

LA SENTENCIA DEL TJUE DE 29 DE OCTUBRE DE 2015 EN EL ASUNTO BBVA: ANÁLISIS DE SUS EVENTUALES CONSECUENCIAS

Francisco Verdún Pérez

Abogado

Resumen: A la luz del objetivo comunitario de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, el presente artículo examina diferentes consecuencias jurídicas que pueden plantearse a resultas de la sentencia *BBVA*, entre otras, la exigencia apremiante de modificación legislativa española, la obligación de los jueces nacionales de actuar de oficio en los asuntos afectados y la posibilidad del justiciable de formular la acción de responsabilidad contra el Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión.

Palabras clave: Consumidores, procedimiento de ejecución, cláusulas abusivas, responsabilidad del Estado.

Title: The Court of Justice of the European Unión ruling of the 29th October 2015 in the *BBVA* case: analysis of its possible consequences

Abstract: In the light of the Community objective of ensuring a high level of consumer protection, the present article analyzes a number of juridical consequences that might be derived from the *BBVA* judgment, among others, the urgent demand of an amendment of the Spanish legislation, the duty of the national courts to act of their own motion in the cases concerned and the possibility of the litigant to bring an action for damages against the State as a result of a breach of European Union law.

Keywords: Consumers, enforcement procedures, unfair terms, State liability.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Consecuencias jurídicas de la sentencia *BBVA*. 2.1. *Eventual obligación de los jueces de decretar de oficio la nulidad de actuaciones.* 2.2. *Incidente de nulidad de actuaciones a instancia del ejecutado.* 2.3. *Necesidad de modificación legislativa.* 2.4. *Reclamación de responsabilidad al Estado español por daños causados a los particulares por incumplimiento del Derecho de la Unión.* 2.4.1. *Reclamación al Estado legislador por no haber previsto en la normativa sobre ejecución la posibilidad de oposición en base al carácter abusivo de una cláusula contractual.* 2.4.2. *Reclamación al Estado legislador por no haber previsto en la disposición transitoria 4ª de la ley 1/2013 la notificación personal del plazo para formular oposición.* 2.4.3. *Reclamación al Estado por incumplimiento judicial al no apreciar de oficio los jueces nacionales el posible carácter abusivo de las cláusulas*

contenidas en contratos entre profesionales y consumidores. 2.5. Posibilidad de formulación de denuncia ante la Comisión Europea. 2.6. Posibilidad de presentación de petición ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo. 3. Conclusiones.

1. Introducción

Para analizar el problema planteado en el asunto *BBVA*¹ debemos partir de la mediática sentencia *Aziz*², en virtud de la cual, entre otros pronunciamientos, el TJUE declaró que la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro 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 dicha 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 la decisión final³.

Como consecuencia de esa declaración, el legislador español se vio en la necesidad de modificar el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, aprovechando la ocasión para revisar también las normas ordinarias aplicables a toda ejecución judicial e incluso las reglas del procedimiento de venta extrajudicial ante notario. Estos cambios normativos fueron llevados a cabo a través de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social⁴, cuyo capítulo tercero trató las dos primeras cuestiones, es decir, las modificaciones del procedimiento de ejecución ordinaria y las del procedimiento de ejecución hipotecaria, si bien fue titulado "mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria", denominación que consideramos errónea y que induce a confusión,

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de Octubre de 2015. *BBVA*,S.A. anteriormente *Unnibanc*,S.A. y Pedro Peñalva López, Clara López Durán, Diego Fernández Gabarro. (Asunto C-8/14) EU:C:2015:731.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de Marzo de 2013. *Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)* (Asunto C-415/11) EU:C:2013:164.

³ Es interesante comentar que el TJUE se vio obligado a reformular la cuestión redactada erróneamente por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona ya que ésta rezaba: "*Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.*" (apartado 31). Fácilmente puede constatarse que se le pide al TJUE que interprete el Derecho nacional cuando es lo cierto que conforme al mecanismo de la cuestión prejudicial regulado por el art. 267 TFUE lo que corresponde al TJUE es interpretar el Derecho de la Unión.

⁴ La exposición de motivos de la ley 1/2013 recoge expresamente que las modificaciones del procedimiento ejecutivo y del extrajudicial son consecuencia de la Sentencia del TJUE de 14 de Marzo de 2013.

habiendo sido más correcto llamarlo “mejoras en el procedimiento de ejecución” a secas –apelativo que abarca el procedimiento de ejecución ordinario y el hipotecario- por cuanto que dentro de ese capítulo tercero, como hemos apuntado, el legislador también incluía modificaciones de artículos correspondientes a la ejecución ordinaria.

Así, entre otras cuestiones, preveía la nueva causa de oposición en la ejecución ordinaria basada en que el título contenga cláusulas abusivas (causa 7ª del apartado 1 del art. 557 LEC) y las consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una o varias cláusulas en una ejecución ordinaria (art. 561,1, 3º LEC). Por otro lado, también modificaba preceptos correspondientes a la normativa que recoge las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (arts. 681 a 698 LEC); en especial y como consecuencia directa de la sentencia *Aziz*, introducía la nueva causa de oposición en la ejecución hipotecaria basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (art. 695, 1, 4ª LEC), desarrollando así mismo los trámites de la oposición.

En relación a aquellos procedimientos de ejecución ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el legislador español incluyó la disposición transitoria cuarta –“Régimen transitorio en los procesos de ejecución”- ⁵ con arreglo a la cual:

“(…)2. En todo caso, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.ª del artículo 557.1 y 4.ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley y la formulación de las partes del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta Disposición transitoria se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Dicha disposición transitoria dio lugar a que el Juzgado de 1ª Instancia de Martorell plantease una cuestión prejudicial al TJUE a fin de que éste interpretase la Directiva 93/13 para evaluar si dicha norma transitoria era contraria o no al Derecho de la Unión Europea.

⁵ En este caso el legislador sí delimita correctamente el ámbito de aplicación de la disposición transitoria refiriéndose a los procesos de ejecución, ya que ello comprende tanto los procedimientos ejecutivos ordinarios como los procedimientos de ejecución dirigidos contra bienes hipotecados o pignorados.

El TJUE declaró en su sentencia de 29 de octubre de 2015 (Asunto C-8/14, *BBVA, S.A., anteriormente Unnim Banc, SA y Pedro Peñalva López, Clara López Durán y Diego Fernández Gabarro*) que “los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que a esa fecha no ha concluido, un plazo preclusivo de un mes, **calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley**⁶, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales”.

El Tribunal de Justicia basó su decisión entre otros razonamientos en el hecho que el plazo preclusivo comienza a correr sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado antes de entrar en vigor esa Ley, por lo que la disposición transitoria no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa, teniendo el TJUE en cuenta el riesgo elevado de que el plazo expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben, en realidad, la amplitud exacta de esos derechos y dada, además, la particularidad y la complejidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. Concluye el TJUE que la disposición transitoria vulnera el principio de efectividad.

Es de añadir que el TJUE adoptó la posición expuesta por el Abogado General Sr. Maciej Szpunar en sus conclusiones presentadas el 13 de Mayo de 2015 en las que llevó a cabo un minucioso análisis de la cuestión.

Tenemos que recordar que nos encontramos en el marco de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que la normativa europea confiere a los consumidores. Ya en una etapa temprana de su jurisprudencia el Tribunal de Justicia se había pronunciado en el sentido que corresponde al Derecho nacional determinar cómo los intereses de una persona perjudicada por un incumplimiento del Derecho comunitario debían ser protegidos⁷. Así lo estimaba en 1976 el Tribunal de Justicia en la sentencia *Rewe*⁸ al afirmar en su fundamento jurídico quinto que “a falta de normativa

⁶ Negrita y subrayado son nuestros.

⁷ Es nuestra traducción de la afirmación de los profesores Craig y de Búrca: “ *Early in its case law the ECJ ruled that it was for the national legal system to determine how the interests of a person adversely affected by an infringement of EU law were to be protected*”, en su obra “EU law text, cases, and materials”, Oxford University Press, New York, 2011, p.219. Esta obra es considerada por muchos como el manual más completo de Derecho de la Unión Europea.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1976. *Rewe-Zentralfinanz eG, Colonia, Rewe-Zentral AG, Colonia, y Landwirtschaftskammer für das Saarland, Saarbrücken* (Cámara de Agricultura del Estado federado del Sarre). (Asunto 33/76) . EU:C:1976:188.

comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario, quedando claro que estas normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno; (...) que, a falta de tales medidas de armonización, los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional; que sólo podría ser de otro modo si estas modalidades y plazos hicieran imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar". Ello ha sido reiteradamente manifestado por el Tribunal de Justicia en los últimos cuarenta años cuando ha tenido la oportunidad. Así, específicamente, en relación a la normativa procesal interna de ejecución forzosa, podemos citar, entre otras, la sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*⁹.

En este contexto, el Tribunal de Justicia lleva a cabo un análisis caso por caso de las circunstancias que puedan permitir la aplicación del principio de autonomía

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014, Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., (Asunto C-169/14), EU:C:2014:2099, en cuyo apartado 31 el TJUE afirma:

" (...) a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los recursos de apelación admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria contra las resoluciones que se pronuncien sobre la legitimidad de una cláusula contractual, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado que las modalidades de que se trata deben responder al doble requisito de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 24; *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 38; *Aziz*, EU:C:2013:164, apartado 50, y *Barclays Bank*, EU:C:2014:279, apartado 37)."

Esta sentencia es especialmente relevante, entre otros motivos, porque interpretando el TJUE el artículo 7,1 de la Directiva 93/13 en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, consideró que a esta normativa comunitaria se opone el desarrollo del procedimiento de oposición regulado en el art. 695 LEC por ser contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal, principio que forma parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento de la Unión confiere a los justiciables garantizado en el artículo 47 de la Carta y ello por cuanto que el deudor ejecutado no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución (basada en la existencia de cláusula abusiva) 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.

Es de reseñar que la posible infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del artículo 695 LEC y del procedimiento de ejecución hipotecaria había sido tratada en diferentes ocasiones por el Tribunal Constitucional –la última mediante Auto 113/2011 de 19 de Julio inadmitiendo la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1ª Inst. nº 2 de Sabadell– considerando en todo momento el TC el pleno respeto de dicho principio constitucional por parte del art. 695 LEC y del procedimiento de ejecución hipotecaria. La sentencia *Sánchez Morcillo* y la sentencia *Aziz* –aún cuando en ésta no se mencione el art. 47 de la Carta– constatan los beneficios de la confluencia de distintos catálogos de derechos fundamentales con sus respectivos intérpretes, habiendo demostrado en estos dos supuestos el TJUE ser más garantista que nuestro Tribunal Constitucional.

procesal nacional en contraposición con el imprescindible cumplimiento de los principios de equivalencia y efectividad, contemplado todo ello desde la óptica del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva en sus múltiples aspectos.

