

# LA CONSTRUCCIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE UN STÁNDAR COMÚN DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA<sup>1</sup>

ANA M. CARMONA CONTRERAS

*Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad de Sevilla*

## SUMARIO

I. Ubicando la cuestión de la protección de los consumidores en su marco general de referencia. II. Sobre la efectividad del derecho de la Unión y las exigencias de obtener protección judicial efectiva: ¿dos caras de una misma moneda? Especial atención a su entendimiento en relación con los derechos de los consumidores. III. La efectividad como exigencia de tutela judicial en los procedimientos de ejecución hipotecaria: de Aziz a BBVA. IV. Reflexiones finales.

## I. UBICANDO LA CUESTIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN SU MARCO GENERAL DE REFERENCIA

La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>2</sup> vio la luz como un corpus normativo orientado fundamentalmente a armonizar cuestiones de derecho sustantivo con la finalidad inmediata de dotar al consumidor de una protección eficaz frente aquéllas (artículo 1.1)<sup>3</sup>. De la

1 Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación I+D, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea: De la Carta de DDF a las Constituciones, pasando por el CEDH» (DER2013-41303-P).

2 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DOCE n.º L 095 de 21-4-1993, pp. 29-34.

3 «El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

lectura de su contenido así se deduce, al dedicar una atención esencial a la regulación de aspectos materiales conectados con dichas cláusulas<sup>4</sup>. Dicha orientación inicial, sin embargo, ha experimentado un progresivo enriquecimiento gracias a la incorporación de perfiles novedosos que a lo largo del tiempo se han ido forjando de la mano de las distintas sentencias emanadas por los jueces de Luxemburgo en la materia. Las numerosas cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales en torno al entendimiento, contenido y límites de diversos preceptos de la Directiva han motivado una riquísima jurisprudencia a cuyo través aquélla ha desarrollado una virtualidad reforzada a la hora de dirimir conflictos en materia de consumo que, desde una perspectiva originalista, escapaban a su radio de acción. Consecuentemente, en su lectura judicial la norma europea ha venido a configurarse como inescapable elemento de referencia que denota una destacada potencialidad para condicionar y modelar el marco jurídico estatal hasta unos límites inicialmente no contemplados. Fiel reflejo de este efecto de irradiación son las afirmaciones contenidas en las Conclusiones del Abogado General Wahl en el Asunto *Unicaja* al manifestar que «en el momento de su adopción, la mayoría de los Estados miembros probablemente no imaginaban el impacto que veinte años después la Directiva 93/13/CEE habría de tener en sus ordenamientos jurídicos»<sup>5</sup>. Un impacto que, lejos de circunscribirse al ámbito del entendimiento objetivo del carácter abusivo de las cláusulas contractuales suscritas entre consumidores y profesionales (dimensión material), ha extendido también sus efectos al terreno de los cauces jurisdiccionales que los Estados han de brindar a aquéllos de cara a lograr la efectiva aplicación y correspondiente protección de las previsiones europeas (dimensión procesal). La genérica obligación que en este sentido aparece contenida en el artículo 7.1<sup>6</sup> de la Directiva se presenta como eje principal que articula el despliegue de una dinámica de intensa *procedimentalización*<sup>7</sup>. Es precisamente esta vertiente procesal la que se encuentra en la base del presente trabajo, si bien su objeto preciso viene a centrarse en una concreta manifestación de la misma que en los últimos tiempos ha dado lugar a una nueva y significativa vuelta de tuerca jurisprudencial en dicho ámbito. Nos

4 Tales como la definición de la noción de cláusula abusiva (artículo 3.1 y Anexo en el que se recogen supuestos ejemplificativos); la necesidad de apreciar su carácter según la naturaleza de los bienes y servicios sobre los que recaiga el contrato, así como las circunstancias en las que éste se celebró (artículo 4); establecimiento de la obligación de una redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, fijándose un principio de interpretación favorable al consumidor en caso de duda (artículo 5); afirmación del carácter no vinculante de las cláusulas abusivas y efectividad del contrato al margen de éstas (artículo 6.1).

5 Conclusiones del Abogado General N. Wahl, ap. 1, presentadas el 16/10/2014, en los Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 *Unicaja Banco S.A. y Caixa Bank*, ap. 1.

6 «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». En el mismo sentido se manifiesta el Considerando 24 que precede al articulado de la Directiva.

7 DELLA NEGRA, F., «The Uncertain Development of the Case Law on Consumer Protection in Mortgage Enforcement Proceedings: Sánchez Morcillo y Kusionova», *Common Market Law Review*, 52, 109, 2015, p. 1010.

referimos a la saga de sentencias iniciada con el caso *Aziz*, continuada en *Sánchez Morcillo* y que, por el momento, tiene su último hito en la sentencia *BBVA* en las que, al hilo de diversas cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles, se ha enjuiciado la compatibilidad de la normativa vigente en nuestro país en materia de procesos de ejecución hipotecaria con las exigencias derivadas del principio de efectividad de los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores. Unas resoluciones que van a poner de manifiesto no sólo los exiguos límites con que cuenta el (discutido) principio de autonomía procesal de los Estados miembros<sup>8</sup> en el ámbito de la protección de consumidores en general sino también de los deudores hipotecarios en particular. La sucesiva remodelación del marco regulador interno que ha tenido lugar tras cada una de las sentencias aludidas, movidas por la necesidad de ajuste a los parámetros interpretativos formulados por el TJUE, no hace sino corroborar tal percepción. Asimismo, y también en relación con la necesidad de preservar la efectividad de los derechos de los consumidores, los casos aludidos ponen de manifiesto una significativa tendencia no siempre explicitada en los razonamientos del TJUE mediante la que se vincula el entendimiento de dicho principio con las exigencias derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

La acción concurrente de tales parámetros valorativos genera un importante efecto transformador en el ámbito específico estudiado que se proyecta en dos esferas directamente relacionadas: Por una parte, se constata un fenómeno de armonización procesal que se deduce de la necesidad de solventar los déficits de protección efectiva detectados a nivel interno y que actúan como elementos catalizadores para modificar el marco regulador existente. Por otra, verificada la inoperancia en el caso estudiado de la facultad concedida a los Estados por el artículo 8 de la Directiva<sup>9</sup> de atribuir a los consumidores un nivel más alto de protección, dicho efecto de elevación va a producirse vía jurisprudencial, permitiendo acuñar unos estándares de tutela decididamente más exigentes a escala europea. La vinculación de la efectividad con la tutela judicial efectiva en las

8 La discusión doctrinal en torno al principio de autonomía procesal de los Estados miembros es un filón permanente que lejos de agotarse sigue aportando continuas reflexiones. La profusión de estudios existentes así lo demuestra, poniendo de manifiesto una profunda división de opiniones al respecto. Así, mientras que autores como BOBEK, M., «Why there is No Principle of Procedural Autonomy of the Member States», en MICKLITZ - DE WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, 2012 o entre nosotros, ARZOZ, X., «Autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros: Mito y Realidad», *Revista Española de Administración Pública*, 191, 2013, sostienen lisa y llanamente la inexistencia de dicho principio, en el otro extremo, GALETTA, D.-U., *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2011, propone una lectura constructiva del mismo, afirmando que estamos ante una «competencia funcionarizada» que mantiene un radio propio de acción en la esfera estatal.

9 «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección».

sentencias analizadas trae consigo, pues, un significativo hito en el proceso de constitucionalización de la protección de los consumidores en el espacio europeo<sup>10</sup>.

En clave coyuntural debe enfatizarse el hecho —en absoluto irrelevante— de que la saga de resoluciones emanadas por el TJUE aparece enmarcada en un contexto especialmente problemático, dominado por el incremento exponencial del impago de las hipotecas como consecuencia de los estragos causados por la crisis económica en España a partir de 2008. Una situación que, por lo demás, ha dejado al descubierto la absoluta precariedad en la que se hallaban una parte no marginal de los contratos hipotecarios suscritos en la etapa inmediatamente precedente. El hecho a destacar es que, con el estallido de la burbuja inmobiliaria, la masiva aplicación de la legislación vigente situó el foco de atención preferente en las descaradas consecuencias anudadas a los impagos, suscitando una intensa polémica social al respecto. Ante este estado de cosas, con una legislación hipotecaria y procesal claramente escorada a favor de los intereses del acreedor bancario que no merecía tacha alguna de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional español<sup>11</sup> y que no tenía visos de ser modificada en sede legislativa<sup>12</sup>, la única salida

10 IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Unfair Terms in Mortgage Loans and Protection of Housing in Times of Economic Crisis: Aziz vs. Catalunya Caixa», *Common Market Law Review*, 51, 2014, pp. 971-972.

