

LA CUESTION PREJUDICIAL COMO MEDIO DE CONTRIBUCIÓN DE LOS JUECES ESPAÑOLES AL DESARROLLO DEL DERECHO DE CONSUMO EN LA UE

AGUSTÍN AZPARREN LUCAS
EXMAGISTRADO. ABOGADO. COUNSEL EN ONTIER

SUMARIO: I. Introducción.- II. El juez español como juez natural del Derecho de la Unión Europea_ 1. *Origen del derecho de las Comunidades Europeas.* 2. *Origen de la cuestión prejudicial.* 3. *La cuestión prejudicial en materia de derecho de consumo.* 4. *La actitud de los jueces españoles ante el nuevo ordenamiento jurídico-* 5. *El caso Aziz y el cambio de tendencia.* 6. *El papel de los abogados en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.- III. Primeras cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles en materia de consumo:* 1. *El Caso Cristina Blázquez / El Corte Inglés (STJCE de 7 de marzo de 1996) en materia de Crédito al consumo como primer paso-* 2. *Cuestiones prejudiciales pioneras en materia de consumo planteadas por jueces españoles.* **IV. Un nuevo hito en las cuestiones prejudiciales españolas-El caso Gutiérrez Naranjo y la “rebeldía” de los jueces ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo.- V. Cuestiones prejudiciales actualmente en trámite. El caso del llamado “IRPH”:** 1. *El caso de la Comisión de apertura. “Contrataque” del Tribunal Supremo.* 2. *Listado de cuestiones actualmente en trámite.* 3. *La problemática del “IRPH” ¿un nuevo caso de “rebeldía” judicial?.-VI. Conclusión.*

RESUMEN: En el presente trabajo se aborda un estudio sobre el mecanismo de las cuestiones prejudiciales previstas en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), centrado en el importante papel de los jueces españoles en el planteamiento de dichas cuestiones y en una materia, la protección de los consumidores, donde su protagonismo ha aumentado en los últimos años hasta convertirse en los jueces nacionales que mayor número de cuestiones prejudiciales plantean al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). A través del examen de las cuestiones prejudiciales planteadas desde España, se examina la evolución de la asunción por parte de los jueces españoles de su papel de jueces *naturales* del derecho de la Unión, y los principales hitos que han marcado la historia de esta evolución, por un lado, el caso Aziz a partir del cual se activó la utilización del art. 267 TFUE por parte de los jueces y por otro lado, el caso Gutierrez Navarro, como ejemplo de uso de esta vía por parte de los jueces para encauzar su “rebeldía” ante una jurisprudencia

que consideraban equivocada. Por último, se mencionan las cuestiones actualmente en trámite.

PALABRAS CLAVE: Cuestión prejudicial, Unión Europea, juez natural, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, protección de los consumidores, caso Aziz, caso Gutierrez Naranjo, “rebeldía” judicial, irretroactividad de las cláusulas suelo, comisión de apertura, IRPH.

ABSTRACT: Following paper exposes an in-depth study on the mechanism of preliminary rulings provided for in Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), focusing on the crucial role of Spanish judges in raising important questions and the consumer protection field; where they have the highest number of these rulings before the Court of Justice of the European Union (CJEU). Starting from examining the questions presented in the rulings, we analyze the evolution of Spanish judges’ assumption of their role as natural judges of EU law and the main milestones that have marked the history of this evolution. On the one hand, the Aziz case triggered the use of Article 267 TFEU by the judges, and on the other, the Gutierrez Navarro case; illustrates the mechanism where judges channel their ‘*rebelliousness*’ in the face of a case law that they considered to be wrong. Lastly, the paper closes by mentioning preliminary rulings currently pending.

KEY WORDS: Preliminary ruling, European Union, natural judge, Court of Justice of the European Union, consumer protection, Aziz case, Gutierrez Naranjo case, judicial “rebellion”, non-retroactivity of floor clauses, opening commission, IRPH.

I. INTRODUCCIÓN

Poco tiempo antes de que España ingresara en lo que, en aquel tiempo, se llamaban las Comunidades Europeas, hecho que ocurrió en el año 1986, mientras desempeñaba el cargo de juez de primera instancia e instrucción de Oviedo, tuve la fortuna de haber sido seleccionado por el Consejo General del Poder Judicial para realizar una estancia de estudio de un mes de duración en Bruselas, en concreto, en los Servicios Jurídicos de la Comisión Europea, junto con otros juristas que ocupaban cargos en la Administración pública, no solo jueces, sino abogados del estado o letrados de las cortes.