2. Consecuencias jurídicas de la sentencia

Una vez analizados los antecedentes de la cuestión, debemos plantearnos qué consecuencias jurídicas se podrían extraer de la sentencia *BBVA* en nuestro ordenamiento, habida cuenta que las autoridades españolas, entre las que se encuentran las autoridades legislativas así como nuestros jueces y tribunales, han de cumplir con lo dispuesto en los pronunciamientos del TJUE.

Las consecuencias que se expresan a continuación constituyen el objeto del presente artículo pero no dejan de ser propuestas del autor, con la finalidad de dar pie al debate sobre la cuestión.

2.1. Eventual obligación de los jueces de decretar de oficio la nulidad de actuaciones

Es comúnmente conocida la doctrina del TJUE iniciada con la sentencia *Océano Grupo*¹⁰ y desarrollada mediante sucesivos pronunciamientos entre los que podemos citar las sentencias *Cofidis*¹¹, *Mostaza Claro*¹², *Pannon GSM*¹³, *Asturcom Telecomunicaciones*¹⁴, *VB Pénzügyi Lízing*¹⁵,

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000. *Océano Grupo Editorial, S.A.*, Y Roció Murciano Quintero y Salvat Editores, S.A. y José M. Sánchez Alcón Prades y otros (Asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98) EU:C:2000:346. Esta Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia bajo la presidencia del insigne profesor Rodríguez Iglesias merece ser objeto de especial estudio dentro de la jurisprudencia del Tribunal, porque por vez primera configura la necesidad de que el juez nacional esté facultado para apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula como único medio para alcanzar una protección efectiva del consumidor con arreglo al objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva 93/13 que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores. Esa facultad se convertirá en obligación del juez nacional en pronunciamientos sucesivos, concretamente a partir de la sentencia *Pannon GSM* según delimitación establecida por el propio TJUE en su reciente sentencia *Tomášová*. La Sentencia *Océano Grupo* también recoge la doctrina de la interpretación conforme según la cuál al aplicar disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la Directiva, el juez nacional debe interpretarlas en toda la medida de lo posible a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 Noviembre de 2002. *Cofidis SA* y Jean-Louis Fredout, (Asunto C-473/00) EU:C:2002:705.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 Octubre de 2006. *Elisa María Mostaza Claro y. Centro Móvil Milenium SL.* (Asunto C-168/05) EU:C:2006:675.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 Junio de 2009. *Pannon GSM Zrt. y Erzsébet Sustikné Gyórfi,* (Asunto C- 243/08) EU:C:2009:350.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 Octubre de 2009. *Asturcom Telecomunicaciones SL y Cristina Rodríguez Nogueira.* (Asunto C- 40/08) EU:C:2009:615.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 Noviembre 2010. *VB Pénzügyi Lízing Zrt. y Ferenc Schneider,* (Asunto C- 137/08), EU:C:2010:659.

*Banco Español de Crédito*¹⁶, *Aziz, Sánchez Morcillo y Abril García* y otras, en virtud de la cuál, en el ámbito de protección de consumidores, a partir del momento en el que el juez nacional conoce los elementos de hecho y de derecho necesarios para analizar el posible carácter abusivo de una cláusula tiene la obligación de proceder a su examen de oficio, *in limine litis* o en cualquier fase del procedimiento constituyendo los límites de dicha obligación, por un lado, la propia conducta del consumidor, es decir, cuando el consumidor manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula¹⁷, y, por otro, el ineludible respeto a la tutela judicial efectiva de las partes. Esta última exigencia ha sido declarada por el Tribunal de Justicia a partir de la sentencia *Banif Plus Bank*¹⁸, debiendo el juez informar a las partes del posible carácter abusivo de una o varias cláusulas y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria la cuestión conforme a las normas procesales nacionales antes de tomar la pertinente decisión al respecto.

Es de añadir que la actuación de oficio por parte del juez a fin de conseguir una efectiva protección de los consumidores ha sido establecida por el TJUE también en relación a otros instrumentos jurídicos del Derecho de consumidores distintos de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y con respecto a otros ámbitos dentro del Derecho de consumidores diferentes de la contratación hipotecaria.

En relación a la primera observación podemos citar la sentencia *Duarte Hueros*¹⁹ dictada por el Tribunal de Justicia en el marco de la Directiva 1999/44/EC sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En ella el TJUE declara que la citada directiva “*debe*

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de Junio de 2012. *Banco Español de Crédito, S. A. y Joaquín Calderón Camino* (Asunto C-618/10), EU:C:2012:349, en el marco de un procedimiento monitorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya regulación –en especial art. 815,1 y art. 818,1 LEC- fue declarada incompatible con el Derecho de la Unión por parte del TJUE:

“...la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio –in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición”.(Apartado 57)

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de Junio de 2009. *Pannon GSM Zrt y Erzsébet Sustikné Gyórfi* (Asunto C 243/08) EU:C:2009:350, Apartado 33: “ (...)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”.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2013. *Banif Plus Bank Zrt y Csaba Csipai, Viktória Csipai*, (asunto C 472/11), EU:C:2013:88, Apartado 36: “(...) el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.”

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2013 *Soledad Duarte Hueros v. Autociba, S.A. y Automóviles Citroën España, S.A.*, (Asunto C 32/12,) EU:C:2013:637.

interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda” (apartado 43)²⁰.

Respecto de la segunda observación merece la pena recordar lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*²¹ que se refiere a un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un particular que actúa con fines privados y un profesional de los negocios inmobiliarios, manifestando el Tribunal que la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que “*cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, deberá en principio, tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio, anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios enunciados por la Directiva*” (apartado 53).

Es decir, el TJUE sitúa esas normas de protección de consumidores al mismo nivel y con el mismo rango que las normas de orden público, tal y como afirma en la sentencia *Faber*²².

²⁰ Esta sentencia tiene gran trascendencia, entre otras razones, al poner en evidencia el principio de congruencia tal y como se recoge en los artículos 218, 216 y 412 de la LEC y principio esencial en la configuración del proceso civil en la inmensa mayoría de las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, frente al principio de efectividad, concluyendo el TJUE que la citada normativa procesal no se atiene al principio de efectividad en la medida que hace excesivamente difícil, cuando no imposible en los procedimientos judiciales iniciados a instancia de los consumidores en caso de falta de conformidad con el contrato del bien entregado, la aplicación efectiva de la protección que la Directiva pretende conferir a éstos últimos. Ello significa que en el ámbito de consumidores, cuando concurren circunstancias de índole similar a las que se dan en el asunto principal, el juez nacional tiene la obligación de modificar de oficio las pretensiones del consumidor-litigante contenidas en la súplica de la demanda o de la reconvencción en la medida que ello sea necesario para lograr la efectiva protección de los derechos de los consumidores y si tiene dudas de interpretación del Derecho de la Unión, habrá de plantear la correspondiente cuestión prejudicial. El deber de atemperar las rigideces del proceso ya había sido asumido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (apartado 130), haciéndose eco de la doctrina del TJUE, poniendo ambos tribunales como condición el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes de manera que éstas han de haber tenido la posibilidad de ser oídas y de debatir de forma contradictoria sobre esa cuestión

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de Mayo de 2013 *Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito v. Jahani BV* (Asunto C- 488/11) EU:C:2013:341.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2015 *Froukje Faber y Autobedrijf Hazet Ochten BV* (C 497/13) EU:C:2015:357, apartado 56: “*Dadas la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 1999/44 otorga a los*

Recientemente, el TJUE en la sentencia *Radlinger y Radlingerová*²³ ha declarado que esa obligada actuación de oficio también corresponde al juez concursal en el marco de un procedimiento concursal respecto del examen del carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en dicho procedimiento.

Todo lo anteriormente expuesto²⁴ nos lleva a la conclusión que a fin de lograr una eficaz protección de los derechos de los consumidores el juez en

consumidores, esta disposición debe considerarse una norma equivalente a una disposición nacional que, en el ordenamiento jurídico interno, tiene rango de norma de orden público”.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de abril de 2016. Ernst Georg Radlinger , Helena Radlingerová y Finway a.s. (Asunto C-377/14) EU:C:2016:283, apartado 59: “ (...)el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa procesal nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en un procedimiento concursal, por un lado, no permite que el juez concursal examine de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el marco del referido procedimiento, aunque este juez disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello, y que, por otro lado, sólo permite que dicho juez examine los créditos que no vayan acompañados de una garantía, y ello únicamente en relación con un número limitado de alegaciones basadas en la prescripción o en la extinción de tales créditos”.)

²⁴ Sobre la referida doctrina del TJUE resulta muy ilustrativo el análisis de los numerosos artículos publicados al respecto, entre los que pueden ser citados los siguientes:

BLANCO GARCÍA, A., “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”. Revista Cesco de Derecho de Consumo, Centro de estudios de consumo. Nº 7/2013.

CENTENO HUERTA, S., “El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea. El juez nacional como máximo garante”. Boletín Derecho Mercantil .1.Junio.2013.

CORDÓN MORENO, F., “Sentencia de la AP Barcelona de 15 de diciembre de 2014 (caso aziz): la cuestión procesal de la congruencia” Centro de estudios de consumo. Fecha de publicación: 1 de abril de 2015. Disponible en:

<http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/04/Sentencia-de-la-AP-Barcelona-de-15-de-diciembre-de-2014-Caso-Aziz.pdf>

CORDÓN MORENO, F., “La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor” Revista Cesco de Derecho de consumo. Centro de estudios de consumo. Nº8/2013. Disponible en

<https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/436/378>

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”. Revista de Derecho de la Unión Europea. Nº 26 Enero-Junio 2014.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015”. Vlex. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Núm. 748, Marzo 2015.

LAFUENTE TORRALBA, A.J., “Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente” Revista de Derecho Civil. Vol.II, Nº 2, abril-junio 2015.

MAK, C., “On Beauty and Being Fair. The interaction of national and supranational judiciaries in the development of a European law on remedies”. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper no. 2014-07, Amstrdam, 2014.

PEREZ CEBADERA, M.A., “La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad”. Revista de Jurisprudencia, num. 2, 15 Abril, 2014.

REDONDO TRIGO, F., “La imposible moderación de la cláusula penal abusiva en un contrato de arrendamiento entre arrendador profesional y el arrendatario consumidor según el Tribunal de Justicia

cuyo juzgado se haya tramitado un proceso de ejecución al que afecte la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, es decir, un procedimiento ejecutivo que estuviera en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, en el que hubiera transcurrido a fecha de 15 de mayo de 2013 en todo o en parte²⁵ el período de oposición de diez días previsto en el art. 556.1 de la LEC y en el no se hubiera producido la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el art. 675 LEC a dicha fecha de 15 de mayo de 2013, **debería decretar de oficio –previa audiencia de las partes- la nulidad de actuaciones con retroacción de las mismas hasta el mismo momento de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y ordenar la notificación personal al ejecutado de que dispone del plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la notificación para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7ª del artículo 557,1 y en el apartado 4º del artículo 695,1 de la LEC según se trate de un procedimiento ejecutivo ordinario o de un procedimiento de ejecución hipotecaria, respectivamente.**

Esta actuación de oficio constituye un medio para el posterior cuestionamiento de oficio o a instancia de parte sobre la existencia de cláusulas abusivas en el título objeto de ejecución. Es de hacer constar que sectores doctrinales muy autorizados no comparten esta opinión del autor ya que consideran que no sería necesario decretar la nulidad de actuaciones, sino que bastaría que el juez examinase de oficio la abusividad y, además, que admitiese la oposición del consumidor basada en la abusividad de cláusulas relevantes en la ejecución, en cualquier momento (más allá del plazo de un mes desde la reforma legal) o, si el juez le notificó la posibilidad de oponerse, en el plazo de un mes de esta notificación, debiéndose producir todo ello antes de que la ejecución concluya con la entrega al adjudicatario. Entienden dichos sectores doctrinales que no tiene sentido retrotraer actuaciones con el solo fin de permitir un análisis que no necesariamente ha de conducir a la abusividad de la cláusula.

