre de 2016, cuando establece que el efecto restitutorio derivado de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo no puede limitarse exclusivamente a las cantidades abonadas con posterioridad a la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 a pesar de la doctrina jurisprudencial establecida al efecto en dicha sentencia, con el art. 218 LEC y el principio de congruencia, en virtud de los cuales no puede condenarse en sentencia a la parte demandada a pagar más cantidad que la que haya sido objeto de petición en la demanda; y ello, en los supuestos en las que la parte actora acotó su pretensión en el procedimiento judicial a reclamar las cantidades abonadas como consecuencia de la cláusula suelo con posterioridad al 9 de mayo de 2013.

Se trata de un supuesto muy discutible y que actualmente es analizado de forma individual por los jueces y magistrados españoles en multitud de casos a la vista de que muchos abogados, condicionados por la doctrina jurisprudencial derivada de las SSTS de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, limitaban la pretensión de reclamación al interponer la demanda a las cantidades abonadas como consecuencia de la cláusula suelo con posterioridad al 9 de mayo de 2013, y, sin embargo, y como consecuencia de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, pretenden alterar con posterioridad lo reclamado para que en sentencia se condene a la demandada a restituir también las cantidades abonadas con anterioridad a dicha fecha; planteándose en definitiva una eventual contradicción entre el art. 6 de la Directiva 1993/13/CEE y el art. 218 LEC.

Esta contradicción, en mi opinión, debe resolverse (como todas las anteriores que han sido objeto de análisis) tomando como punto de referencia los parámetros establecidos en la ya referida STC de 5 de noviembre de 2015. Así, y en primer lugar, procede analizar si esta contradicción ya ha sido objeto resolución mediante una interpretación auténtica efectuada por el STJUE para este caso en concreto. En este sentido, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 no es suficiente para legitimar al juez nacional a apartarse del art. 218 LEC pues en aquella sólo se establece que el art. 6 de la Directiva 1993/13/CEE es contradictoria con una doctrina jurisprudencial (como la derivada de las SSTS de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015) que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, no con un precepto legal, como es el art. 218 LEC, que vincula al juez a la hora de dictar sentencia a limitarse a las pretensiones formuladas por la parte actora debidamente en el proceso. Asimismo, tampoco conforma esta interpretación auténtica la STJUE de 3 de octubre de 2013. En ésta, se considera que una aplicación rigorista del art. 218 LEC podría llegar a ser contrario (bajo ciertos parámetros que serán objeto de análisis posterior) a la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999. Pero no existe ninguna resolución del TJUE que diga de forma concreta y específica que el art. 218 LEC (o una concreta interpretación del mismo) pueda resultar contrario al art. 6 de la Directiva 1993/13/CEE o a otra disposición comunitaria aplicable al caso objeto de análisis.

Partiendo de dicha consideración, la opción del juez o magistrado nacional (siempre que quepa recurso contra su resolución) es doble: o plantea una cuestión prejudicial ante esta eventual contradicción o interpreta el derecho nacional de forma integradora con las disposiciones de derecho comunitario. Sin embargo, si opta por esta segunda opción, y como antes se ha tenido la oportunidad de exponer, interpretar no implica hacer desaparecer por arte de magia el art. 218 LEC, sino que toda posible interpretación debe partir de la existencia y aplicación de dicho precepto al caso de autos.

A mi juicio, una posible solución a este problema deriva de la antes mencionada STJUE de 3 de octubre de 2013, en la que se analiza el alcance del principio de congruencia cuando el mismo puede resultar contradictorio con la efectividad de una norma de derecho comunitario. En concreto, en esta sentencia se analiza el problema derivado de que un consumidor que compra un bien de consumo decide reclamar jurisdiccionalmente la resolución del contrato de compraventa cuando, a la luz de la Directiva 1999/44/CE, tan solo tenía derecho en su caso en concreto a la reducción del precio de compra, y viene a decir que en tales casos, de conformidad con la interpretación que del Derecho interno le hizo el tribunal que planteó la cuestión prejudicial (Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Badajoz), el juez debe de oficio acordar la reducción del precio, aunque no fuera lo solicitado por el consumidor en su demanda. Sin embargo, basta leer dicha sentencia para constatar que el TJUE parte para dictar dicha resolución de una premisa fundamental: que no se reconoce en el Derecho español al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda; circunstancia ésta que merece ser analizada en este caso, pues condicionaba, según la interpretación efectuada por el TJUE, la posibilidad del juez nacional de inaplicar en aquel caso el art. 218 LEC.