11 En efecto, desde la lejana sentencia 4/1981, de 18 de diciembre, el Tribunal Constitucional español ha venido considerando que la configuración del procedimiento hipotecario viene marcada sustancialmente por «la extraordinaria fuerza ejecutiva del título», lo cual explica «la paralela disminución de posibilidades para contenerla (sic. su ejecución) mediante la formulación de excepciones» (FJ 4). En función de dicho enfoque se justifica la sustancial limitación que experimenta la contradicción procesal entre las partes. De hecho, en el procedimiento de ejecución, en puridad, dicha contradicción desaparece al concebirse como una vía de apremio en la que el juez se limita a realizar el derecho del acreedor una vez comprobado que subsiste el crédito y se ha producido el incumplimiento de la obligación contraída por el deudor (*condictio iuris* que determina la activación del proceso). Concurriendo ambos extremos «se pasa directamente a la enajenación de la finca» (FJ 5). En dicho esquema de fondo, no aprecia el tribunal lesión de la tutela judicial efectiva ni indefensión del deudor, puesto que la posibilidad de contradicción se mantiene y podrá ser activada en un juicio ordinario posterior de naturaleza declarativa. La radical limitación de las excepciones oponibles por el deudor en la ejecución, sigue razonando el TC, no se refiere a la contradicción en sí misma sino «a su efecto suspensivo sobre la realización del valor (sic. del inmueble)» (FJ 6). Al no producirse efecto de cosa juzgada la resolución de ejecución queda abierta la puerta para iniciar juicio declarativo en el que las cuestiones de fondo (esto es, el presunto carácter abusivo de la cláusula contractual) se mantienen intactas y pueden discutirse con toda amplitud (FJ 5). Consecuentemente, el deudor no queda indefenso ni privado de tutela jurisdiccional (FJ 6). Una conclusión idéntica se mantiene en el Auto 113/2011, de 19 de julio, en el que el Alto Tribunal resuelve la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada reiterando los razonamientos anteriormente expuestos y rechazando que el nuevo contexto económico y social sea causa justificadora de un cambio de orientación interpretativa. A tal efecto, el Alto Tribunal afirma que atender a dichas circunstancias para modular su juicio sobre el procedimiento contestado resulta «tarea ajena a la jurisdicción constitucional», así como que la misma ha de «confiarse en exclusiva al poder político», el cual goza de un «amplio margen de libertad ... que este tribunal ni puede ni quiere restringir» (FJ 4). Una opinión diametralmente opuesta a tal aproximación es mantenida por el Magistrado Eugeni Gay en su voto particular, apelando a la necesidad de atender los nuevos condicionamientos sociales como criterio justificador para un cambio en el criterio del Tribunal.

12 Baste recordar la azarosa vicisitud práctica sufrida por la ambiciosa iniciativa legislativa popular que, propugnada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, organizaciones sociales y distintos

terminó por residenciarse en sede judicial europea<sup>13</sup>. De este modo, el TJUE viene a asumir una función esencial de cara a compensar el acusado déficit social que en la gestión de la crisis asumen tanto las instituciones europeas y los gobiernos nacionales<sup>14</sup>.

## II. SOBRE LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y LAS EXIGENCIAS DE OBTENER PROTECCIÓN JUDICIAL EFECTIVA: ¿DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA? ESPECIAL ATENCIÓN A SU ENTENDIMIENTO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

El trasfondo sistémico de carácter descentralizado en el que las tareas de ejecución, implementación y aplicación del derecho europeo corresponden a los Estados miembros se erige en punto de partida inexcusable a la hora de abordar el significado del principio de efectividad. Constreñidas por el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE<sup>15</sup>), las autoridades nacionales una vez definidos los objetivos a alcanzar así como los derechos que se reconocen a los ciudadanos por las previsiones europeas, han de ajustar sus actuaciones al logro de los primeros y a dotar de plena efectividad práctica a los segundos<sup>16</sup>. A tal efecto, ante la

sindicatos, proponía precisamente una modificación normativa para introducir la figura de la dación en pago ante la imposibilidad de hacer frente a la deuda hipotecaria contraída. Dicha iniciativa, desarrollada entre 2010 y 2012 no logró obtener el necesario respaldo parlamentario. La situación, sin embargo, cambiará de signo cuando el 12 de febrero de 2013 el Congreso de los diputados apruebe la toma en consideración de la ILP presentada por el Sr. Batllori adoptando la Proposición de ley 120/000006, de regulación de la dación en pago, de paralización de desahucios y del alquiler social. La tramitación de dicha proposición quedó subsu- mida con la de la ley de conversión del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que concluirá con la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Debemos recordar que el contenido de esta ley, lejos de asumir las propuestas reguladores recogidas en la ILP, ignoró completamente la principal reivindicación contenida en la misma —la dación en pago—, desvirtuando completamente su sentido.

13 MICKLITZ, H.-W. REICH, R., «The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 805.

14 BARRAL-VIÑALS, I., «Aiziz Case and Unfair Contract Terms in Mortgage Loan Agreements: Lessons to Be Learned in Spain», *Penn State Journal of Law & International Affairs*, 4, 2015, p. 70, afirma que la ingeniería social inherente a las decisiones del TJUE supone «una clara señal de la situación existente en España».

15 «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

16 GRECO, G. «A proposito della autonomia procedurale degli Stati membri», *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, p. 15 considera que, atendiendo al uso del artículo 4.3 TUE lleva a cabo el TJUE en las sentencias en las que entra en juego la autonomía procesal de los Estados miembros, resulta que el mismo «termina por constituir una suerte del pass partout para todo tipo de compresión» sobre aquélla.

ausencia de competencia europea en el ámbito procesal, el sistema existente en la esfera doméstica adquiere una importancia esencial, actuando como marco de referencia operativo *también* para la protección de las previsiones europeas.

En función de tal premisa, la jurisprudencia del TJUE ha afirmado invariablemente desde la sentencia *Rewe Zentralfinanz* que «a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las medidas procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que a favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho Comunitario»<sup>17</sup>. Ahora bien, la materialización de dicha competencia queda modulada por el necesario cumplimiento de dos requisitos: Por un lado, se introduce un mandato de igualdad o si se prefiere de no discriminación, puesto que «estas normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno» (principio de equivalencia). Y por otro, se añade una dimensión proactiva a tal diseño normativo, al exigir que el mismo no haga imposible o excesivamente difícil «en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar» (principio de efectividad).

No estamos, por lo tanto, ante un espacio carente de límites en el que la autonomía procesal de la que gozan los Estados pueda ser entendida como afirmación de independencia<sup>18</sup> sino ante la afirmación de una potestad de naturaleza condicionada, cuyo ejercicio queda subordinado por la necesidad de dotar de pleno efecto a los derechos proclamados por la normativa de la Unión. Un condicionamiento que, por lo demás, no supone sino la lógica manifestación del principio de primacía que caracteriza a aquélla también en el terreno de los mecanismos procesales internos<sup>19</sup>. La efectividad actúa, por lo tanto, como un instrumento esencial al servicio de la adecuada aplicación del derecho de la Unión en los ordenamientos internos, garantizando su efecto directo<sup>20</sup>. Lo cual lógicamente requiere la existencia de un sistema judicial eficiente, que incluya

17 Sentencia TJCE de 18 de octubre de 1976, Asunto C-33/76, *Rewe Zentralfinanz*, ap. 5.

18 BOBEK, M., ob. cit., p. 320, subraya el hecho de que la apelación a la autonomía procesal de los Estados miembros por el TJUE crea una falsa impresión, puesto que no existen áreas del derecho procesal nacional no controladas por las exigencias del derecho de la Unión. La cuestión determinante es que «una vez que existe un derecho creado por la normativa europea y que ha de ser aplicado por el derecho nacional, su aplicación (equivalente y efectiva) incluye todos los aspectos del procedimiento interno».

19 CLAES, M., *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 78, recuerda que en la base de la efectividad de las normas europeas, premisa imprescindible en la construcción del ordenamiento comunitario, anidan los principios de efecto directo y primacía. Mientras que el primero hace realidad tangible la aplicación práctica de los derechos definidos por la norma europea a los individuos, el segundo confiere a ésta una virtualidad aplicativa preferente frente a las disposiciones internas que no respetan su contenido. Es en tal contexto de referencia en el que ha de enmarcarse la correcta comprensión de la autonomía procesal de los Estados miembros.

20 ACETTO, M. - ZLEPTNIG, S., «The Principle of Effectiveness: Rethinking its Role in Community Law», *European Public Law*, 11, 2005, p. 402, ponen un particular énfasis en la consideración del principio de efectividad desde una perspectiva más amplia, en tanto que mecanismo que asegura la efectividad y coherencia global del ordenamiento comunitario y cuyo fundamento se encuentra en el deber de cooperación leal.

mecanismos idóneos encaminados a prestar una tutela judicial efectiva a los titulares de los derechos<sup>21</sup>. Lo contrario, como resulta obvio, condenaría a las normas europeas a la inoperancia y a una palmaria ausencia de efecto útil.

Constatada tal exigencia, sin embargo, la cuestión a dilucidar es cómo se mide el requisito de la efectividad. Porque si bien es cierto que la imposibilidad en el ejercicio de los derechos nos sitúa ante una situación de carácter unívoco que se resuelve en la dialéctica existencia/inexistencia de mecanismos de protección, por el contrario, la cuestión se torna sustancialmente incierta cuando lo que debe calibrarse es si éstos permiten un ejercicio de los derechos calificable como «excesivamente difícil». Mientras que en el primer caso el déficit es cuantitativo, en el segundo el matiz predominante es eminentemente cualitativo. Precisamente por tal razón, su determinación resiste cualquier intento de conceptualización general exigiendo una interpretación inevitablemente vinculada al caso concreto<sup>22</sup>.