Es evidente que se pueden contradecir nuestras argumentaciones sosteniendo que una cosa es actuar de oficio para evaluar el posible carácter abusivo de una cláusula y otra cosa es actuar de oficio para decretar una nulidad de actuaciones –previa audiencia de las partes- con apoyo en la sentencia *BBVA* dictada por el TJUE.

de la Unión Europea. La aplicación de esta doctrina al supuesto de desistimiento unilateral ad nutum del arrendatario” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Núm. 739, Septiembre, 2013.

SARRIÓN ESTEVE, J., “Effective judicial protection in consumer protection in the ECJ's case law”. UACES 44th Annual Conference, Cork 1-3 September 2014

Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1750327.

²⁵ Puesto que el apartado 3 de la disposición adicional cuarta confiere idéntico tratamiento a los procesos en los que se ha iniciado el periodo de oposición de diez días, es decir, el plazo se ha consumido parcialmente frente a los procesos en los que el plazo ha expirado en su totalidad previsto en el apartado 2.

Sin embargo, en el marco del ordenamiento jurídico comunitario, considero que la actuación de oficio del juez con respeto del principio de contradicción de las partes según ha establecido la jurisprudencia del TJUE es obligatoria en cualquier contexto dentro del ámbito del Derecho de consumidores donde esté justificada para conseguir el objetivo de la eficaz protección de los derechos de los consumidores. Basta recordar la ya citada sentencia *Duarte Hueros* donde la obligada actuación de oficio del juez se desarrolla para modificar la pretensión inicial de la demanda dejando sin efecto en esas circunstancias el tradicional principio de congruencia previsto por la legislación procesal nacional.

Lógicamente, no procederá la nulidad de actuaciones en aquellos procedimientos en los que ya haya existido una notificación personal al ejecutado de su derecho a formular oposición dentro del plazo de un mes desde la notificación conforme a los demás requisitos de la disp. transit. 4ª de la Ley 1/2013 -hubiera ejercitado o no su derecho-, y en aquellos procedimientos en los que el ejecutado, aún no existiendo notificación personal, atendiendo a lo prevenido por la disp. trans. 4ª, haya formulado oposición en plazo, y, por tanto, admitida a trámite.

Es importante tener en cuenta que las normas sobre nulidad de actuaciones previstas en el Capítulo IX del Título V del Libro I de la LEC, es decir, los artículos 225 a 231 LEC, que regularán la actuación procesal habrán de ser aplicadas por los jueces atemperando las rigideces del proceso a fin de lograr la efectiva protección de los derechos de los consumidores y respetando el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes.

Debemos preguntarnos qué posición debería adoptar el juez en el caso de que en el momento en el que se plantea dictar la resolución referida el bien inmueble ha sido ya puesto en posesión del adquirente conforme al art. 675 LEC. Consideramos que esa circunstancia constituye un límite a la regla anterior, por lo que en esos supuestos no cabría la nulidad de actuaciones y su retroacción. Para sostener dicha afirmación nos servimos de los razonamientos expuestos por el Abogado General sr. Szpunar en este mismo asunto²⁶, según el cual:“(…) *el Tribunal de Justicia ha considerado que habida cuenta de los principios de seguridad jurídica y de fuerza de cosa juzgada, en que se basa el sistema jurisdiccional nacional, la eventual ilegalidad de dichos procedimientos no justifica, en principio, su reapertura*”, remitiéndose a su vez a las sentencias *Impresa Pizzarotti*²⁷, *Eco Swiss*²⁸ y *Kapferer*²⁹ en las que el TJUE afirma que el Derecho de la

²⁶ Asunto C-8/14 Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 13 de Mayo de 2015. Nota a pie de página nº 28.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014 *Impresa Pizzarotti & C. SpA y Comune di Bari y otros* (asunto C-213/13), EU:C:2014:2067.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999 *Eco Swiss China Time Ltd y Benetton International NV*, (asunto C-126/97), EU:C:1999:269.

Unión no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho de la Unión por la decisión en cuestión. Procedería, por tanto, en estos casos, mantener al adquirente en la posesión del bien para no desvirtuar el principio de seguridad jurídica y de cosa juzgada, pero se abriría para el justiciable la alternativa que estudiaremos en apartados sucesivos consistente en reclamar la responsabilidad al Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión dada la obligación impuesta por éste a los Estados miembros de reparar cualquier perjuicio causado a los particulares por una vulneración del Derecho de la Unión que les sea imputable, opción a la que también se refirió el Abogado General para los ejecutados cuyos procedimientos de ejecución hipotecaria estaban finalizados antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2013.

2.2. Incidente de nulidad de actuaciones a instancia del ejecutado

Es indudable que los justiciables afectados, ya sea previa petición de asistencia jurídica gratuita y asignación de letrado y procurador de oficio, o a través de profesionales libremente designados, podrán solicitar la declaración de nulidad de actuaciones con retroacción de las actuaciones al momento de entrada en vigor de la Ley 1/2013 para que previa audiencia de las partes y, en su caso, resolución estimatoria del juzgado que conoció la ejecución, pueda notificarse de forma personal al ejecutado su derecho a formular el incidente extraordinario de oposición. Las mismas puntualizaciones desarrolladas en el apartado anterior serían válidas para este supuesto (improcedencia de nulidad en caso de que hubiera ya existido notificación personal, oposición o entrega de la posesión del inmueble al adquirente)

En el supuesto que ahora analizamos también resulta precisa la actuación judicial que anteponga la protección eficaz de los derechos de los consumidores frente a las formalidades del proceso con respeto en todo caso del derecho de contradicción de las partes.

Ha de tenerse en cuenta el plazo perentorio de 20 días establecido por el art. 241,1 párrafo 3º LEC desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, por lo que sería conveniente la expresa manifestación de que la solicitud se plantea dentro de dicho plazo.

Es de añadir que no cabría recurso ordinario alguno ni contra la resolución judicial que inadmitiese a trámite el incidente de nulidad de actuaciones (artículo 228, 1, párrafo 3º LEC) ni contra la que eventualmente desestimara la nulidad tras la tramitación del incidente (artículo 228, 2 LEC).

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2006 Rosmarie Kapferer contra Schlank & Schick GmbH, (asunto C-234/04) EU:C:2006:178.

Ante alguna de estas circunstancias, el justiciable podría plantearse la posibilidad de interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del artículo 24 de la Constitución española, y, en su caso, inadmitido o desestimado éste, y, por tanto, agotadas las vías internas de recurso, tendrá el justiciable la opción de presentar la correspondiente demanda ante el TEDH por vulneración de los artículos 6 y 13 del Convenio europeo de Derechos Humanos.

Habida cuenta de las elevadas posibilidades de que nuestro Tribunal Constitucional resolviese la no admisión del recurso de amparo³⁰ –en especial, por considerar el TC la inexistencia de justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso- y también las dudas sobre las posibilidades de éxito de un eventual recurso ante el TEDH, con el problema añadido en ambas instituciones de la necesidad de un gran lapso de tiempo para el dictado de la pertinente resolución, parece que desestimada la nulidad de actuaciones, el justiciable podría plantearse la reclamación de responsabilidad al Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión. **Pero todo ello deberá estar condicionado a que, en efecto, la ejecución se hubiera despachado en virtud de cláusulas abusivas. Si no es así, la imposibilidad de oponerse a la demanda no le causó daño alguno, ya que en todo caso no hubiera prosperado.**

2.3. Necesidad de modificación legislativa

Precisamente a fin de evitar todos estos avatares jurídicos que hemos tratado de enumerar, consideramos que el legislador español tiene la obligación de dictar una norma al objeto de cumplir con lo declarado por el TJUE, dado que éste ha establecido la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la disposición transitoria cuarta que impone a los consumidores que el plazo preclusivo de un mes para la oposición sea calculado a partir del día siguiente al de la publicación de la Ley 1/2013.

La necesidad de actuación se explica en el hecho que al no ser válida la notificación mediante la publicación de la ley en el BOE y ser necesaria por tanto la notificación personal, los consumidores deudores ejecutados gozarían de un nuevo plazo para poder formular oposición en virtud de la posible existencia de cláusulas abusivas en los títulos que han propiciado la ejecución, con el posible resultado procesal favorable para los mismos, que incluso puede ser el sobreseimiento de la ejecución. Estamos, pues, ante el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47 de la Carta y en el 24 de la Constitución, así como ante los derechos a un proceso equitativo y a un recurso efectivo proclamados por los arts. 6 y 13 del CEDH, respectivamente.

La modificación legislativa habría de disponer, en esencia, que en todos aquellos procedimientos de ejecución a los que les resultaba de aplicación

³⁰ El 98,92 % de los recursos de amparo presentados en 2014 fueron inadmitidos y solo el 1,08% de los recursos fueron admitidos para su posterior resolución por sentencia.
http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/memoria_2014.aspx

la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y en los que no se haya producido la puesta en posesión del inmueble al adquirente, se declare la nulidad de actuaciones con retroacción de las mismas al momento de entrada en vigor de la Ley 1/2013 y se proceda a notificar personalmente a los ejecutados que disponen del plazo preclusivo de un mes calculado desde el día siguiente al de la notificación para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición 7ª del artículo 557,1 o 4ª del artículo 695,1, ambos de la LEC. Además, habrá de derogarse el apartado 4 de la disposición transitoria cuarta que establecía que la publicidad de esa disposición tenía el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en la misma y que no era necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto, lo que es manifiestamente contrario a lo declarado por el TJUE en su sentencia.