Era un intensivo curso con sesiones de mañana y tarde, impartido en idioma francés y con un severo control de asistencia que corría a cargo de una autoritaria funcionaria de nacionalidad alemana. Al parecer, la razón de este estricto control era que un anterior grupo de juristas españoles que había hecho la primera estancia en los Servicios jurídicos de la Comisión europea, se habían dedicado principalmente a hacer turismo y tal comportamiento había generado incluso alguna queja diplomática.

La estancia de estudio suponía muchas horas de exposiciones sobre las distintas materias que regulaba el derecho comunitario, sobre la organización, en especial el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (como así se denominaba) y el sistema de recursos con especial incidencia en la cuestión prejudicial. La parte teórica se acompañaba de casos prácticos que teníamos que resolver. El último día del Curso la actividad final consistía en un ejercicio práctico de varias horas sobre un supuesto de incumplimiento de Estado, en el que debíamos estudiar toda la documentación y emitir un dictamen. En el caso examinado habían cambiado el nombre original del estado supuestamente incumplidor y habían puesto en su lugar a España. Tras el estudio de la documentación y normativa comunitaria, deberíamos fundamentar y resolver si considerábamos a España culpable. Todos los juristas españoles que hicimos el ejercicio condenamos a España y aquello debió ser la prueba definitiva de que la estancia había cumplido sus objetivos y volvíamos a nuestro país imbuidos del espíritu comunitario.

Los miembros de los servicios jurídicos de la Comisión con los que tuvimos relación nos decían que estaban gratamente sorprendidos por la previsión del Estado español, que incluso antes del ingreso de nuestro país en las CCEE, había decidido enviar juristas que ocupaban cargos en la Administración del Estado a formarse en un derecho que se iba a integrar de un día para otro en nuestro ordenamiento.

Como ocurre en más ocasiones de las deseadas, esa sorprendente previsión del Estado español se agotó en las dos estancias que he mencionado y nunca más se repitió, ni siquiera cuando ya estábamos integrados de pleno derecho en la Unión Europea, lo que quizás explique en parte, al menos en cuanto al papel de los jueces españoles, la lentitud y dificultades que ha tenido el proceso de integración real y efectiva del ordenamiento de la UE en nuestro país.

II. EL JUEZ ESPAÑOL COMO JUEZ NATURAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Viene a cuento la anterior historia porque pasadas cerca de cuatro décadas del ingreso de España en la Unión, todavía existan jueces, cada vez menos, eso sí, que siguen sin asumir su rol de jueces de la Unión y eso que ya las últimas generaciones de jueces que salen de la Escuela Judicial nacieron en un país miembro de la UE.

Es obvio que todo juez español tiene asumidas sus funciones como juez aplicador del ordenamiento jurídico español, pero no todos los jueces asumen que son jueces de derecho de la Unión Europea, o, dicho de otra forma, no todos tienen asumido que son los *jueces naturales* de derecho de la Unión, los jueces naturales predeterminados por la Ley.

Hace poco me contaba un juez que había sido objeto de un expediente de seguimiento por parte del Servicio de Inspección del Consejo General del

Poder Judicial, ya que, a pesar de que superaba con creces el objetivo marcado en los módulos de dedicación que fija el CGPJ para medir el rendimiento individual de cada juez o magistrado y que incluso le pagaban un complemento retributivo por productividad, sin embargo, tardaba más tiempo en resolver los asuntos que sus compañeros. Su media de tiempo de resolución de los asuntos estaba por encima de la media del resto de los jueces de su partido judicial y este era el motivo fundamental de haberse iniciado el expediente de seguimiento. Me explicaba las razones de su forma de trabajar y me decía que él entendía que era mucho mejor estudiar a fondo los asuntos, no dejar nada sin estudiar con profundidad, aunque esto supusiera mayor tiempo de respuesta; y como ejemplo me contaba que en los numerosos asuntos de cláusulas abusivas en contratos bancarios, él siempre examinaba todas las cláusulas del préstamo hipotecario, por si existían cláusulas abusivas, cumpliendo con el examen *de oficio* de las cláusulas conforme a una reiterada jurisprudencia del TJUE, examen de oficio que, sin embargo, sus compañeros del resto de juzgados le reconocían que no hacían.

1. Origen del derecho de las Comunidades Europeas

Quizás convenga recordar, una vez más, la historia del origen de esta nueva comunidad jurídica que surge tras la firma de los tratados constitutivos de las Comunidades europeas, para comprender la importancia de la cuestión prejudicial y la del papel de los jueces nacionales en la aplicación de este nuevo ordenamiento supranacional.