La constatación de la dificultad inherente al desarrollo de dicha tarea va a generar el planteamiento de numerosas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, el cual es interpelado por los jueces nacionales, en tanto que aplicadores naturales del derecho de la Unión, en búsqueda de parámetros orientadores que les permitan dilucidar si las disposiciones procesales internas cumplen con las exigencias de la efectividad. La respuesta a tal necesidad vendrá de la mano de las sentencias *Peterbroeck* y *Van Schijndel*<sup>23</sup>, en las que se introduce un criterio valorativo de índole contextual, según el cual los órganos jurisdiccionales domésticos deben llevar a cabo un análisis de la normativa nacional aplicable «teniendo en cuenta el lugar que ocupa dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales». Asimismo, en el desempeño de tal labor de ponderación, «procede tomar en consideración los principios en los que se basa el sistema jurídico nacional, tales como la protección del derecho de defensa, la seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento». Con tal arsenal de herramientas hermenéuticas como base, los jueces internos están llamados a realizar un juicio de proporcionalidad/razonabilidad cuya finalidad no es otra que determinar si la disposición aplicable en un caso en el que se discuten derechos conferidos por la Unión permite su efectivo ejercicio o si por el contrario, lo hacen imposible o excesivamente difícil.

A este respecto, debemos dirigir nuestra atención hacia una cuestión dotada de la máxima relevancia y directamente incardinada el entendimiento de la efectividad: la tutela judicial. Porque, sin lugar a dudas, la protección en vía jurisdiccional

21 ADINOLFI, A., «The «Procedural Autonomy» of Member States and the Constraints Stemming from the ECJ's Case Law: Is Judicial Activism still Necessary?», MICKLITZ, H.-W. DE WITTE, B., ob. cit., p. 289.

22 Consecuentemente, como apunta BOBEK, M., ob. cit., pp. 307/309, la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito presenta un «carácter oscilante y carente de uniformidad».

23 STCE de 14 de diciembre de 1995, Asunto C-312/93, *Peterbroeck*, ap. 114 y STCE de 14 de diciembre de 1995, Asunto C-431/93, *Van Schijndel*.

supone una pieza esencial que contribuye a que el ejercicio efectivo de los derechos sea una realidad<sup>24</sup>. De hecho, ya desde la sentencia *Von Colson* (1984) el Tribunal afirmó expresamente que la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas suficientemente eficaces que posibiliten el logro de los objetivos definidos por las Directivas incluye que las mismas «puedan ser invocadas efectivamente ante los Tribunales nacionales por las personas interesadas»<sup>25</sup>. Dos años más tarde, en *Johnston* (1986), ese derecho a obtener tutela por parte de un juez adquirió el rango de principio general del Derecho, tomando en consideración tanto las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como su consagración en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>26</sup>. La ya aludida carencia de competencias de la Unión en la esfera procesal implica que la salvaguardia de tales derechos se residence en el marco interno, de tal manera que los Estados deben crear un sistema de recursos judiciales mediante el que los derechos individuales resulten protegidos<sup>27</sup>, haciendo posible que los jueces nacionales en su veste de poder judicial europeo puedan desarrollar las funciones que les corresponden como tales.

Este doble carácter que se predica de la efectiva protección jurisdiccional ha sido objeto de expreso reconocimiento por el Tratado de Lisboa, incorporando tanto su vertiente objetiva, que se concreta en la obligación de los Estados de establecer «las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión» (artículo 19.1.2 TUE)<sup>28</sup> como su dimensión de derecho subjetivo, según se desprende del artículo 47 de la Carta<sup>29</sup>. Desde esta perspectiva integral, los esfuerzos teóricos encaminados a trazar una línea distintiva entre ambos principios se revelan escasamente útiles en la práctica<sup>30</sup>, sobre

24 CLAES, M., ob. cit., p. 138.

25 Sentencia TCE de 10 de abril de 1984, Asunto 14/83 *Von Colson*, ap. 18. Por su parte, la Sentencia TCE de 5 de octubre de 2004, Asunto 403/01 *Pfeiffer*, ap. 111, proclamó abiertamente que «corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular, asegurar la protección jurídica que se deriva para los justiciables de las disposiciones del Derecho Comunitario y garantizar su pleno efecto».

26 Sentencia TCE de 15 de mayo de 1986, Asunto 222/84, *Johnston*, ap. 18.

27 La Sentencia TJUE de 25 de julio de 2002, Asunto C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores*, ap.s 41 y 42 supone un decidido alegato en este sentido.

28 Coincidimos con la crítica formulada por ARNULL, J., «Article 19. [The Court of Justice of the European Union]», BLANKE, J. - MANGIAMELI, S., *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2013, p. 767, relativa a la disfuncional ubicación de esta disposición que, en aras de la coherencia, debería haberse incluido como cuarto subepígrafe del artículo 4.3 TUE.

29 «1. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. 2. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. 3. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

30 KROMMENDIJ, J., «Is There Light in the Horizon? The Distinction between Rewe Effectiveness and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte», *Common Market Law Review*, 53, 2016, pp. 1404-1410 lleva a cabo un concienzudo análisis sobre las diferencias existentes entre ambos principios, aplicando diversos criterios analíticos. No obstante, a pesar del notable

todo porque más allá de la oscilante aproximación al tema por parte del TJUE<sup>31</sup>, la conclusión a la que se llega es que la existencia de eficaces mecanismos de salvaguarda judicial de los derechos individuales<sup>32</sup> asegura generalmente la plena efectividad del derecho de la Unión<sup>33</sup>.

Planteada la cuestión en estos términos, lo que aquí nos interesa es llamar la atención sobre la existencia de una línea jurisprudencial que muestra la evolución desde una inicial dimensión eminentemente negativa de la efectividad, que excluye normas nacionales que hacen imposible o excesivamente difícil la aplicación de los derechos de la Unión (*Rewe*) considerando su ubicación en el ordenamiento interno y realizando un juicio de proporcionalidad de sus principios inspiradores (*Peterbroeck/Van Schijndel*), hacia la atribución a la misma de una función positiva o transformadora, en virtud de la cual se exige a los Estados no sólo que existan medios de protección jurisdiccional sino que, además, éstos proporcionen una tutela adecuada<sup>34</sup>. De cara a analizar el cumplimiento de tal

esfuerzo realizado, el propio autor concluye por reconocer la imposibilidad de llegar a conclusiones determinantes. La utilización variable que de uno y otro elemento lleva a cabo el TJUE se muestra como elemento decisivo en este sentido.

31 Es posible constatar la existencia de casos, como *DEB* (Sentencia de 22 de diciembre de 201, Asunto C-279/09), en donde el parámetro valorativo viene exclusivamente constituido por el artículo 47 de la Carta, a pesar de que las dudas interpretativas formuladas en la cuestión prejudicial con respecto a la norma nacional (acceso a la justicia gratuita por parte de personas jurídicas) apuntaban tanto hacia el cumplimiento de la efectividad como a las exigencias de tutela judicial. Un *modus operandi* similar se detecta en *Samba Dionf* (Sentencia TJUE de 28 de julio de 2011, Asunto C-69/10), en donde el tribunal analiza la cuestión planteada (derecho de asilo y procedimiento de expulsión de refugiados) exclusivamente desde la perspectiva del acceso a la justicia del artículo 47, obviando las observaciones formuladas por el Abogado General Cruz Villalón en torno a la necesidad de que a la hora de configurar el sistema de recursos previsto por la Directiva la autonomía procesal de los Estados miembros no puede traducirse en un inconveniente para la eficacia de aquella (ap.s 47 y 48). En un sentido opuesto, otras resoluciones como *Unibet* (STJUE de 13 de marzo de 2007, Asunto C-432/05), *Impact* (STJE 15 de abril de 2008, Asunto C268/06), *Pontin* (Sentencia TJUE de 29 de octubre de 2009, Asunto C-63/08) o *Alasini* (Sentencia TJUE de 18 de marzo 2010, Asunto C-317/08) muestran un razonamiento argumental complejo, articulado sobre la base del tándem efectividad-tutela judicial efectiva y en el que aquella opera como un subprincipio de ésta. Para un análisis detallado de estas dos líneas jurisprudenciales, vid. ENGSTRÖM, J., «The Principle of Effective Judicial Protection after the Lisbon Treaty», *Review of European Administrative Law*, vol. 2, 4, 2011.

32 Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 52.3 de la Carta, en el caso *DEB* el TJUE estableció (ap. 60) que el juez nacional a la hora de comprobar los requisitos normativos de la justicia gratuita desde la perspectiva del derecho fundamental de acceso a la justicia deberá tomar en consideración si se produce una limitación del derecho de acceso a los tribunales que pueda afectar a la propia esencia de este derecho; si la norma en cuestión persigue un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Asimismo, habrá de tener presente (ap. 61) el objeto del litigio, las posibilidades razonables que tiene el demandante de resultar vencedor, la importancia que para éste tiene el proceso, la complejidad del derecho y del procedimiento, así como su capacidad de defender eficazmente su causa. Teniendo en cuenta los criterios apuntados compartimos la opinión de ENGSTRÖM, ob. cit., pp. 63 y 64, cuando afirma que estamos ante un test de escrutinio muy similar al establecido por el Tribunal en *Peterbroeck* (razonabilidad y proporcionalidad).

33 SAFJAN, M. - DÜSTERHAUS, D., «A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU», *Yearbook of European Law*, vol. 33, 1, 2014 p. 38.

34 GERSTENBERG, O., «Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contract», *European Law Review*, 21, 2015, p. 613 hace referencia a que «la

requerimiento, el principio de efectividad funciona entonces como un parámetro complejo de control<sup>35</sup>, en cuya virtud los criterios acuñados en *Rewe* se aplican desde la perspectiva de la efectiva protección jurisdiccional (artículo 47 DFUE).