Partiendo de la exigencia jurídica de la modificación legislativa que abordamos, debemos también detenernos en el análisis de las consecuencias que puede producir. A tal fin, hemos de traer a colación una circunstancia de índole legal constituida por la probabilidad de estimación de las oposiciones que puedan formularse. Sin perjuicio de la posibilidad de encontrar otras cláusulas abusivas en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios que han dado pie a la ejecución, el deudor podrá remitirse a la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota³¹, a la correspondiente cláusula suelo incluida en el clausulado razonando y acreditando su carácter abusivo, así como a la cláusula de intereses moratorios, demostrando la eventual incidencia directa de las mismas en los cálculos económicos que han servido de base para la ejecución a fin de tratar de lograr la estimación de la oposición, con posibilidad de obtener un nuevo cálculo de las cantidades adeudadas o incluso el sobreseimiento del procedimiento de ejecución aunque la

³¹ La consecuencia de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado ha suscitado distintas posiciones de las Audiencias Provinciales y nuestro Tribunal Supremo ha dado respuesta a la problemática en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 y la posterior de 18 de Febrero de 2016. Debemos mostrar nuestra respetuosa discrepancia con dicha respuesta ya que consideramos – en consonancia con lo establecido por el TJUE en Auto de 11 de junio de 2015 (as. C-602/13)- que en caso de que el título en el que se basa la ejecución hipotecaria contenga una cláusula de vencimiento anticipado que pueda ser calificada como abusiva -por ejemplo, porque contemple el vencimiento por impago de una sola de las cuotas hipotecarias- y, por tanto, nula, conllevará que se tenga por no puesta, y ello aunque en el caso en cuestión el banco haya esperado al impago de más cuotas para iniciar la ejecución hipotecaria.

Ello tendrá como consecuencia que el juez de oficio o a instancia de parte habría de declarar el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria basado en una cláusula declarada abusiva. Así mismo, debería estar condenado al fracaso para el banco acreedor un ulterior proceso de ejecución hipotecaria. La entidad bancaria no queda desprotegida ante el impago del consumidor-deudor hipotecario puesto que, además del proceso declarativo ordinario, puede ejercitar el procedimiento de ejecución ordinaria con reclamación de las cuotas adeudadas, más intereses y costas, así como todas aquellas cuotas que vayan venciendo durante el procedimiento -si expresamente así lo solicita en la demanda-. Aún cuando nuestro Tribunal Supremo prefiera mantener la viabilidad del procedimiento de ejecución hipotecaria existiendo cláusula abusiva de vencimiento anticipado por entender que este procedimiento comporta unas ventajas para el consumidor de las que se vería privado en los otros procedimientos (ejecutivo ordinario y declarativo), por nuestra parte consideramos que esa postura es insostenible al ser contraria a la reiterada jurisprudencia del TJUE.

entidad bancaria pueda interponer nueva demanda de ejecución reclamando las cantidades resultantes sin aplicación de las cláusulas abusivas.

Una segunda circunstancia a tener en consideración –de naturaleza socio-económica- es que en los últimos tres años la situación financiera ha experimentado una mejoría para muchas familias españolas, por lo que esta nueva batalla judicial que podría iniciarse en una serie de procedimientos de ejecución podría dar lugar a eventuales negociaciones y, a la postre, transacciones entre acreedores y deudores con el resultado de evitar la enajenación en pública subasta de la vivienda familiar.

Por todo ello, consideramos muy necesaria y apremiante la promulgación de la referida reforma legislativa.

2.4. Reclamación de responsabilidad al Estado español por daños causados a los particulares por incumplimiento del Derecho de la Unión

El desarrollo de este tema en su justa medida exigiría un espacio mucho mayor que el que le vamos a dedicar en el presente artículo donde nos limitaremos a marcar una serie de líneas de trabajo -sin pretender un análisis profundo de las diferentes cuestiones- y cuyo alcance puede ser objeto de ulterior debate.

Como sabemos el Tribunal de Justicia desde la sentencia *Francoovich y Bonifaci*³² ha desarrollado una doctrina en cuya virtud cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma del Derecho de la Unión impone un derecho del particular a indemnización siempre que concurren tres requisitos: a) que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares, b) la violación de la norma comunitaria debe estar suficientemente caracterizada y c) debe existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por los particulares perjudicados³³. El segundo de estos requisitos plantea especiales dificultades, habiendo señalado el TJUE en la sentencia *Brasserie du pêcheur SA / Factortame*³⁴ los criterios en

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de Noviembre de 1991. Andrea Francoovich y República Italiana, Bonifaci y otros y República Italiana. (C-6/90 y C-9/90) EU:C:1991:428.

³³ En el ámbito que nos ocupa resulta indispensable la lectura de la obra del profesor Ricardo Alonso García: *“La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario”*, Cuadernos de Estudios Europeos, n.º 18, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1997.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996. Brasserie du pêcheur SA y República Federal Alemana y entre The Queen y Secretary of State for Transport y Factortame y otros (C-46/93 y C-48/93, respectivamente) EU:C:1996:79
En los apartados 55, 56 y 57 declara el Tribunal:

base a los cuáles se puede considerar una violación del Derecho comunitario como suficientemente caracterizada y encontrándose dentro de esos criterios una violación del Derecho comunitario que ha perdurado o persistido a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia de la que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido (apartado 57).

Consideramos que a resultas de la doctrina jurisprudencial del TJUE a la que hemos hecho referencia a lo largo del presente artículo y de la sentencia objeto del mismo, nos encontraríamos ante distintos supuestos en los que podrían concurrir los requisitos para que eventualmente pudiese ser estimada por los tribunales españoles una acción de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión, pudiéndose dar en especial el requisito de la violación suficientemente caracterizada, si bien debemos incidir en la conveniencia –y en algunos casos hemos de decir la necesidad- de la utilización de la cuestión prejudicial para resolver las dudas de interpretación del Derecho de la Unión. Ese diálogo entre tribunales es el mejor camino para evitar el peligro de retroceder en el reconocimiento del mecanismo de reparación a cargo del Estado por el incumplimiento del Derecho de la Unión, riesgo que surge particularmente cuando los tribunales nacionales se enfrentan a reclamaciones que pueden provocar graves consecuencias en las arcas públicas.

Debemos recordar que la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado-legislador (art. 142 LRJPAC) ha de ser ejercitada en el plazo de un año desde la publicación de la sentencia del TJUE en el Diario Oficial de la Unión Europea. Con vistas al futuro es de tener en cuenta el nuevo régimen normativo articulado en España como consecuencia de la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público³⁵ y de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

“55.(...) el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

56 A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario.

57. En cualquier caso, **una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido**” (Subrayado y negrita, nuestros) En la versión original en inglés: “persisted”, traducido al español como “perdurado”.

³⁵ El art. 32 de la nueva Ley 40/2015 regula los principios de responsabilidad en relación a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas previendo que cuando los daños deriven de

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entran en vigor el 2 de octubre de 2016, derogando ésta última la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

2.4.1. *Reclamación al Estado legislador por no haber previsto en la normativa sobre ejecución la posibilidad de oposición en base al carácter abusivo de una cláusula contractual*

Como hemos avanzado, el propio Abogado General en sus conclusiones da a entender esta vía, con arreglo a la cuál podrían reclamar al Estado español los justiciables que no pudieron plantear el incidente extraordinario de oposición a la entrada en vigor de la ley 1/2013 porque en esa fecha ya se había producido la puesta en posesión del inmueble al adquirente.³⁶

Piénsese en aquel justiciable que a fecha de 15 de mayo de 2013 ya había perdido su vivienda al haber sido adjudicada en pública subasta y entregada su posesión al adjudicatario tras el correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria sin haber podido oponer en su cualidad de consumidor en el curso de ese procedimiento hipotecario que los intereses de demora que le estaban siendo reclamados eran abusivos o que el interés ordinario era el resultado de aplicar la cláusula suelo que también era abusiva o que la cláusula de vencimiento anticipado contenida en su préstamo hipotecario era abusiva. Desde el punto de vista teórico el justiciable tendría una acción de responsabilidad contra el Estado legislador que le impedía la posibilidad de oponer como causa de oposición a la ejecución la existencia de cláusulas abusivas en el título sobre el que se basaba la ejecución. Sin embargo, desde nuestra perspectiva ya a la fecha en la que el Abogado General Sr. Szpunar da a entender esa posibilidad en sus conclusiones (15 de mayo de 2015), las probabilidades de éxito de esa acción son exiguas porque con independencia de la acreditación o no de los pertinentes requisitos, el plazo para el ejercicio de la acción habría prescrito, al tener que partir de lo declarado por la Sentencia *Aziz* de 14 de marzo de 2013 y haber transcurrido más de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la misma

la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea habrán de cumplirse, además de los tres requisitos clásicos, dos requisitos más consistentes por un lado que, el particular haya obtenido en cualquier instancia sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño y, por otro, que en dicho procedimiento se haya alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. A riesgo de equivocarnos, debemos expresar nuestra convicción de que la primera remisión prejudicial que llegue al TJUE de un tribunal español cuestionando la interpretación del principio comunitario de efectividad en relación con esos dos requisitos puede dar lugar a que el TJUE dicte sentencia considerando incompatible con el principio de efectividad y con el artículo 47 de la Carta la exigencia de esos dos requisitos previstos por el art. 32.5 de la Ley 40/2015.

³⁶ Asunto C-8/14 Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 13 de Mayo de 2015. Nota a pie de página nº 28.

(DOUE de 18/mayo/2013). Es en esa sentencia en la que el TJUE determina por vez primera la incompatibilidad con el Derecho de la Unión del procedimiento de ejecución hipotecaria previsto por el legislador español.

Todo ello sin perjuicio de otras construcciones jurídicas que puedan existir en nuestro ordenamiento jurídico con distinta legitimación pasiva (acción de enriquecimiento injusto, por ejemplo).

2.4.2. *Reclamación al Estado legislador por no haber previsto en la disposición transitoria 4ª de la ley 1/2013 la notificación personal del plazo para formular oposición*

Nos referimos a las posibles reclamaciones de responsabilidades ante el Estado español por incumplimiento del Derecho de la Unión por el Estado legislador al haber previsto la notificación por publicación en BOE y no la notificación personal del plazo preclusivo de un mes para formular el incidente extraordinario de oposición en base al carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible

En este caso partimos de la declaración efectuada por el TJUE en la sentencia objeto del presente artículo que fue dictada el 29 de octubre de 2015 y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha de 21 de diciembre de 2015 por lo que durante el plazo de un año a contar desde esta última fecha podemos presentar la reclamación de responsabilidad ante el Consejo de Ministros.

Estaríamos ante el supuesto de aquellos procedimientos a los que afectaba la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 pero que a la fecha en que el TJUE dictó la sentencia declarando incompatible esa norma con el Derecho de la Unión (29/Octubre/2015) la posesión del inmueble había sido ya entregada al adjudicatario por lo que en base a los razonamientos expuestos anteriormente (sujetos por supuesto a debate) no cabría la nulidad de actuaciones en aras del principio de cosa juzgada y de seguridad jurídica y cualquier actuación procesal sería considerada como extemporánea por el juez de la ejecución.

La eventual estimación de una demanda de responsabilidad se nos antoja de gran complicación -incluso por encima de la inherente a las reclamaciones derivadas de la legislación del "céntimo sanitario"-

.³⁷

³⁷ La reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 2016 (Recurso nº 194/2015) concluye la existencia de violación suficientemente caracterizada (F.D. 11) del Derecho de la Unión tomando como base las consideraciones expresadas por el TJUE en su sentencia *Transportes Jordi Besora*, dictada el 27 de febrero de 2014 (C-82/12), EU:C:2014:108.