Y es que, en mi opinión, en el supuesto objeto de análisis el consumidor actor tiene tanto la posibilidad de modificar su pretensión inicial para reclamar las cantidades abonadas como consecuencia de una cláusula suelo declarada abusiva con anterioridad al 9 de mayo de 2013, siempre que lo haga en el trámite de la audiencia previa (formulándolo como una pretensión complementaria conforme al art. 426.3 LEC), como igualmente la posibilidad de presentar una nueva demanda para reclamar las cantidades que, abonadas como consecuencia de la cláusula suelo, no fueron objeto de reclamación en el primero de los procesos planteados.

Así, no existe obstáculo alguno para interpretar el art. 426.3 LEC de forma integradora con el art. 6 de la Directiva 1993/13/CEE y, dado que no implica ni el ejercicio de nuevas acciones ni acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos a los planteados inicialmente en la demanda, permitir al actor consumidor formular como pretensión complementaria en la audiencia previa la de que se condene a la entidad demandada a devolver las cantidades abonadas como consecuencia de la cláusula suelo abusiva con anterioridad al 9 de mayo de 2013; y ello, cuando se limitó a reclamar las cantidades abonadas con posterioridad a dicha fecha exclusivamente por los doctrina jurisprudencial de las SSTs de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, y siempre que, como se dispone en el propio art. 426.3 LEC, ello no cause indefensión a la parte demandada, lo que no acontecerá siempre que ésta pudiera haber alegado cuanto tuvo por conveniente respecto del momento que, a su juicio, procedía en todo caso la devolución de las cantidades.

Igualmente, también es posible para el consumidor decidir interponer una nueva demanda para reclamar las cantidades abonadas con anterioridad al 9 de mayo de 2013; y ello, por cuanto dichas cantidades no fueron objeto de reclamación en el procedimiento inicialmente planteado, y de conformidad con una interpretación literal del art. 400 LEC (la más integradora con la efectividad del art. 6 de la Directiva 1993/13/CEE), que impide interponer nuevas demandas para pedir lo mismo que ya fue pedido en otra demanda anterior tomando como base otros hechos o fundamentos, pero no para pedir cosas distintas tomando como base los mismos hechos y fundamentos, que es lo que acontecería en el presente caso, en el que, por los mismos argumentos, se reclamarían las cantidades abonadas con anterioridad al 9 de mayo de 2013 cuando en el primero de los procedimientos se reclamaron las abonadas con posterioridad a dicha fecha (constituyendo por tanto un objeto distinto).

Por tanto, y en definitiva, dado que el art. 218 LEC es perfectamente compatible con la Directiva 1993/13/CEE partiendo de la exégesis racional antes expuesta de los arts. 426.3 y 400 LEC, considero que procede aplicar el art. 218 LEC y ajustarse, al dictar sentencia, a las pretensiones oportunamente planteadas por la parte actora en el procedimiento cuando se limitó a reclamar las cantidades abonadas con posterioridad al 9 de mayo de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

ALMENAR BELENGUER, MANUEL. *El control de oficio de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución. Problemas sustantivos y procesales*. Cuadernos digitales de formación CGPJ, 2016.

ALONSO GARCÍA, RICARDO. *El juez español y el sistema comunitario*. Colección del Consejo General del Poder Judicial, 2003.

CÓRDOBA CASTROVERDE, DIEGO. *El Tribunal Constitucional como juez comunitario*. Colección del Consejo General del Poder Judicial.

DÍEZ GARCÍA, HELENA. *La Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su transposición en nuestro Derecho interno*. Cuadernos digitales de formación CGPJ, 2016.

FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA. *Cuestiones procesales en torno a la tutela al consumidor en los procedimientos de ejecución*. Cuadernos digitales de formación CGPJ, 2014.

O'CALLAGHAN, XAVIER. *Problemática de la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo*. Colección del Consejo General del Poder Judicial.

PUISSOCHET, JEAN-PIERRE. *Las colisiones en el plano normativo: la primacía del Derecho comunitario*. Estudios de Derecho Judicial CGPJ, 2007.

ANEXO JURISPRUDENCIAL (por orden de aparición en el artículo)

STJUE de 15 de julio de 1964 (Caso Flaminio Costa / Enel)

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=843016>

STJUE de 9 de marzo de 1978 (Caso Simmenthal)

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89693&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=5051311>

STC de 5 de noviembre de 2015

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-13479

STS de 9 de mayo de 2013

http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/20130509_TSC%25

STS de 18 de junio de 2012

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6508168&links=&optimize=20121003&publicinterface=true>

STJUE de 3 de junio de 2010

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=81085&doclang=ES>

STJUE de 14 de marzo de 2013

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&doclang=ES>

STJUE de 29 de octubre de 2015

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170744&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=760024>

STJUE de 21 de diciembre de 2016

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186483&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

STS de 25 de marzo de 2015

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7350902&links=&optimize=20150417&publicinterface=true>

STJUE de 3 de octubre de 2013

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=142614&doclang=ES>