Esta concreta orientación jurisprudencial ha encontrado en el ámbito de la protección de ciertos grupos vulnerables<sup>36</sup> en general y de los consumidores en particular un terreno particularmente propicio para su aplicación. La posición de inferioridad del consumidor que se manifiesta en el desequilibrio contractual en el que éste se halla frente al profesional —y que precisamente las disposiciones de la Directiva buscan superar— sirve al Tribunal como centro de gravedad argumental en sus resoluciones sobre la materia. La adopción de un criterio claramente favorable a la tutela del consumidor (o si se prefiere, la adopción de una perspectiva interpretativa «socialmente orientada»<sup>37</sup>) trae consigo la aplicación de un grado más estricto de exigencia en la verificación del cumplimiento del principio de efectividad por parte de la norma procesal que se evalúa<sup>38</sup>. En palabras del Tribunal en la sentencia *Océano Editorial*<sup>39</sup> «(L)a naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores que se encuentran en esa situación de inferioridad así lo justifica» (ap. 68). En este contexto, la lectura en clave eminentemente funcional de la genérica previsión del artículo 7.1 de la Directiva, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos suscritos entre consumidores y profesionales, resulta determinante para que la misma funcione como palanca activadora de una dinámica de ajuste y remodelación del marco procesal interno<sup>40</sup>.

Una somera mirada a la jurisprudencia en la materia así lo confirma. A partir de *Océano Editorial* el Tribunal fundamentó la necesidad de atribuir a los jueces

función negativa y eliminatória atribuida inicialmente al principio de efectividad por la jurisprudencia del TJUE ha dado paso a una nueva concepción en cuya virtud el Estado viene llamado a superar el déficit detectado en el ámbito de su normativa procesal».

35 SAFJAN, M. - DÜSTERHOFF, D., ob. cit., p. 10, denominan dicho criterio de escrutinio «test Rewe 47».

36 DOUGAN, M., *National Remedies before the Court of Justice*, Hart, Oxford, 2004, p. 424, constata expresamente dicha tendencia en el caso de los consumidores. KILPATRICK, C., «Turning Remedies Around: A Sectoral Analysis of the Court of Justice», DE BÚRCA, G. y WEILER, J.H.H. (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 143, se refiere a los casos de igualdad de género. Por su parte, DELLA NEGRA, F., ob. cit., p. 1025, llama la atención sobre la diferente actitud que en materia de protección asume el TJUE frente a los trabajadores, que como los consumidores también se asumen la condición de parte más débil en la relación contractual.

37 DELLA NEGRA, F., ob. cit., p. 1021.

38 TRSTENJAK, V. - BEYSEN, E., «European Consumer Law: *Curia semper dabit remedium?*», *Common Market Law Review*, 48, 2011, p. 121.

39 STJUE, de 27 de junio de 2000, Asuntos C-240/98 a 244/98 *Océano Grupo Editorial*, ap. 68.

40 El ap. 71 de las Conclusiones presentadas el 13 de mayo de 2015 en el Asunto C-8/14 *BBVA* por el Abogado General Szpunar confirman expresamente esta tendencia al razonar en los siguientes términos: «Cabe observar asimismo que, en el ámbito del Derecho de los consumidores, los principios de equivalencia y de efectividad, en cuanto límites a la autonomía procesal de los Estados miembros, son particularmente importantes, de modo que el Tribunal de Justicia debe velar por su estricto cumplimiento».

nacionales la facultad de apreciar ex officio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en el hecho de que «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear *por sí mismos* el carácter abusivo de dichas cláusulas» (ap. 26, la cursiva es nuestra)<sup>41</sup>. El potencial efecto disuasorio que para la persona afectada produce el pago de honorarios a un abogado en litigios por lo general de poca cuantía se erige en primer elemento de justificación. Mucha mayor enjundia, sin embargo, debe conferirse a la constatación sucesiva que apunta a la existencia de «un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra» (ap. 26). De la conjunción de ambas circunstancias se desprende una conclusión dotada de la máxima relevancia: «la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato» (ap. 27). Precisamente tal constatación permite considerar que la facultad judicial de control ex officio encuentra apoyo y contribuye a lograr el objetivo contemplado en el artículo 7.1 de la Directiva, «ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores» (ap. 28). Con el asunto *Pannon*<sup>42</sup> se avanzó un paso más al considerar que el ejercicio del referido deber judicial se activa «tan pronto como disponga de elementos de hecho y de derecho necesarios para ello»<sup>43</sup> (ap. 35).

Sobre la base de tal construcción, la posterior evolución de la jurisprudencia del TJUE ha ido extendiendo de forma progresiva la exigencia de control judicial de oficio a un número creciente de procesos judiciales<sup>44</sup> cuyo objeto es la determinación del carácter abusivo de cláusulas de contratos suscritos entre consumidores y profesionales. De forma paralela, la constatación de la posición de inferioridad objetiva en la que éstos se encuentran también ha resultado determinante para exigir un nivel reforzado de garantías procedimentales que aseguren la

41 STJUE de 16 de octubre de 1976, Asunto C-168/05 *Mostaza Claro*, se apuntaló tal exigencia al considerarse necesaria incluso en el caso de que el consumidor no hubiera alegado el carácter abusivo de una cláusula contractual en el curso del procedimiento (ap. 39). En la posterior STJUE de 26 de octubre de 2008, Asunto C-40/08 *Astur Telecomunicaciones*, ap. 47, se puntualizó que el respeto del principio de efectividad mediante el ejercicio de la potestad judicial de oficio no llega hasta el extremo de que ésta proceda «a suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado».

42 Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, Asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt*.

43 Aclarando, asimismo, que «cuando considere que es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opondrá».

44 En la posterior en STJUE de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10 *Banesto* esta doctrina se extendió a los procesos monitorios de reclamación de deuda, declarando contraria al principio de efectividad la normativa que no permite al juez que examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato suscrito entre profesional y consumidor, cuando éste no haya formulado oposición (ap. 57).

efectividad en la tutela de sus derechos<sup>45</sup>. Tomando como punto de referencia este razonamiento binario (el denominado *test Rewe* 47) pasamos a continuación a abordar el análisis de las resoluciones que evalúan la efectividad del sistema de protección judicial de los deudores en los juicios de ejecución hipotecaria y que como resultado suponen una valiosa contribución a la construcción de un estándar común de protección de aquéllos en el espacio europeo.

### III. LA EFECTIVIDAD COMO EXIGENCIA DE TUTELA JUDICIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DE AZIZ A BBVA.

#### 1. El caso Aziz<sup>46</sup>: La aplicación implícita de la lógica iusfundamental al principio de efectividad

*Aziz* supuso el pistoletazo de salida en el proceso de paulatina demolición del edificio de normas rectoras de los juicios ejecutivos hipotecarios en España<sup>47</sup>. En el proceso incoado ante el Tribunal de Luxemburgo se traerá a colación por el órgano jurisdiccional que eleva la cuestión prejudicial (el Juzgado de lo Mercantil número de 3 de Barcelona), por un lado, la adecuación de la legislación procesal española a las exigencias de protección del consumidor frente a cláusulas abusivas establecidas por la Directiva 93/13. Por otro, que se precisen los elementos constitutivos de éstas<sup>48</sup>.

Concentrando nuestro interés en la primera de las cuestiones, el Tribunal iniciará su análisis haciendo referencia al contexto normativo de referencia, empezando por el artículo 695 Ley Enjuiciamiento Civil (LEC), el cual prevé unos motivos de oposición tasados en dichos procedimientos sin que entre los mismos conste el carácter abusivo de las cláusulas que dan cuerpo al contrato de hipoteca. En el ordenamiento español, la articulación de una reclamación de tal índole, al carecer de ubicación en el trámite judicial de ejecución, debe llevarse

<sup>45</sup> Porque como justamente subraya DELLA NEGRA, F., ob. cit., pp. 1026 y 1027, en tanto el TJUE interprete la efectividad como instrumento para alcanzar la efectiva protección jurídica de los consumidores, a expensas del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, la aplicación de ambos principios conduce al mismo resultado práctico: la virtualidad del principio de efectividad como estándar positivo que introduce nuevos recursos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

<sup>46</sup> Sentencia TJUE de 14 de marzo 2013, Asunto C-415/2011, *Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya*.

<sup>47</sup> Aunque como indica justamente CANEDO ARRILLAGA, J. R., «Problemas de efectividad del Derecho de la Unión Europea. El área de las cláusulas abusivas como banco de pruebas», *Estudios de Deusto*, 62.2, 2014, p. 202, las sentencias del TJUE también actúan sobre otros procedimientos, como en el caso de los monitorios.

<sup>48</sup> El objeto de esta cuestión se refiere a la necesidad de apreciar si tienen carácter abusivo las cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal, esto es, las que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez.

a cabo necesariamente en un juicio declarativo que, en modo alguno, producirá efectos suspensivos sobre aquélla (artículo 698.1 LEC). Asimismo, tampoco se permite que el juez competente adopte medidas cautelares encaminadas a garantizar la plena eficacia de una hipotética declaración final estimatoria. Y es que, según dicha normativa, si el proceso declarativo concluyese con éxito no se produciría la restitución de la vivienda perdida, quedando únicamente prevista la obtención por el demandante de un mero resarcimiento pecuniario. Dicho efecto, que se afirma como supuesto general, solo sería susceptible de ser revocado en el caso ciertamente residual contemplado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria (LH) que permite la no adjudicación del bien hipotecado al acreedor mediando sentencia favorable al deudor dictada en juicio declarativo previo siempre que se cumplan con las siguientes exigencias registrales: anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca o del carácter abusivo de alguna de sus cláusulas previamente a que se lleve a cabo la nota marginal de expedición del certificado de cargas<sup>49</sup>.