No obstante el claro cumplimiento del primer requisito, ya que el resultado prescrito por la Directiva 93/13 implica la atribución de derechos a favor de particulares, el cumplimiento del requisito de la relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por los particulares perjudicados exigiría una construcción jurídica muy elaborada, partiendo de una argumentación jurídica intachable sobre el carácter abusivo de las cláusulas concernidas, complementada con un conjunto de pruebas documentales claras que podrían incluso comprender un informe pericial contable a fin de justificar las cantidades solicitadas como indemnización por los perjuicios ocasionados. Sin embargo, parece que aún más complicado sería la acreditación del requisito de la violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión por parte del legislador español ya que haber dispuesto la notificación del derecho de oposición en base a la nueva causa a través del Boletín Oficial del Estado en lugar de por medio de la notificación personal al justiciable, dicho de forma simple, podría no parecer que alcanzase tal categoría. Por ello, se hace aconsejable -y diríamos que imprescindible- la utilización en este supuesto del mecanismo prejudicial. Es indudable que el gran problema que presenta el ejercicio de esta acción -salvo en el supuesto que al justiciable se le haya concedido el derecho a la asistencia jurídica gratuita- es la obligación de pagar los gastos de la defensa de la Administración del Estado en el caso de condena en costas tras una sentencia desestimatoria de la acción ejercitada.

Teniendo en cuenta que conforme a la regulación actual el justiciable tiene que presentar la reclamación ante el Consejo de Ministros y desestimada ésta -lo que ocurre casi siempre-, presentar el correspondiente recurso contencioso administrativo ante esa jurisdicción, echamos en falta una instancia administrativa previa a cargo de un órgano con esta naturaleza pero que pueda ser considerado con facultades para plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE. Es de recordar que la reciente sentencia del Tribunal de Justicia *Consorti Sanitari del Maresme*³⁸ ha supuesto un nuevo avance en el concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del art. 267 TFUE, teniendo además en cuenta que ya tenían tal consideración los tribunales económico-administrativos.

Ese hipotético recurso (articulado como obligatorio o -incluso mejor- como potestativo) ante un órgano administrativo independiente previo a entrar en la fase judicial permitiría, en su caso, conocer a

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015. *Consorti Sanitari del Maresme y Corporació de Salut del Maresme i la Selva* (C-203/14) EU:C:2015:664. El TJUE expone en los apartados 16 al 27 las razones en base a las cuáles este órgano administrativo español tiene el carácter de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, conclusión obtenida tras analizar el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, su independencia y el carácter obligatorio de su jurisdicción -aunque el recurso a este órgano sea potestativo-.

través de la pertinente cuestión prejudicial la postura del TJUE sobre la existencia o no de violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, evitando el justiciable el riesgo de asumir la condena en costas que el procedimiento judicial lleva consigo - auténtico freno en muchas ocasiones de las ansias reparadoras de los justiciables-.

2.4.3. *Reclamación al Estado por incumplimiento judicial al no apreciar de oficio los jueces nacionales el posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en contratos entre profesionales y consumidores*

La eventual reclamación al Estado español por incumplimiento del Derecho de la Unión como consecuencia de la falta de apreciación de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una o varias cláusulas contenidas en un contrato entre consumidor y profesional constituye un tema que suscita el máximo interés y quizás un nuevo reto en la consecución de una eficaz protección de los intereses de los consumidores, habida cuenta de que a pesar de la reiterada jurisprudencia sobre la obligada actuación de oficio de los jueces nacionales en materia de cláusulas abusivas, ello se produce en muy pocas ocasiones.

Lógicamente, no reducimos el ámbito de actuación de esta acción a supuestos afectados por la sentencia objeto del presente artículo sino que esta opción es susceptible de planteamiento en todos aquellos casos en los que pudieran concurrir las circunstancias exigidas por la ley y la jurisprudencia para que los jueces hubieran instado de oficio el incidente sobre el posible carácter abusivo de una o varias cláusulas del título en el que se basa la ejecución y no lo han hecho. (art. 552, 1, párrafo 2º LEC³⁹ y art.815,4 LEC).

Para el análisis de dicha cuestión debemos estudiar la jurisprudencia del TJUE sobre reclamación al Estado por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión y también examinar los mecanismos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para tal reclamación.

El Tribunal de Justicia ha elaborado su construcción doctrinal al respecto en base fundamentalmente a la sentencia *Köbler*⁴⁰ que ha sido complementada por varias sentencias posteriores (entre otras,

³⁹ Art. 552.1.párrafo 2º LEC: "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 apreciarse 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.ª".

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003. Gerhard Köbler y República de Austria (Asunto C-224/01) EU:C:2003:513.

*Traghetti del Mediterraneo*⁴¹, *Comisión/Italia*⁴², *Ferreira da Silva e Brito y otros*⁴³, *Târsia*⁴⁴).

En esencia, partiendo de la sentencia *Köbler*, el TJUE tiene declarado que:

- 1) *"Habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas comunitarias, se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se reduciría la protección de los derechos que reconocen si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia"* (apartado 33).
- 2) *"(...) el principio de fuerza de cosa juzgada no se opone al reconocimiento del principio de responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia"* (apartado 40).
- 3) *"(...) a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario"* (apartado 46)
- 4) *"(...) el CEDH, y en particular su artículo 41, permite al Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenar a un Estado que haya violado un derecho fundamental a reparar los daños que dicho comportamiento haya causado a la persona perjudicada. De la jurisprudencia de dicho Tribunal resulta que también puede concederse tal reparación cuando la violación se deriva del contenido de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia"* (apartado 49).
- 5) *"(...) corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación"* (apartado 50)

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2006. *Traghetti del Mediterraneo SpA*, en liquidación y República Italiana (Asunto C-173/03) EU:C:2006:391.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2011. *Comisión Europea contra República Italiana* (Asunto C-379/10)EU:C:2011:775.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2015. *Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros y Estado de Portugal* (Asunto C-160/14) EU:C:2015:565.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015. *Dragos Constantin Târsia y Statul român, Serviciul public comunitar regim permise de conducere si inmatriculare a autovehiculelor* (Asunto C-69/14) EU:C:2015:662.

- 6) *“Los mismos requisitos (se refiere a los tres requisitos clásicos para que nazca la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario) se aplican a la responsabilidad del Estado por los daños causados por la resolución de una órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia cuando dicha resolución viole una norma del Derecho comunitario” (apartado 52)*
- 7) *“Los tres requisitos recordados en el apartado 51 de la presente sentencia son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos” (apartado 57).*
- 8) *“(…) las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización”, (apartado 58)*
- 9) *“(…) para determinar si la violación está suficientemente caracterizada cuando se derive de una resolución de este tipo, el juez nacional competente debe examinar, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional si dicha violación presenta un carácter manifiesto”. (apartado 59).*

En relación al tema específico de la eventual responsabilidad del Estado cuando el órgano jurisdiccional nacional no aprecie de oficio la existencia de una cláusula abusiva es de reseñar que ya existe una petición de decisión prejudicial al respecto planteada por el Tribunal de Distrito de Presov, Eslovaquia,- asunto *Tomášova*- que ha sido resuelta por el TJUE .

En dicho asunto fueron presentadas las conclusiones por parte del Abogado General Sr. Nils Wahl⁴⁵ con fecha de 14 de Abril de 2016, siendo dictada la pertinente sentencia por parte del Tribunal de Justicia el 28 de julio de 2016.⁴⁶

En primer lugar, resulta de particular interés el examen de dichas conclusiones⁴⁷, proponiendo el Abogado General responder a las

⁴⁵ Asunto C-168/15 Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 14 de Abril de 2016. Milena Tomasová contra Ministerstvo spravodlivosti SR y Pohotovost' s.r.o.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de julio de 2016. Milena Tomášová y Ministerstvo spravodlivosti SR, Pohotovost s.r.o. (Asunto C-168/15) EU:C:2016:602.

⁴⁷ Recomendamos contrastar la versión española con la original en francés ya que en la traducción española había varios errores importantes (al menos, en los apartados 38 in fine –debía decir: “(…) lo cual **no** implica, sin embargo, que se trate obligatoriamente un órgano jurisdiccional supremo”- y 48 – debía decir “(…) en el caso excepcional de que tal órgano resuelva en **última** instancia (…)”. Dimos cuenta al sitio “Curia” siendo respondidos por la Unidad de Prensa e Información del TJUE confirmando ambos errores de traducción e informando que serían corregidos lo antes posible. En la última revisión que hicimos notamos que se había procedido a su corrección. Es pues aconsejable que cuando en el

cuestiones planteadas esencialmente en el sentido que un Estado miembro no puede ser considerado responsable de que un órgano jurisdiccional nacional que actúa en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa basado en un laudo arbitral, no haya inaplicado una cláusula contractual considerada abusiva en virtud de la Directiva 93/13 cuando la parte deudora en el procedimiento de que se trate no haya agotado todas las vías jurídicas ordinarias de que dispone en virtud del Derecho nacional aplicable⁴⁸.

También considera el Abogado General que para ser calificada como violación suficientemente caracterizada la falta de apreciación por el juez que resuelve en última instancia debe tener en cuenta el conjunto de los elementos de hecho y de Derecho de los que tiene conocimiento en la fecha de su decisión, no considerándose como suficientemente caracterizada si la falta de apreciación presenta un carácter excusable, y, en cambio, tal falta de apreciación podrá ser calificada de suficientemente caracterizada si pese a la información puesta en su conocimiento, ya por el propio consumidor o por otras vías, el órgano jurisdiccional que ha de resolver en última instancia no ha examinado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual contenida en el contrato.

Finalmente afirma el Abogado General que incumbe al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, sin perjuicio del respeto de los principios de equivalencia y de efectividad, fijar los criterios que permiten determinar y evaluar el perjuicio eventualmente causado por una violación del Derecho de la Unión.

Salvo lo apreciado en relación a esta última cuestión, el Tribunal de Justicia -como ya ocurrió en la sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*- no sigue lo propuesto por el Abogado General Sr. Wahl.

Para responder a las tres primeras cuestiones planteadas por el Tribunal de Distrito de Presov, Eslovaquia, el Tribunal de Justicia aclara que se le está preguntando si, y en qué condiciones, una violación del Derecho de la Unión derivada de una resolución judicial, dictada en el marco de un procedimiento de ejecución

estudio de los textos del TJUE se observen contradicciones, se contrasten con la versión original o las versiones en otros idiomas puesto que los servicios de traducción del TJUE no son infalibles.

⁴⁸ Con independencia de las correcciones a las que hemos hecho referencia, nos parece difícil de entender la traducción al español de la primera conclusión del Sr. Wahl: "Un Estado miembro no puede ser considerado responsable de que un órgano jurisdiccional nacional, que actúa en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa basado en un laudo arbitral, no haya inaplicado una cláusula contractual considerada abusiva en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, aun cuando la parte deudora en el procedimiento de que se trate no haya agotado todas las vías jurídicas ordinarias de que dispone en virtud del Derecho nacional aplicable".

Véase la claridad de la versión en inglés: "A Member State may not be held liable for the failure of a national court, in proceedings for enforcement of an arbitration award, to set aside a contractual term deemed unfair under Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, **if** the debtor in the proceedings at issue has not used all ordinary legal remedies available under the applicable national law (Negrita y subrayado nuestros)."

forzosa de un laudo arbitral que estima una pretensión de condena al pago de créditos en virtud de una cláusula contractual que debe considerarse abusiva, constituye una violación “suficientemente caracterizada” de una norma del Derecho de la Unión que puede generar la responsabilidad extracontractual del Estado miembro de que se trate, habiéndose de tener en cuenta varias circunstancias concurrentes, concretamente, que el procedimiento de ejecución no haya concluido, que la persona contra la que se dirige haya mantenido una actitud completamente pasiva y que no haya agotado las vías jurídicas de recurso, como la demanda de reclamación de lo indebidamente pagado, acción prevista por el ordenamiento jurídico en cuestión.

El Tribunal de Justicia trae a colación su doctrina sobre responsabilidad del Estado como consecuencia de la violación del Derecho de la Unión, en general, y la referida a los supuestos en los que tal violación se deriva de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia, en particular, recordando que una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. A continuación, analiza el caso en cuestión, presuponiendo que el tribunal remitente se esté pronunciando en última instancia. Tras una breve alusión a su jurisprudencia sobre el examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula por parte del juez nacional, el Tribunal de Justicia afirma que es a partir de la sentencia *Pannon GSM* de 4 de junio de 2009 donde estableció claramente la obligación del juez nacional de examinar de oficio esa cuestión cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Habida cuenta que las resoluciones judiciales que han podido generar responsabilidad del Estado –fechadas los días 15 y 16 de diciembre de 2008- son anteriores a la Sentencia *Pannon GSM*, concluye el Tribunal de Justicia que no es necesario apreciar las restantes circunstancias concurrentes y responde al tribunal remitente en el sentido que *“sólo puede generarse la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho de la Unión provocada por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional cuando esta resolución proceda de un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que resuelva en última instancia, extremo éste que el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar en lo que respecta al litigio principal. Si ese fuera el caso, una resolución de ese órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia únicamente puede constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, de la que pueda derivarse tal responsabilidad, cuando, mediante esa resolución, dicho órgano jurisdiccional ha infringido manifiestamente el Derecho aplicable, o en caso de que esta violación se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia”*.

También declara el Tribunal de Justicia que *“no cabe considerar que un órgano jurisdiccional nacional que, antes de la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral que estimó una pretensión de condena al pago de créditos en virtud de una cláusula contractual que debe considerarse abusiva, en el sentido de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se abstuvo de apreciar de oficio el carácter abusivo de esa cláusula, a pesar de que disponía de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, ha inobservado manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y, por lo tanto, ha cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión”*.

Es de añadir que en relación a las reglas relativas a la reparación del daño causado por una violación del Derecho de la Unión como las referidas a la evaluación del daño o la articulación entre una demanda de reclamación y otras vías de recurso disponibles, tal y como resultaba bastante previsible y siguiendo lo propuesto por el Abogado General Sr. Wahl, el Tribunal de Justicia se pronuncia en el sentido que *“quedan determinadas por el Derecho nacional de cada Estado miembro, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.”*

En cualquier caso la puerta está abierta para que se puedan obtener pronunciamientos de tribunales nacionales reconociendo la responsabilidad del Estado por inacción del juez al no apreciar el carácter abusivo de una o varias cláusulas de un contrato entre consumidor y profesional que haya sido objeto de litigio. Lógicamente, no será un camino fácil; en principio y según la postura actual del TJUE será imprescindible al menos que la decisión judicial eventualmente generadora de responsabilidad se haya dictado con posterioridad al 4 de junio de 2009 (fecha de la sentencia *Pannon GSM*) y que proceda de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia y, en los albores de la cuestión, será muy recomendable el planteamiento de la correspondiente petición de decisión prejudicial ante el TJUE cuya resolución –en función de los términos en que se desarrolle- será la que facilite, en su caso, la consecución de la declaración de responsabilidad del Estado frente al consumidor perjudicado por la actuación judicial al no apreciar de oficio la existencia de una o varias cláusulas abusivas y el reconocimiento de la indemnización en su favor por los perjuicios irrogados.

En cuanto a los mecanismos establecidos dentro del ordenamiento jurídico español para tal reclamación debemos remitirnos a la regulación prevista en los artículos 292 a 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece un doble régimen según que los daños hayan sido causados por un error judicial o como consecuencia del

funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El supuesto objeto de nuestro estudio entraría dentro del primer régimen. En éste es de tener en cuenta la exigencia de una previa decisión judicial que expresamente reconozca el error (art. 293.1 LOPJ), que resultará bien de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión, bien de una acción para el reconocimiento del error judicial formulada en el plazo de tres meses a partir del día que pudo ejercitarse ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano al que se imputa el error. La no apreciación del error conllevará la condena en costas del peticionario, siendo obligatorio haber agotado previamente los recursos previstos en nuestro ordenamiento. Una vez obtenida la sentencia del Tribunal Supremo reconociendo el error judicial el perjudicado dirigirá su pretensión indemnizatoria al Ministerio de Justicia, tramitándose la petición con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución que dicte el Ministerio de Justicia, el interesado podrá formular recurso contencioso-administrativo.

Puede deducirse fácilmente la complejidad y dificultades del procedimiento articulado por nuestro ordenamiento.

De la misma forma que en relación al mecanismo establecido por el artículo 32 de la nueva Ley 40/2015 para reclamar la responsabilidad del Estado legislador resultante de lesión consecuencia de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea hemos apuntado anteriormente que desde nuestro punto de vista no superaría el test del principio de efectividad al exigir dos requisitos adicionales a los clásicos resultantes de la Sentencia *Brasserie* que en nuestra opinión hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión, vulnerando también el artículo 47 de la Carta, lo mismo cabría decir del mecanismo para reclamar la responsabilidad por error judicial resultante de incumplimiento del Derecho de la Unión. No solo porque ese plazo de 3 meses se nos antoja corto, sino fundamentalmente porque exigir primero un procedimiento judicial -con riesgo de condena en costas-, después un procedimiento administrativo ante el Ministerio de Justicia y más tarde un nuevo procedimiento judicial ante los Tribunales Contencioso-Administrativos -en caso de no estar de acuerdo con la decisión indemnizatoria emitida por el Ministerio de Justicia-, supone sembrar de obstáculos el camino hacia la efectiva reparación del daño causado al particular por el incumplimiento del Derecho de la Unión ⁴⁹.

⁴⁹ Al respecto es muy ilustrativo el artículo del profesor Edorta Cobreros Mendazona "El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por el incumplimiento judicial del derecho comunitario: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009", publicado en *ElDerecho.com*, Edit. Lefebvre (2010).

En definitiva, pensamos que la regulación en nuestro Derecho interno de la reclamación de responsabilidad al Estado como consecuencia de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por resolución judicial podría colisionar con el derecho constitucional a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, pudiendo infringir los arts. 6 y 13 del CEDH y no respetando el art. 47 de la Carta ni el principio de efectividad previsto por el ordenamiento jurídico comunitario, por lo que para evitar el eventual fracaso de una reclamación de esta índole es recomendable que el consumidor perjudicado solicite al órgano jurisdiccional que tramite el asunto el planteamiento de cuestión prejudicial que pudiera dar lugar a la declaración del TJUE sobre la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de esa regulación española y facilitase el camino para una resolución estimatoria de su pretensión.

2.5. Posibilidad de formulación de denuncia ante la Comisión Europea

Abordamos la cuestión de la posibilidad de formulación de denuncia ante la Comisión Europea contra el Reino de España por incumplimiento del Derecho de la Unión motivado por la omisión por parte de las autoridades españolas de la adopción de medidas de cumplimiento de la sentencia del TJUE *BBVA* (omisión de modificación legislativa y omisión de actuación de oficio de órganos judiciales) así como -con total independencia de lo declarado en la sentencia- omisión en general de las autoridades judiciales españolas de actuación de oficio para apreciar el posible carácter como abusivas de las cláusulas contenidas en los títulos objeto de ejecución.

Como es sabido cada Estado miembro es responsable de la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea en su ordenamiento jurídico interno y la Comisión Europea como guardiana de los Tratados ha de velar para que esa obligación sea respetada de forma que cuando ello no sucede la Comisión dispone de poderes propios para intentar poner fin a esa infracción, acudiendo si es necesario ante el Tribunal de Justicia a través del recurso por incumplimiento. La actuación de la Comisión se lleva a cabo bien sobre la base de una denuncia o bien a partir de infracciones que ella misma detecte, pudiendo consistir el incumplimiento del Estado miembro en una acción o en una omisión. Por tanto, cualquier persona puede atribuir a un Estado miembro una actuación de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea mediante la formulación de denuncia ante la Comisión Europea en relación a una medida (legislativa, reglamentaria o administrativa) o a una práctica imputable a un Estado miembro que considere contrarias al Derecho de la Unión.⁵⁰

⁵⁰ Para conocer la tramitación de la denuncia ante la Comisión es aconsejable la lectura de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de actualización de la gestión de las relaciones con el denunciante en relación con la aplicación del Derecho de la Unión. COM (2012) 154 final. Bruselas 2.4.2012.

Disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/ES/1-2012-154-ES-F1-1.Pdf>

El formulario de denuncia ante la Comisión está disponible en:

http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/complaint_form_es.htm

En base a lo anterior, cualquier persona –aunque no tenga interés principal y directo en la infracción que imputa- puede denunciar ante la Comisión Europea la actuación contraria al Derecho de la Unión operada por el Estado español en el sentido que ha transcurrido más de seis meses desde el dictado de la sentencia *BBVA* sin que el legislador español haya promulgado una modificación legislativa en relación a esa disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y no teniendo tampoco constancia de que los jueces que han tramitado los procedimientos afectados por esa disposición transitoria hayan adoptado de oficio medida alguna al respecto.

Al haber declarado el TJUE en esa sentencia la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013 que disponía que el plazo preclusivo de un mes para formular oposición por parte de los consumidores respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria sea calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, la omisión de actuación alguna por las autoridades españolas –entre las que se encuentran las legislativas y las judiciales- constituye incumplimiento de lo declarado por el TJUE y, por tanto, incumplimiento del Derecho de la Unión, susceptible de ser denunciado ante la Comisión Europea.