Siendo este el escenario normativo nacional de fondo, el TJUE aborda su andadura analítica haciendo uso de su rica jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas y situando en primer término la previsión contenida en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en donde se afirma que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor. Recuerda el Tribunal que estamos ante una disposición imperativa cuyo objeto es reemplazar el equilibrio formal existente entre consumidor y proveedor por una situación de equilibrio real en la que se pueda restablecer la igualdad entre derechos y obligaciones entre ambas partes. La posición más débil que en la práctica presenta aquél frente a éste se afirma como eje principal de la necesidad de reequilibrio (ap. 44) y requiere la intervención de oficio por parte del juez.

La novedad que presenta el caso *Aziz* se refiere a «la necesidad de determinar la obligación que incumbe al juez que conoce del procedimiento declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, con el fin de que se garantice, en su caso, el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo y, por lo tanto, de la incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria» (ap. 49). La cuestión es que en ausencia de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, la determinación de los supuestos de oposición así como las facultades del juez en el curso de dicho proceso forman parte de la autonomía procesal de los Estados miembros, en tanto que sean respetados los principios de equivalencia y efectividad (ap. 50). Constatado sin mayor dificultad el cumplimiento de

<sup>49</sup> «Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto».

las exigencias derivadas de la equivalencia<sup>50</sup>, el TJUE pasará a concentrar su atención en la efectividad. Para desarrollar la tarea propuesta, se opta por aplicar el habitual enfoque analítico contextual que toma en consideración «el lugar que ocupa la disposición en el conjunto del procedimiento, así como el desarrollo y peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales» (ap. 50).

Una vez que el genérico arsenal de criterios hermenéuticos se ha traído a escena, la específica senda valorativa que deberá recorrerse para la resolución de las cuestiones planteadas ya ha quedado prefigurada. De entrada, va a dedicarse una atenta consideración al complejo normativo interno sometido a escrutinio constatando de forma rotunda que «la adjudicación final a un tercero del bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria». La única posibilidad de evitar tan gravosa consecuencia para el consumidor exige que éste «realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal de expedición del certificado de cargas» (ap. 57), lo cual se considera un supuesto residual dado «el carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución» y también la situación en la que se halla el consumidor, que por lo general «ignora o no percibe la amplitud de sus derechos» (ap. 58).

Esta constatación inicial desfavorable, lejos de aminorarse, va a incrementarse ulteriormente cuando se tome en consideración que el juez competente no goza de potestad para dictar «medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria», lo cual puede «menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva» (ap. 59). La razón de tal juicio negativo es obvia: ante la imposibilidad de adoptar dichas medidas, la ejecución del inmueble hipotecado se llevará a cabo sin que medie resolución que dictamine la validez jurídica de la base en la que la misma se apoya. Una ejecución que paradójicamente y a pesar de no contar con un aval expreso de validez, presenta efectos irreversibles «aún en el supuesto de que posteriormente se declarase la nulidad de la ejecución —constatado el carácter abusivo de la cláusula contractual— puesto que de la misma sólo se derivará, como ya se ha apuntado, el derecho a percibir una indemnización pecuniaria». Tal consecuencia reparadora no merece una consideración favorable al estimarse «*incompleta e insuficiente* y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva» (ap. 60).

50 Así se deduce del tenor literal del ap. 52: «En efecto, consta en autos que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, ap. 48)».

Este juicio genéricamente adverso que suscita la normativa analizada experimentará una nueva y definitiva vuelta de tuerca al pasar por el tamiz valorativo que aporta la toma en consideración del bien concreto que grava la garantía hipotecaria, esto es, «la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia», conduciendo directamente a afirmar que el mecanismo de protección consistente en la previsión de una mera «indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda»<sup>51</sup> (ap. 61). Teniendo presentes, tales consideraciones, el TJUE llega a la conclusión de que la Directiva 93/13 excluye una norma nacional que no permite al juez ante el que se está suscitando un procedimiento declarativo adoptar medidas provisionales. Por consiguiente, «procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede *menoscabar la efectividad de la protección* que pretende garantizar la Directiva» (ap. 59).

Expuestos los razonamientos del Tribunal se colige sin mayor dificultad que la resolución adoptada en *Aziz* va más allá de la mera legalidad ordinaria en materia de derecho de consumo, incorporando una destacada dimensión constitucional<sup>52</sup>. Gracias a la interpretación constructiva del principio de efectividad a la luz de la tutela judicial se produce una elevación del estándar europeo de protección de tal derecho fundamental a favor de los deudores hipotecarios en el curso de procedimientos judiciales que tienen como objeto la protección de la

51 Las conclusiones de la Abogada General J. Kokott se muestran especialmente nítidas en este sentido, considerando que «tal regulación procesal menoscaba la eficacia de la protección que pretende otorgar la Directiva 93/13» (ap. 51). Tal percepción inicial se refuerza atendiendo a que «el bien inmueble gravado con la hipoteca es la vivienda del deudor», puesto que en tal caso «difícilmente es apropiada la sola reclamación de indemnización por daños y perjuicios para garantizar eficazmente los derechos reconocidos al consumidor en la Directiva 93/13. En efecto, no constituye una protección efectiva contra las cláusulas abusivas del contrato el hecho de que el consumidor, a raíz de dichas cláusulas, deba soportar indefenso la ejecución de la hipoteca con la consiguiente subasta forzosa de su vivienda y la pérdida de la propiedad y el desalojo subsiguientes, y que sólo con posterioridad esté legitimado para ejercitar la acción de daños y perjuicios» (ap. 52). Atendiendo a lo expuesto, la consecuencia resulta inapelable: «La Directiva 93/13 exige, antes bien, que el consumidor disponga de un *recurso legal eficaz* para que se compruebe el carácter abusivo de las cláusulas de su contrato de préstamo, y que mediante dicho recurso pueda, en su caso, detenerse la ejecución forzosa» (ap. 53. La cursiva es nuestra).

52 MEDINA GUERRERO, M., «Derecho a la vivienda y desahucios: La protección del deudor hipotecario en la jurisprudencia del TJUE», *Teoría y realidad constitucional*, 36, 2015, p. 279. GERSTENBERG, O., ob. cit. ob., pp. 605 y 611, no solo atribuye dimensión constitucional a la resolución del caso *Aziz*, en función de su conexión implícita con el artículo 47 de la Carta. Asimismo, el autor se refiere a la existencia de una «dimensión de derechos humanos» derivada de la relación material con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Derecho al respeto de la vida privada y familiar) en la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo.

vivienda<sup>53</sup>. La vulnerabilidad de los consumidores afectados por contratos referidos a ésta es un elemento que cobra un peso determinante en el razonamiento del TJUE<sup>54</sup>, porque de producirse el desahucio sus efectos afectarán «no sólo al consumidor sino también a los miembros de su familia que no son parte el contrato suscrito con el vendedor/proveedor» (ap. 61).

Llegados a este punto, debemos destacar que la referida operación constitucionalizadora es llevada a cabo en ausencia de toda referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. En ningún momento se vincula expresamente el déficit de protección del deudor hipotecario con el quebrantamiento de su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la misma ni mucho menos a la violación de un hipotético derecho a la vivienda<sup>55</sup>. El segundo componente del *test Rewe* 47, precisamente el que aporta dimensión constitucional al mismo, queda desplazado hacia un terreno de invisibilidad formal que, sin embargo, no impide constatar sus efectos en términos sustanciales. La justificación de tal actitud silente puede hallarse en una primera lectura en la ausencia de referencias al artículo 47 de la Carta por parte del tribunal nacional que elevó la cuestión prejudicial, el cual limitó sus dudas a la concordancia de la legislación procesal interna con la Directiva 93/13. Sin restar validez a tal percepción, sin embargo, compartimos la percepción de Micklitz y Reich quienes, desde una aproximación trascendente, consideran que la operación de «constitucionalización oculta» (*hidden constitutionalization*) desarrollada por el TJUE va a permitir mantener un discurso argumental formalmente anclado en la interpretación de la Directiva, evitando de este modo generar una abierta confrontación con el TC español y la valoración positiva que éste mantiene desde 1981 de la configuración legislativa del proceso de ejecución hipotecaria<sup>56</sup>. En cualquier caso, independientemente de la clave interpretativa por la que se opte, la idea a enfatizar es que con la resolución adoptada en *Aziz*<sup>57</sup> la efectividad de la protección conferida por la Directiva 93/13 a los deudores hipotecarios en los procesos ejecutivos adquiere una indudable dimensión iusfundamental que se traduce en la obligación de los Estados

53 SAFJAN, M. - DÜSTERHAUS, D., ob. cit., p. 18.

54 SÁNCHEZ IGLESIAS, S., ob. cit., pp. 971-972.

55 Tampoco en relación con la vivienda se lleva a cabo ninguna referencia al artículo 34.3 de la Carta, lo cual no impide para que se produzca un reforzamiento por vía indirecta de su status jurídico gracias a la atención preferente que el TJUE presta a la finalidad que justifica la existencia del crédito hipotecario: la adquisición de una vivienda y la creación de un hogar familiar. En esta línea, MICKLITZ, H.-W., «Unfair Contract Terms — Public Interest Litigation before European Court Case C-415/11 Mohamed Aziz», en COLAERT, V. - TERRY, N., E. (eds.), *Landmark Cases of EU Consumer Law — in Honour of Jules Stuyck*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 627, justifica el mutismo del tribunal puesto que proceder de otro modo «hubiera hecho necesario definir el artículo 34 como un principio más que como un derecho y hubiera requerido una discusión acerca de la inclusión social y la pobreza». O más difícil todavía, «investigar el alcance del uso potencial de otros derechos fundamentales para dar a la vivienda una dimensión constitucional más profunda».