Los consumidores ejecutados gozarían de un nuevo plazo para poder formular oposición en virtud de la posible existencia de cláusulas abusivas en los títulos que han propiciado la ejecución. La urgencia de la actuación se justifica en el hecho de que a medida que vaya transcurriendo el tiempo se irá produciendo en los procedimientos hipotecarios afectados la entrega de la posesión del inmueble al adjudicatario desapareciendo la posibilidad de la retroacción de las actuaciones por mor del principio de seguridad jurídica y de cosa juzgada, perdiendo definitivamente el consumidor-deudor-ejecutado su vivienda, sin perjuicio de otras posibles acciones judiciales de extraordinaria dificultad de ejercicio, de resultado incierto y que precisaría de un enorme lapso de tiempo para su finalización por lo que en la práctica su utilización sería casi inexistente.

De la misma forma que elogiamos la rápida reacción del legislador español tras la sentencia *Aziz*, es de reseñar que en algunas ocasiones y por distintas causas ha tardado en exceso a la hora de adaptar la normativa nacional a los pronunciamientos del TJUE que han declarado la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de determinados preceptos de nuestro ordenamiento. Así, podemos recordar que el procedimiento monitorio, concretamente los artículos 815,1 y 818,1 ambos de la LEC, fueron declarados incompatibles con el Derecho de la Unión en la sentencia *Banco Español de Crédito* dictada el 14 de junio de 2012.⁵¹ y no ha sido hasta la promulgación de la Ley 42/2015 de 5 de octubre que el legislador español ha corregido esta situación, revisando el procedimiento monitorio

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012. Banco Español de Crédito SA y Joaquín Calderón Camino (C-618/10) EU:C:2012:349

mediante la modificación del párrafo 1 del apartado 1 del art. 815 LEC y añadiendo a éste el apartado 4.

Resulta conveniente aclarar que una vez formulada la correspondiente denuncia se inicia una fase de investigación por parte de la Comisión Europea durante la cuál los servicios de la Comisión –partiendo de las informaciones facilitadas por el denunciante- indagan sobre las circunstancias fácticas y jurídicas relacionadas con la denuncia, tras lo cuál, los servicios de la Comisión decidirán si cabe abrir un procedimiento formal de infracción contra el Estado denunciado o bien cerrar el expediente, con la obligación de informar en cualquier caso al denunciante. Esta fase de investigación no debería durar más de 12 meses pero en ocasiones por la complejidad del asunto puede demorarse más tiempo. En el supuesto de incoación formal del procedimiento de infracción al considerar la Comisión que puede existir una violación del Derecho de la Unión Europea enviará al Estado denunciado un requerimiento para presentar sus observaciones al respecto. Como respuesta a estas observaciones la Comisión puede remitir un dictamen motivado exponiendo las razones por las que considera la existencia de violación del Derecho de la Unión ordenando al Estado concernido que se ajuste a este Derecho en un plazo determinado (normalmente dos meses) . En base a la respuesta del Estado, la Comisión podrá decidir no proseguir el procedimiento o bien acudir al Tribunal de Justicia a través del denominado recurso por incumplimiento.

Como ventaja para el consumidor afectado de que se iniciara un procedimiento de incumplimiento por parte de la Comisión contra España, hay que recordar que una ulterior sentencia condenatoria objetivaría el requisito de la infracción suficientemente caracterizada según la posición mantenida por el TJUE. En tal sentido, cabe mencionar los apartados 55 a 57 de la sentencia *Brasserie*. No obstante, también hay que decir que ello no garantiza que el juez nacional respete esta postura del TJUE a pesar de que debería hacerlo. Así, podemos referirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012 en el asunto de la reclamación de responsabilidad al Estado por la mayor tributación que soportaron los no residentes en la transmisión de su vivienda en relación con los residentes. A pesar de la existencia de sentencia del TJUE condenando al Reino de España por vulneración del art. 63 TFUE⁵², el Tribunal Supremo no consideró la concurrencia del requisito de la infracción suficientemente caracterizada⁵³ denegando por tanto a los no residentes afectados la posibilidad de recuperar a través del procedimiento de responsabilidad del Estado legislador las cantidades pagadas de más.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009. Comisión/España (Asunto C-562/07) EU:C:2009:614.

⁵³ Las observaciones realizadas siguen los comentarios efectuados por el profesor Daniel Sarniento en su trabajo "La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis", WP IDEIR nº 13 (2012), que contiene un conjunto de reflexiones verdaderamente interesantes sobre la aplicación judicial del Derecho de la Unión en España en fechas recientes y es citado con frecuencia por otros autores.

Consideramos muy discutible aquella postura sostenida por nuestro Tribunal Supremo que puede llevar a imponer en la práctica obstáculos casi insalvables para que el justiciable pueda ver resarcido el perjuicio causado.

En definitiva, en caso de persistencia de la situación actual, podría ser ventajoso la existencia de denuncia ante la Comisión y en base al resultado de ese eventual procedimiento tramitado por la Comisión, seguido o no de procedimiento de incumplimiento ante el TJUE, recabar más argumentos jurídicos para convencer al juez nacional de la concurrencia del requisito de la infracción suficientemente caracterizada.

También es denunciante ante la Comisión Europea la omisión por parte de los juzgados y tribunales españoles de actuación de oficio –cumplidas las circunstancias requeridas- en defensa de la protección de los derechos de los consumidores, tanto en relación a aquellos procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria afectados por la sentencia *BBVA vs. Pedro Peñalva*, como en general en todos aquellos procedimientos de ejecución que entran dentro del ámbito de consumidores y en los que los jueces tendrían que apreciar de oficio el posible carácter como abusivas de determinadas cláusulas que están contenidas en la inmensa mayoría de préstamos hipotecarios suscritos por entidades bancarias españolas (intereses moratorios abusivos, cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota, entre otras) y adoptar las medidas previstas a tal efecto en la legislación procesal (apertura de incidente, audiencia a las partes y eventual decisión de sobreseimiento de la ejecución hipotecaria o de nuevo cálculo de las cantidades adeudadas por el consumidor-ejecutado). Es de reseñar que la legislación procesal vigente –tras las reformas operadas- prevé la apertura de oficio de esos incidentes para determinar el posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el título objeto de ejecución (art. 552.1. párrafo 2º LEC –para el procedimiento de ejecución- y art. 815,4 LEC –para el procedimiento monitorio-)

Dado que en la práctica judicial esa actuación de oficio no se está produciendo en la generalidad de los casos, ello constituye un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de las autoridades judiciales españolas susceptible de ser denunciado ante la Comisión Europea.

2.6. Posibilidad de presentación de petición ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo

Otro mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea para que las instituciones comunitarias traten un asunto relativo a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión Europea es la presentación ante el Parlamento Europeo de una petición relativa a una materia que afecte directamente al peticionario. Por tanto, cabe pensar que el justiciable afectado por el problema que abordamos está plenamente legitimado para dirigirse al Parlamento Europeo a través de la petición consistente en queja por el incumplimiento del Derecho de la Unión

Europea por parte del Estado español, dando la oportunidad a los parlamentarios para llamar la atención sobre la cuestión. Incluso nada obsta a que sean formulados los dos instrumentos, es decir, la denuncia ante la Comisión y la petición ante el Parlamento Europeo. Este instrumento está previsto en el artículo 227 del TFUE⁵⁴ y en el artículo 44 de la Carta⁵⁵ y su tramitación viene regulada por los artículos 215 a 217 del Reglamento interno del Parlamento Europeo en su versión vigente para la 8ª legislatura (septiembre 2015). El peticionario puede remitir fácilmente la petición online a través de la página web del Parlamento previa creación de una cuenta de usuario y rellenando un formulario⁵⁶, o bien incluso en papel mediante carta remitida al Presidente de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo siguiendo las indicaciones establecidas en la página web del Parlamento (peticiones)⁵⁷.

Una vez que la Comisión de Peticiones examine la petición, en la medida que los asuntos que plantee incidan en el ámbito de actividades de la Unión Europea, cumpliendo los requisitos previstos por el artículo 215 del Reglamento del Parlamento Europeo, la Comisión de Peticiones decidirá su admisión a trámite, tras lo cual es muy probable que la Comisión de Peticiones solicite a la Comisión Europea que lleve a cabo una investigación sobre los diferentes aspectos del problema, informando ésta de sus resultados a la Comisión de Peticiones, prosiguiendo ésta última el examen de la petición cuando tenga esas informaciones. Así mismo, se creará un registro electrónico para que los ciudadanos puedan adherirse a la petición, mostrando así su apoyo al contenido de la misma. La petición puede dar lugar, entre otras medidas, a la elaboración de informe al respecto por parte de la Comisión de Peticiones o a la presentación de una breve propuesta de resolución al Pleno del Parlamento Europeo, sometiéndose a votación.

⁵⁴ El art. 227 del TFUE reza así:

“Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión que le afecte directamente.”

También se recoge en arts 20.2.d) y 24 TFUE :

Art. 20 2. “Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho:

(...) d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.”

Art. 24. “(...) Todo ciudadano de la Unión tendrá el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227.”

⁵⁵ Artículo 44 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Derecho de petición. Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo”

⁵⁶ Disponible en : <https://petiport.secure.europarl.europa.eu/petitions/es/petition/questionnaire/form?>

⁵⁷ Disponible en : <https://petiport.secure.europarl.europa.eu//petitions/es/main>

Por tanto, es un instrumento que según el tratamiento político que reciba y las circunstancias concurrentes en cada momento puede llegar a producir resultados positivos a los afectados.

3. Conclusiones

1.^a A fin de lograr una eficaz protección de los derechos de los consumidores y en aplicación de la doctrina jurisprudencial de TJUE el juez en cuyo juzgado se haya tramitado un proceso de ejecución al que afecte la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, debería decretar de oficio –previa audiencia de las partes- la nulidad de actuaciones con retroacción de las mismas hasta el mismo momento de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (15/mayo/2013) y ordenar la notificación personal al ejecutado de que dispone del plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la notificación para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7º del artículo 557,1 y en el apartado 4º del artículo 695,1, ambos de la LEC, según se trate de un procedimiento ejecutivo ordinario o de un procedimiento de ejecución hipotecaria, respectivamente.

Esta actuación de oficio constituye un medio para el posterior cuestionamiento de oficio o a instancia de parte sobre la existencia de cláusulas abusivas en el título objeto de ejecución. Esta respuesta generalizada ha de ser matizada en función de las circunstancias que hayan concurrido en cada procedimiento afectado (eventual improcedencia de nulidad en caso de que hubiera ya existido notificación personal, oposición o entrega de la posesión del inmueble al adjudicatario, entre otras).

2.^a A la luz de la lo declarado por el TJUE en la sentencia objeto de este artículo, el ejecutado afectado tiene la posibilidad de instar el incidente de nulidad de actuaciones con retroacción de las actuaciones al momento de entrada en vigor de la ley 1/2013 (15/mayo/2013), para que previa audiencia de las partes y, en su caso, resolución estimatoria del juzgado que conoció la ejecución, pueda notificarse de forma personal al ejecutado su derecho a formular el incidente extraordinario de oposición. Las mismas puntualizaciones expresadas para el supuesto anterior lo serían para éste, teniéndose que cumplir además los requisitos previstos en la legislación procesal para que se dé lugar a la nulidad de actuaciones (plazo desde el que se conoció el defecto, etc).

3.^a En ambos casos anteriores, la actuación judicial habrá de anteponer la finalidad de consecución de la eficaz protección de los derechos de los consumidores frente a las formalidades y rigideces propias del proceso, con respeto en todo caso del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes que han de haber tenido la posibilidad de ser oídas y de debatir de forma contradictoria sobre la cuestión.

- 4.^a El legislador español tiene la obligación de promulgar una norma al objeto de cumplir con lo declarado por el TJUE, dado que éste ha establecido la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la disposición transitoria cuarta que impone a los consumidores-deudores-ejecutados que el plazo preclusivo de un mes para la oposición sea calculado a partir del día siguiente al de la publicación de la Ley 1/2013.

La modificación legislativa habría de disponer, en esencia, que en todos aquellos procedimientos de ejecución a los que les resultaba de aplicación la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y en los que no se haya producido la puesta en posesión del inmueble al adquirente, se declare la nulidad de actuaciones con retroacción de las mismas al momento de entrada en vigor de la ley 1/2013 y se proceda a notificar personalmente a los ejecutados que disponen del plazo preclusivo de un mes calculado desde el día siguiente al de la notificación para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición 7^a del artículo 557,1 o 4^a del artículo 695,1, ambos de la LEC. Además, habrá de derogarse el apartado 4 de la disposición transitoria cuarta por ser manifiestamente contraria a lo declarado en la sentencia del TJUE.

- 5.^a Al no haber previsto 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 tal y como declaró el TJUE en su sentencia *Aziz*, los justiciables afectados podrían haber instado reclamaciones de responsabilidades ante el Estado español por incumplimiento del Derecho de la Unión por el Estado legislador, con independencia de la incertidumbre de su resultado.

En la actualidad, la acción estaría condenada al fracaso al haber transcurrido en exceso el plazo de un año desde la publicación de la sentencia en el DOUE (18/mayo/2013) y sin perjuicio de la extraordinaria dificultad que hubiera tenido acreditar la concurrencia de los tres requisitos tradicionales para que haya lugar a la responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión, en especial, la violación suficientemente caracterizada.

- 6.^a Los consumidores-deudores-ejecutados en procedimientos de ejecución a los que les resultaba de aplicación la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y cuyos inmuebles habían sido ya entregados a los adjudicatarios a la fecha en que el TJUE dictó la sentencia declarando incompatible esa norma con el Derecho de la Unión (29/Octubre/2015), podrían reclamar hasta el 21 de diciembre de 2016 (un año a contar desde la fecha de la publicación de la sentencia objeto de este artículo en el DOUE -21/Diciembre/2015-) al Estado español como Estado legislador los daños y perjuicios que se les hubieran irrogado por incumplimiento del Derecho de la Unión al haber previsto la notificación por publicación en BOE y no la notificación personal del plazo preclusivo de un mes para formular el incidente extraordinario de oposición en base al carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

No cabría la nulidad de actuaciones en esos supuestos en aras del principio de cosa juzgada y de seguridad jurídica, por lo que al justiciable afectado le asiste la acción de reclamación al Estado legislador, si bien el posible éxito de la misma presenta gran complicación, en especial el requisito de la violación suficientemente caracterizada.

- 7.^a También tiene el justiciable en la generalidad de los casos, es decir, opción no limitada a los afectados por la sentencia *BBVA*, la posibilidad de reclamación al Estado español por el incumplimiento judicial del Derecho de la Unión al no haber apreciado de oficio los jueces nacionales el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Sin perjuicio de la dificultad que presentaría lograr el éxito de esta acción -dada la necesidad de acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para que haya lugar a la responsabilidad del Estado por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión- es una vía que en ningún caso hay que descartar, pues frente a la reiterada jurisprudencia del TJUE sobre la obligada actuación de oficio del juez en el ámbito de consumidores una vez concurren determinadas circunstancias, esa actuación de oficio raramente se produce en la práctica judicial. En ese tipo de situaciones, en especial cuando nos hemos encontrado inmersos en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que el justiciable ha perdido su vivienda habitual, un camino para lograr que las autoridades judiciales -como autoridades que son de un Estado miembro- modifiquen su actitud y cumplan lo prescrito por el TJUE es la exigencia de responsabilidad al Estado del que dependen dichas autoridades por los perjuicios irrogados al justiciable como consecuencia del incumplimiento del Derecho de la Unión. En relación a esta problemática es muy importante tener en cuenta lo declarado por el TJUE en la sentencia dictada el 28 de julio de 2016 en el asunto *Tomášová* (C-168/15), señalando que para que se genere responsabilidad del Estado miembro la resolución en cuestión ha de proceder de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, habiendo debido infringir manifiestamente el Derecho aplicable o que se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia y, por lo que se refiere al ámbito tratado en el presente artículo, ello no se puede considerar cuando la resolución judicial en cuestión es anterior a la sentencia *Pannon GSM* de 4 de junio de 2009. De cualquier forma, tendremos que estar atentos a eventuales sentencias que pueda dictar el TJUE en el futuro cuando sea preguntado por los órganos jurisdiccionales nacionales sobre esa cuestión.
- 8.^a Cualquier persona -aunque no tenga interés principal y directo en la infracción que imputa- puede denunciar ante la Comisión Europea la actuación contraria al Derecho de la Unión operada por el Estado español en el sentido de que ha transcurrido más de seis meses desde el dictado de la sentencia *BBVA* sin que el legislador español haya promulgado una modificación legislativa en relación a esa disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y no teniendo tampoco constancia de que los jueces que han tramitado los procedimientos afectados por esa disposición transitoria hayan adoptado de oficio medida alguna al respecto.

- 9.^a También es susceptible de denuncia ante la Comisión el incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del Estado español, como consecuencia de la práctica judicial generalizada consistente en la omisión por parte de los juzgados y tribunales españoles de actuación de oficio en defensa de la protección de los derechos de los consumidores, en todos aquellos procedimientos de ejecución, en los que los jueces tendrían que apreciar de oficio el posible carácter como abusivas de determinadas cláusulas que están contenidas en la inmensa mayoría de préstamos hipotecarios suscritos por entidades bancarias españolas.
- 10.^a Otra posible medida a adoptar como consecuencia de la situación existente es la presentación ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo de una petición consistente en queja por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte del Estado español, dando la oportunidad a los parlamentarios para tratar sobre la cuestión.
- 11.^a Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa otorgando a la Carta el mismo valor jurídico que los Tratados, el TJUE se ha convertido en un nuevo tribunal de derechos fundamentales y dentro de sus diferentes ámbitos de actuación se ha constituido en el impulsor del gran avance que se ha experimentado en los últimos años en la protección de los derechos de los consumidores, particularmente en la contratación hipotecaria, propiciando cambios legislativos y nuevos posicionamientos jurisprudenciales de gran calado, atreviéndonos a hablar del "papel social" o de la "influencia social" del TJUE en nuestro país, por cuanto que sus decisiones han tenido incidencia en una parte importante de la población. Corresponde a los operadores jurídicos nacionales dentro de las funciones atribuidas a cada cuál, contribuir al desarrollo de esa labor para que sea realmente efectiva para los ciudadanos. Entre otros, los jueces habrán de actuar de oficio con mucha más frecuencia de lo que lo han hecho hasta ahora porque cuando concurren las circunstancias necesarias para ello es una obligación ineludible que les corresponde como jueces comunitarios, y, de la misma forma, los abogados habremos de esforzarnos al máximo para conseguir una mejora en nuestra preparación a fin de cumplir con nuestro deber de articular todos los mecanismos que permitan a los tribunales reconocer y otorgar a los justiciables los derechos que les corresponden, incluso reclamando en defensa de los consumidores –cuando ello fuera procedente- la responsabilidad al Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión
- 12.^a Finalmente, debemos añadir que las consecuencias anteriormente propuestas han sido enfocadas desde un punto de vista eminentemente práctico pero deben entenderse entroncadas con el planteamiento teórico elevado desde la doctrina que parte de la necesidad de integrar los diferentes catálogos de derechos fundamentales que coexisten en nuestro ordenamiento jurídico (principalmente, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Constitución Española, pero también derechos enunciados en Convenios Internacionales ratificados por España y derechos reconocidos en los Estatutos en el ámbito de las respectivas Comunidades Autónomas) y la

lectura de los mismos por sus correspondientes intérpretes a fin de conseguir la óptima protección de los derechos fundamentales del justiciable, el llamado constitucionalismo multinivel, que no es solo una construcción teórica, sino que también debe ser una forma de concebir la realidad jurídica actual desde la praxis.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCIA, R., "La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario", Cuadernos de Estudios Europeos, n.º 18, cívitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1997.

BLANCO GARCÍA, A., "Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria". Revista Cesco de Derecho de Consumo, Centro de estudios de consumo. Nº 7/2013.

CENTENO HUERTA, S., "El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea. El juez nacional como máximo garante". Boletín Derecho Mercantil .1.Junio.2013.

COBREROS MENDAZONA, E., "El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por el incumplimiento judicial del derecho comunitario: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009", ElDerecho.com, Edit. Lefebvre, 2010.

CORDÓN MORENO, F., "Sentencia de la AP Barcelona de 15 de diciembre de 2014 (caso aziz): la cuestión procesal de la congruencia" Centro de estudios de consumo. Fecha de publicación: 1 de abril de 2015. Disponible en:
<http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/04/Sentencia-de-la-AP-Barcelona-de-15-de-diciembre-de-2014-Caso-Aziz.pdf>

CORDÓN MORENO, F., "La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor" Revista Cesco de Derecho de consumo. Centro de estudios de consumo. Nº8/2013. Disponible en
<https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/436/378>

CRAIG, P./DE BÚRCA, G., " EU law text, cases, and materials ", 5ª Ed., Oxford University Press, Nueva York, 2011, p.219.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., "El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor". Revista de Derecho de la Unión Europea. Nº 26 enero-junio 2014.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A., "El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015". Vlex. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Núm. 748, Marzo 2015.

LAFUENTE TORRALBA, A.J., "Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente" Revista de Derecho Civil. Vol.II, Nº 2, abril-junio 2015.

MAK, C., "On Beauty and Being Fair. The interaction of national and supranational judiciaries in the development of a European law on remedies". Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper no. 2014-07, Amstrdam, 2014.

PEREZ CEBADERA, M.A., "La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad". Revista de Jurisprudencia, num. 2, 15 abril, 2014.

REDONDO TRIGO, F., "La imposible moderación de la cláusula penal abusiva en un contrato de arrendamiento entre arrendador profesional y el arrendatario consumidor según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La aplicación de esta doctrina al supuesto de desistimiento unilateral ad nutum del arrendatario" Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Núm. 739, Septiembre ,2013

SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, D. "La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis", WP IDEIR, nº 13, Madrid, 2012

SARRIÓN ESTEVE, J., "Effective judicial protection in consumer protection in the ECJ's case law". UACES 44th Annual Conference, Cork 1-3 September 2014
Disponible en:
http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1750327