56 MICKLITZ, H.-W. - REICH, R., ob. cit., p. 801.

57 A una conclusión idéntica se llega en el Auto TJUE, de 14 de octubre de 2013, Asuntos C-537/12 y C-116/13 *Banco Popular y Banco de Valencia*.

miembros de atribuir a los mismos un cauce de oposición que permita a éstos o al juez que conoce la causa, contrarrestar la preeminencia de la que goza el acreedor.

## 2. El caso *Sánchez Morcillo I*<sup>58</sup>: La efectividad como expresión directa del derecho fundamental a la tutela judicial

Tras la STJUE en *Aziz*, la respuesta adaptativa del ordenamiento español vino a concretarse en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. Un texto legislativo que ya estaba siendo tramitado en sede parlamentaria con carácter previo a la resolución judicial europea y que, tras la misma, introdujo una nueva causa de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria precisamente referida a la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo (nuevo artículo 695.1.4 LEC)<sup>59</sup>. Además, siguiendo el hilo discursivo del TJUE, también vino a incluirse una previsión habilitando al juez<sup>60</sup> para controlar de oficio (con carácter facultativo) el carácter abusivo de las cláusulas (nuevo artículo 552 LEC). Asimismo, para el caso en que el auto judicial declarase dicho carácter abusivo éste habrá de determinar las consecuencias anudadas a la misma, determinando bien la improcedencia de la ejecución o, por el contrario, su despacho sin aplicar la cláusula (artículo 561.1.3 LEC). Finalmente, para el supuesto en el que se dictara auto de sobreseimiento o la inaplicación de la cláusula considerada abusiva podrá interponerse recurso de apelación (artículo 695.4 LEC).

En el origen de la nueva cuestión prejudicial, planteada en esta ocasión por la Audiencia Provincial de Castellón, el punto de mira viene a situarse en la última de las previsiones aludidas. En opinión del órgano judicial, ésta podría no ser conforme con el objetivo de protección perseguido por la Directiva 93/13 resultando contraria al principio de efectividad, puesto que sólo permite recurrir en apelación, en el marco de los procedimientos de ejecución hipotecaria, contra el auto que atiende la pretensión del deudor. No así en el caso contrario, esto es, cuando lo que desestima el juez es el carácter abusivo de la cláusula contractual. La clave argumental esgrimida apunta a que dicha norma obstaculiza

58 Sentencia TJUE de 17 julio 2014, Asunto C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*

59 Díez GARCÍA, H., «Igualdad de armas y tutela judicial efectiva en el artículo 695.4 LEC tras el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre: Crónica de una reforma legislativa anunciada (de los AATC 70/2014, 71/2014, 111/2014, 112/2014 y 113/2014 a la STJUE de 17 de julio de 2014)», *Derecho privado y Constitución*, 28, 2014, pone de manifiesto que «el legislador aprovechó la oportunidad para «maquillar» urgentemente el sistema de ejecución hipotecaria en la medida necesaria para dar cumplimiento a la STJUE» en el caso *Aziz*.

60 Se trata de una potestad y no de una obligación, de tal manera que, a la postre, recae sobre el juez la decisión de apreciar o no el carácter abusivo de la cláusula.

potencialmente el derecho de los deudores a acceder a una segunda instancia judicial, mientras que ese derecho sí que se reconoce a los acreedores. Con ello, la efectividad de la protección ofrecida por la norma procesal resultaría insuficiente y no aseguraría el pleno efecto de la Directiva 93/13.

Hasta aquí ninguna novedad se detecta en la configuración del marco normativo utilizado como punto de referencia con respecto al caso *Aziz* (legislación nacional versus Directiva). Dicho referente, sin embargo, experimentará una sustancial ampliación, extendiendo su perímetro de acción hacia un nuevo terreno, ya que de la inicial disconformidad con la Directiva (derecho derivado o si se quiere, legalidad ordinaria) se sube un peldaño ordinamental al conectar expresamente la lesión del principio de efectividad con el derecho a la tutela judicial efectiva, estimándose que se produce un quebrantamiento del principio de paridad de armas procesales entre las partes según aparece recogido en el artículo 47 de la Carta. Planteada la cuestión en dichos términos, el salto a la esfera de lo iusfundamental queda expedito. Recibido el envite, el Tribunal de Justicia, lejos de esquivarlo<sup>61</sup>, procederá a su directa toma en consideración.

Desde tal enfoque analítico, se recuerda que la obligación —ya declarada en la sentencia *Banif Plus Bank*<sup>62</sup>— que pende sobre los Estados miembros de garantizar «la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los justiciables frente a la de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial, consagrada asimismo en el artículo 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar» (ap. 35). Este deber de tutela se extiende «tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el Derecho de la Unión como a la definición de la regulación procesal de tales demandas (véase, en este sentido, la sentencia *Alassini y otros*, C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, ap. 49)» (ap. 35). Va a ser al hilo de esta última alusión donde viene a situarse la cuestión relativa a la inexistencia de un derecho a apelar por parte del deudor y su compatibilidad con las exigencias de la efectividad leída en clave de protección jurisdiccional.

En el inicio de su razonamiento, se trae a colación el principio general acuñado por el TJUE en su jurisprudencia según el cual la tutela judicial efectiva no requiere la articulación de una doble instancia judicial, resultando satisfecha con

61. En el ámbito interno también se pusieron de manifiesto importantes dudas acerca de la constitucionalidad del artículo 695.4 LEC y su compatibilidad con el principio de igualdad (artículo 14 CE) en su versión procesal de la paridad de armas. Directo exponente de tal inquietud es el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de cinco cuestiones de inconstitucionalidad por parte del juzgado de instrucción n.º 7 de Avilés contra dicha disposición legal. La respuesta del TC, sin embargo, eludió entrar en el fondo del asunto al dictar autos de inadmisión (AATC 70/2014, 71/2014, 111/2014, 112/2014 y 113/2014) alegando la ausencia del necesario juicio de relevancia que corresponde al órgano judicial proponente y, asimismo, señalando el incumplimiento del requisito de la aplicabilidad al caso de la norma impugnada. Una opinión decididamente contraria a la constitucionalidad de dicho precepto se encuentra en CORDÓN, F., «¿Inconstitucionalidad del sistema de recursos contra el auto que resuelve la oposición en el proceso de ejecución hipotecaria?», en *Centro de Estudios de Consumo de la UCLM*, (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/4.pdf>), enero 2014.

62. STJUE de 21 de febrero de 2013, Asunto C-472/11 *Banif Plus Bank*, ap. 29.

el acceso a un solo procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia *Samba Diouf*, C-69/10, EU:C:2011:524, ap. 69)» (ap. 36). La cuestión a dilucidar, pues, es si dadas las características del procedimiento de ejecución hipotecaria en el sistema español la única instancia disponible para el acreedor se ajusta al canon genérico definido por el ordenamiento europeo. Elemento esencial de valoración que merece especial atención en la tarea emprendida vuelve a ser la constatación jurídica de la especial debilidad en que se encuentra el deudor frente al trato privilegiado que recibe el acreedor. Una debilidad que, por lo demás, no puede en modo alguno pasar por alto que el bien inmueble sujeto a gravamen responde «a una necesidad básica del consumidor, a saber, procurarse una vivienda». De la conjunción de ambos elementos (subjetivo/personal y objetivo/material) extrae el Tribunal la siguiente conclusión: que sea «aún más necesario que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, pueda obtener una tutela judicial eficaz» (ap. 38). Con ello queda sentada la base que permitirá desvirtuar el principio general formulado en el punto de partida sobre la suficiencia de una única instancia en términos de protección judicial.

Así delimitados los términos del debate, se rechaza expresamente que la efectividad no resulte perjudicada atendiendo a la circunstancia de que el consumidor afectado puede contestar la validez de la cláusula contractual en un procedimiento declarativo separado<sup>63</sup>. El elemento determinante que inclina la balanza en esta dirección no es otro que la consideración negativa que dicha vía procesal merece, al brindar «una protección incompleta e insuficiente» que, asimismo, «no constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, ap. 1, de la Directiva 93/13, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva del documento auténtico de constitución de hipoteca sobre el bien inmueble que sirve de base para trabar el embargo de dicho inmueble» (ap. 43). Refuerza sustancialmente tal apreciación el hecho de que el procedimiento analizado no paraliza la ejecución de la deuda, de tal manera que si concluyera estimando el carácter abusivo de aquélla, el consumidor sólo recibiría una compensación pecuniaria y no la restitución de su vivienda (ap. 46).

Siendo esta la valoración que suscita la única vía de protección judicial del deudor hipotecario en el ordenamiento español resulta lógico que el TJUE considere imprescindible, en términos de provisión de tutela judicial efectiva, reconocerla áquel el derecho a apelar en segunda instancia la resolución que rechaza el carácter abusivo de la cláusula contractual. Un derecho que, con carácter consecencial, quedará ulteriormente reforzado por la necesidad de dar contenido al principio de paridad de armas entre las partes. A este respecto, la ya tantas veces constatada debilidad del consumidor en la defensa de su vivienda a través del proceso

63 En las conclusiones del Abogado General Wahl esta circunstancia no resulta objeto de atención, limitándose a considerar que el ejercicio de los derechos del consumidor no se hace imposible o excesivamente difícil, ya que tiene la posibilidad de activar el procedimiento declarativo ordinario para contestar la validez del instrumento de ejecución sobre el que dicho procedimiento se basa (ap. 33).

declarativo se incrementa sustancialmente a la luz del reconocimiento del derecho a apelar a favor del acreedor, lo cual viene a acentuar el desequilibrio existente entre las partes del contrato, provocando una infracción del principio de paridad de armas<sup>64</sup>. Lo cual, justamente, viola el sentido de la Directiva, que busca remediar dicha situación, exigiendo el escrutinio judicial de las cláusulas abusivas (ap. 47). Desde tal aproximación, la conclusión final fluye de manera inmediata: La normativa nacional analizada no se ajusta a las exigencias impuestas por el respeto del principio de efectividad, en tanto que elemento configurador del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 CDFUE. Por lo tanto, en este preciso supuesto la ausencia de doble instancia no se cohonesta con las exigencias de la Directiva<sup>65</sup> y, por lo tanto, da lugar a una excepción al principio general europeo que considera suficiente la instancia judicial única.

Tras referir el iter argumental desarrollado por el Tribunal, resulta claro que la resolución de la sentencia *Sánchez Morcillo* supone un nuevo y significativo avance en el reforzamiento de los derechos de los deudores hipotecarios, contribuyendo a equilibrar su posición en el ámbito procesal esta vez desde una argumentación en clave de expresa fundamentalidad. A partir de tal enfoque resulta que una norma procesal como la analizada en el caso que, en principio, respeta las exigencias del artículo 47 CDFUE (inexistencia del derecho a la doble instancia) recibe una lectura diametralmente distinta al constatar que la misma pone en riesgo la protección del consumidor contra cláusulas abusivas y por ende, la efectividad de la regulación del Derecho europeo. Precisamente esta es la razón por la que el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 leído conjuntamente con el artículo 47 de la Carta conduce a rechazar la normativa que no permite al deudor impugnar la resolución judicial que deniega su pretensión sobre el carácter abusivo de la cláusula contractual mientras que en el caso contrario sí hace lo propio a favor del acreedor<sup>66</sup>.

Por otra parte, no menos importante es el impacto de la resolución en el terreno del derecho interno, lanzando una nueva carga de profundidad contra la línea de flotación del sistema de ejecución hipotecaria vigente en España. Así planteada la cuestión, la incertidumbre manifestada en sede doctrinal sobre cuál sería el siguiente hito en dicho proceso<sup>67</sup> no tardó en hacerse realidad.

64 Al razonar de tal modo, el TJUE rechaza la consideración del Abogado General Wahl, alegando que estamos ante una cuestión cubierta por el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, la cual se justifica atendiendo a la naturaleza preferente que el derecho nacional atribuye a la ejecución de una deuda derivada de un contrato validado ante notario e inscrito en el Registro de la propiedad (ap. 54).

65 CARRASCO PERERA, A. - LYCZKOWSKA, K., «Comentario a la STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria: un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, 10, 2014, desarrollan una incisiva crítica contra el contenido de la resolución adoptada por el TJUE, decantándose abiertamente a favor del modo de argumentar sostenido por el Abogado General Wahl.

66 SAFJAN, M. - DÜSTERHAUS, D., ob. cit., p. 12.

67 MEDINA GUERRERO, M., ob. cit., p. 275.

### 3. Los casos *Sánchez Morcillo II*<sup>68</sup> y *BBVA*<sup>69</sup>: Luces y sombras sobre la efectividad de la tutela judicial

Tras la sentencia *Sánchez Morcillo*, se produjo una nueva (e inevitable) reforma del marco jurídico vigente en España. La aprobación del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, vino a modificar el contenido del controvertido artículo 695.4 LEC, atribuyendo al deudor la facultad de apelar contra el auto que desestima la causa de oposición basada en el carácter abusivo de la cláusula contractual que es fundamento del título ejecutivo<sup>70</sup>. Con relación a los procedimientos de ejecución todavía en curso en el momento de la entrada en vigor de esta nueva disposición se establece un régimen transitorio (Disposición Final 4.<sup>a</sup>) que permite a los deudores hacer uso de la nueva facultad legalmente reconocida. A tal efecto, se fija el plazo preclusivo de 1 mes. Termina el precepto con un apartado en el que se prevé lo siguiente: «La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo» de dicho plazo, sin que sea «necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto».

Este nuevo diseño normativo será llevado ante la jurisdicción de Luxemburgo por distintos órganos judiciales españoles, los cuales dudan de su compatibilidad con la Directiva 93/13 al hilo de un doble orden de consideraciones: por un lado, atendiendo a la configuración de la facultad de apelar en cuanto tal y, por otro, tomando en consideración el plazo establecido para su ejercicio.

La respuesta a la primera cuestión se recoge en el Auto del TJUE, en el que se aborda la duda planteada por la Audiencia Provincial de Castellón, en una nueva fase del procedimiento ejecutivo sustanciado por el señor Sánchez Morcillo, sobre la limitación legislativa de la facultad del deudor que únicamente puede apelar la decisión judicial en relación con la desestimación del carácter abusivo de la cláusula contractual. Aduce el órgano judicial que tal limitación, no contemplada para el acreedor (que puede apelar por cualquier causa), infringiría el principio de paridad de armas procesales. Tal consideración va a ser rechazada abiertamente por el Tribunal recordando que «el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 se limita en exclusiva a la protección de los consumidores frente al uso de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos que éstos celebran con los profesionales» (ap. 43). Consecuentemente, «la problemática relativa a la circunstancia de que los consumidores no dispongan, en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, del derecho de interponer recurso de apelación contra la resolución que desestima la oposición basada en causas

68 Auto TJUE de 16 de Julio de 2015, Asunto C-539/14, *Sánchez Morcillo*.

69 STJUE de 29 de octubre de 2015, Asunto C-8/14, *BBVA*.

70 Disposición Final 3.<sup>a</sup>: «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación».

diferentes de la causa consistente en el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo *es ajena al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13* y, en consecuencia, no puede afectar negativamente a la efectividad de la protección del consumidor pretendida por la citada Directiva» (ap. 44. La cursiva es nuestra).

No se cifra, sin embargo, en el resultado apenas expuesto la aportación más destacada de esta resolución judicial. En nuestra opinión, el valor añadido de la misma procede de aquellas otras afirmaciones dedicadas a evaluar expresamente la efectividad del nuevo marco procesal español en conexión con las exigencias derivadas de la tutela judicial del deudor hipotecario a la luz del artículo 47 de la Carta y de la Directiva 93/13. El Tribunal, que podría haber solventado la cuestión de forma expeditiva en virtud de la clara referencia al ámbito de aplicación, no deja pasar, la ocasión que se le brinda para lanzar un significativo mensaje en torno a la reforma legislativa acometida en España. A este respecto, el principal elemento a subrayar es la consideración netamente positiva que dicha regulación merece desde la perspectiva de la defensa de los consumidores. Afirma el Tribunal que el nuevo artículo 695.4 LEC garantiza «una *acción completa y suficiente* que, de ese modo, constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, ap. 1, de la Directiva 93/13, para que cese, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el uso de cláusulas abusivas que figuran en la escritura pública de constitución de hipoteca que sirve de fundamento al profesional para ejecutar el bien inmueble sujeto a garantía» (ap. 45). Una protección que, por lo tanto, se ajusta a los requerimientos deducidos del principio de paridad de armas recogido en el artículo 47 de la Carta (ap. 46), al ofrecer, en consonancia con lo exigido en la sentencia *Sánchez Morcillo I*, «efectivamente al consumidor una oportunidad razonable de ejercitar las acciones judiciales basadas en los derechos reconocidos en esta Directiva en condiciones que no lo coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con el profesional acreedor ejecutante» (ap. 48). Tal percepción no es sino la consecuencia lógica que se deduce del explícito aval favorable que merece el nuevo sistema en su conjunto, el cual «ya no expone al consumidor, o su familia, al riesgo de perder definitiva e irreversiblemente su vivienda como consecuencia de una venta forzosa incluso antes de que un tribunal haya podido pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual en la que el profesional fundamenta su demanda de ejecución hipotecaria» (aps. 41 y 47).

Argumentando en dichos términos, parecería que con la última reforma legislativa operada en nuestro ordenamiento el sistema de protección jurisdiccional del deudor hipotecario en procedimientos ejecutivos frente a cláusulas abusivas habría superado —¡por fin!— el examen de compatibilidad con las exigencias impuestas por la Directiva 93/13. Tal resultado, empero, quedará desvirtuado inmediatamente a continuación como consecuencia de la valoración negativa que la sentencia *BBVA* lleva a cabo del régimen transitorio que se estipula para el ejercicio de la facultad de apelación por los consumidores en aquellos procedimientos todavía

pendientes en el momento de entrada en vigor de la nueva previsión. Dos son los motivos de duda esgrimidos en la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Martorell a la hora de cuestionar la referida normativa. En primer lugar se apunta a la quiebra en la efectividad de la protección del derecho del deudor que se deriva de la existencia de un plazo preclusivo para interponer la apelación. Asimismo, tiene a señalarse que dicho plazo empieza a correr a partir de la publicación del Real Decreto-ley en el Boletín Oficial del Estado<sup>71</sup>.

En relación con la introducción del plazo preclusivo referido, el TJUE no va tener ninguna dificultad a la hora de avalar su compatibilidad con el régimen de protección exigido por la Directiva 93/13 tomando como punto de referencia, por un lado, su jurisprudencia general en torno al tema y por otro, aplicándola al supuesto controvertido. Desde esta aproximación concatenada, se recuerda que la aceptación de estos plazos por el Derecho de la Unión (ap. 28) queda subordinada a que resulten materialmente suficientes «para permitir que los interesados preparen e interpongan un recurso efectivo (véase, en este sentido, la sentencia Samba Diouf, C-69/10, EU:C:2011:524, ap. 66) (ap. 29). Dado que en el caso controvertido la norma prevé un mes para que el consumidor se oponga en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, consecuentemente, el Tribunal concluye afirmando su carácter razonable que, por lo tanto, no obstaculiza, haciendo excesivamente difícil, su ejercicio (ap.s 31 y 32).

A una conclusión diametralmente opuesta se va a llegar, por el contrario, en relación con la determinación del momento inicial a partir del que empieza a correr dicho plazo. El argumento principal en el que el Tribunal basa tal percepción negativa aparece referido al hecho de que ante la ausencia de notificación personal a los interesados sobre «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, no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión» (ap. 39)<sup>72</sup>. Un déficit de garantía que resulta especialmente gravoso para los consumidores sobre la base de la situación de inferioridad objetiva en que se hallan, Desventaja que, por lo demás, se torna especialmente clara en el seno de un procedimiento tan complejo e importante para sus intereses como es el hipotecario (es la propia vivienda la que está en juego) y en el que «existe un riesgo

71 En el ordenamiento español, la constitucionalidad de dicha norma va a ser puesta de manifiesto en sede doctrinal. En este sentido, CORDÓN MORENO, F., «Dos cuestiones sobre la reforma del artículo 695.4 de la LEC por el Real Decreto-Ley 11/2014: Su conformidad o no con la doctrina constitucional sobre el derecho a los recursos de inconstitucionalidad de su régimen transitorio», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, 11, 2014, p. 190, mantiene una opinión abiertamente crítica. La contundencia de sus afirmaciones no deja lugar a la duda: «La norma me parece no solo de especial gravedad por la carga que impone a los deudores hipotecarios que ven desestimada su oposición fundada en el carácter abusivo de la cláusula, sino, sobre todo, *claramente inconstitucional por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de los mismos*».

72 Estas consideraciones se reiteran en el Auto TJUE de 17 de marzo de 2016, Asunto C-613/15, *Ibercaja*, aps. 20 a 25.

elevado de que ese plazo expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben, en realidad, la amplitud exacta de esos derechos (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, ap. 58 y jurisprudencia citada)» (ap. 40)<sup>73</sup>. Así pues, concluye el Tribunal, «la disposición transitoria controvertida vulnera el principio de efectividad» (ap. 41). De esta manera, la valoración positiva que mereció la introducción a favor del deudor hipotecario de la facultad de apelación por parte de la última reforma legislativa realizada en España queda eclipsada por la tacha ahora señalada en cuanto al modo en que se articula el plazo para poder ejercerla<sup>74</sup>. La puerta para una modificación que ajuste el marco normativo a los requerimientos expresados por el TJUE queda abierta de nuevo<sup>75</sup>.

Desde una aproximación de fondo, se observa que la referencia al artículo 47 de la Carta ha desaparecido expresamente del discurso argumental desarrollado por el TJUE. No fue traído a colación en la formulación de la cuestión prejudicial y, en tales circunstancias, se vuelve a la estrategia de la invisibilidad formal. La cita directa del caso *Aziz* sirve como punto de apoyo para esta nueva operación de constitucionalización oculta, en la que la impronta del derecho a la tutela judicial efectiva permea el sentido de la resolución adoptada. Las alusiones a que la forma de notificación del plazo «no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido», así como al riesgo considerable de que los afectados «no puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial» ponen de manifiesto una vez más un entendimiento de la efectividad directamente conectado y al servicio de la obtención por los justiciables de protección jurisdiccional.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Según se ha constatado a lo largo del estudio realizado, las sentencias analizadas muestran una significativa dinámica hacia el incremento progresivo del nivel

73 El Abogado General Szpunar apunta, asimismo, en sus conclusiones (ap. 64) a un tercer elemento a tomar en consideración de cara a valorar el plazo controvertido: el número de personas potencialmente afectadas. En tal sentido, no desaprovecha la ocasión para subrayar la magnitud social del problema subyacente según se deduce los siguientes datos: «de las observaciones presentadas por las partes demandadas en el litigio principal y por la Comisión se desprende que, en la fecha en que entró en vigor la Ley 1/2013, los procedimientos de ejecución pendientes eran cientos de miles. La Comisión, citando cifras procedentes de un informe del CGPJ, subraya que en 2013 se iniciaron 82 680 ejecuciones hipotecarias».

74 En esta línea debe recordarse que Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, de conversión del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, mantiene la fórmula de la publicación en el Boletín Oficial del Estado como momento inicial para el cómputo del plazo de que dispone el deudor hipotecario para ejercer su derecho de apelación. En relación con éste, la única novedad es de índole cuantitativa, puesto que se amplía hasta dos meses, en vez del mes inicialmente contemplado.

75 Un estudio sobre el contenido que debería presentar dicha reforma legislativa se encuentra en VERDÚN PÉREZ, A., «La sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el Asunto *BBVA*: Análisis de sus eventuales consecuencias», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, 19, 2016, vid. esp. pp. 88 y 107.

de protección de los deudores hipotecarios incursos en procedimientos ejecutivos más allá de lo establecido en las normas internas. La herramienta que permite alcanzar este efecto de irradiación de un mayor estándar de garantías procesales es el entendimiento del principio de efectividad como subprincipio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 47 de CDFUE<sup>76</sup>.

Aplicando dicho criterio, el TJUE insufla una función positiva y transformadora a la efectividad que impone a la normativa procesal interna una actualización a la luz de los derechos garantizados por el Derecho de la Unión, incluidos los derechos fundamentales<sup>77</sup>. Porque una vez que el TJUE identifica déficits específicos de justicia social, cifrados en la existencia de fallos en el sistema interno de recursos que merman sustancialmente la protección jurisdiccional de los consumidores (bien porque no existen, como sucede en *Aziz*, bien porque aun existiendo no resultan idóneos, según se desprende de *Sánchez Morcillo I* y *BBVA*), la consecuencia inmediata es declarar el incumplimiento la genérica obligación contenida en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13. De esta forma, a pesar de que ésta no contiene un mandato de armonización en la esfera procesal de los Estados miembros, el resultado práctico es que ese efecto uniformador se produce de modo irremediable de aquéllos. Directo damnificado de tal modo opreandi es el principio de autonomía procesal, cuyo radio de acción se condiciona no sólo a que exista un sistema de recursos que garanticen los derechos reconocidos a los consumidores frente a cláusulas contractuales abusivas sino que, además, dicha protección sea efectiva. A la exigencia cuantitativa se suma, pues, la necesidad de alcanzar un nivel cualitativo de tutela subjetiva.

La valoración positiva que merece la actuación del TJUE en el ámbito estudiado, contribuyendo a afirmar un estándar de protección sustancialmente más amplio a favor de los deudores hipotecarios no puede, sin embargo, llevarnos a olvidar ocultar que dicho efecto se produce en un contexto de emergencia social aguda en el que legisladores y gobiernos parecen haber olvidado que es a ellos a quienes corresponde en primera instancia la responsabilidad de acometer dicha tarea<sup>78</sup>. Es en dicho contexto de deficiente gestión política en el que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo adquiere un rol determinante.

\*\*\*

TITLE: *An Emerging Common Standard for Consumer Protection in Foreclosure Proceedings by the European Court of Justice.*

ABSTRACT: *This paper analyses those CJEU rulings that admonish the flawed debtor protection of Spain's foreclosure procedures. By insisting on the joint application of both the effectiveness principle and the right to effective judicial protection, the Court makes two related and highly significant points. Firstly, it*

76 SAFJAN, M. y DÜSTERHAUS, D., ob. cit.

77 GERSTENBERG, O., ob. cit., p. 613.

78 MICKLITZ, H.-W. - REICH, N., ob. cit., p. 805.

*contributes actively to improving the standard of judicial protection available to mortgage debtors across the EU. Secondly, the CJEU's rulings clarify that with regard to such matters, the principle of member States' procedural autonomy has become rather irrelevant.*

RESUMEN: *El presente artículo lleva a cabo un análisis de las sentencias del TJUE en las que se cuestiona el sistema español de ejecución hipotecaria en relación con la protección de los deudores. La aplicación concurrente del principio de efectividad y del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de dichas resoluciones genera un doble y relevante efecto. Por un lado, contribuye activamente a elevar el estándar de protección jurisdiccional que asiste a los deudores hipotecarios en el espacio europeo. Por otro, pone claramente de manifiesto el escaso margen de maniobra que en este ámbito subsiste en relación con el principio de autonomía procesal de los Estados miembros.*

KEY WORDS: *Consumer protection, mortgage debtors, foreclosure procedure, unfair terms, procedural autonomy of member States, effectiveness principle, effective judicial protection.*

PALABRAS CLAVE: *Protección de los consumidores, deudores hipotecarios, procedimiento de ejecución, cláusulas abusivas, autonomía procesal de los Estados miembros, principio de efectividad, tutela judicial efectiva.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 09.01.2017

FECHA DE ACEPTACIÓN: 01.02.2017