Al constituirse las Comunidades Europeas hace muchas décadas, a su vez se creaba un ordenamiento jurídico nuevo, distinto del propio de los Estados miembros, ese derecho nuevo, el llamado entonces derecho comunitario, necesitaba que alguien garantizara su aplicación. En toda comunidad de derecho, y la Unión Europea lo es, se precisa para asegurar el cumplimiento del derecho que existan órganos con poder del Estado que asuman dicha función. Los creadores de las Comunidades tenían varias opciones, pudieron constituir una organización jurisdiccional propia, sin embargo, como los problemas de ese derecho común y los de derecho nacional aparecen a menudo entremezclados, resultaba realmente complicado atribuir la aplicación de ese derecho común a unos órganos propios de la nueva comunidad de estados y la del derecho nacional a los jueces de los Estados miembros. Otra opción era la de haber aprovechado la propia organización judicial de los Estados miembros para atribuirles la competencia en materia de derecho comunitario y asegurar la aplicación del mismo, pero tal solución tenía un problema, si quedaba exclusivamente en manos de los jueces nacionales la interpretación y aplicación de aquel derecho comunitario, éste terminaría siendo aplicado de manera muy diferente en los distintos países de la Comunidad, teniendo en cuenta las distintas tradiciones y concepciones jurídicas a que responden los distintos órganos jurisdiccionales de cada

Estado miembro, donde concurren tradiciones jurídicas tan diferentes como la anglosajona y la continental europea y que todavía siguen coexistiendo a pesar del Brexit.

La solución finalmente fue ecléctica. Como explica Lecourt¹, para asegurar la aplicación de ese derecho nuevo hacían falta jueces, pero en realidad, estos ya existían, bastaba solo con darles poder comunitario en cada Estado miembro y así se hizo, pero esto no era suficiente, además para estar seguros de que este derecho conservara en todas partes el mismo alcance, era preciso un Tribunal de Justicia regulador, encargado de expresar el derecho para el conjunto de la Comunidad, que, por ello, también fue creado. El órgano judicial superior era evidentemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades, pero también existían otros jueces comunitarios distintos del Tribunal de Justicia: todo juez nacional era también juez comunitario.

De hecho, como he señalado antes, el juez natural de derecho comunitario, o actualmente de derecho de la Unión, es el juez nacional, que es quien tiene competencia para conocer de los asuntos en que se aplique tal derecho, mientras que el Tribunal de Justicia solo tiene una competencia de atribución en relación con las materias que expresamente le confieren los Tratados constitutivos de la UE, actualmente recogidas tales funciones en el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

Quizás pudiera encontrarse un cierto paralelismo dentro del ordenamiento jurídico español, aunque solo en parte, con la actuación de los jueces españoles y el papel del Tribunal Constitucional, y una cierta similitud entre la cuestión de inconstitucionalidad que pueden plantear los jueces ante dicho Tribunal de garantías y la cuestión prejudicial prevista en del art. 267 del TFUE.

Con la solución finalmente adoptada, que partía del mantenimiento de la competencia de los jueces nacionales y de la instauración de un Tribunal de Justicia, no se solucionaban todos los problemas, había que regular las relaciones entre los jueces nacionales y el Tribunal propio de la organización. La solución no estaba, como señala Ruiz-Jarabo², en establecer un recurso ante el Tribunal de Justicia contra las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos que han resuelto un litigio del derecho comunitario (en esto se diferencia del recurso de amparo), pues esto plantearía dificultades y supondría un importante abandono de sus poderes soberanos por los Estados miembros, que estos no estaban dispuestos a consentir en el momento histórico de la constitución de las Comunidades. Los jueces deberían seguir siendo soberanos en su orden jurídico, en cuanto a la realización del derecho de la nueva comunidad de estados que se constituía.

¹ Robert Lecourt. *“L’Europe des juges”*. 1976. Réimpression 2008. Editions Bruylant. Bruxelles.

² RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, “El juez nacional como juez comunitario”, Cuadernos de Estudios Europeos. Madrid 1993. p 28.

2. Origen de la cuestión prejudicial

Para salvar las dificultades señaladas en el anterior apartado, se crea el mecanismo original de la cuestión prejudicial que va a regular las relaciones entre jueces nacionales y Tribunal de Justicia, que no tiene la consideración de recurso, en el sentido habitual utilizado en nuestro ordenamiento, y si quizás un mecanismo más parecido a la cuestión de inconstitucionalidad, pues no es una facultad de las partes para impugnar una resolución judicial, sino una facultad u obligación, según los casos, de los jueces nacionales por la que consultan al Tribunal de Justicia cuando tienen dudas sobre la interpretación de los Tratados o sobre la interpretación o validez del resto de las normas de la UE.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido respetuosa desde el principio con este reparto de funciones y así ha reconocido que no puede interpretar normas de derecho nacional, que no debe pronunciarse sobre la aplicación al caso concreto de los preceptos controvertidos de derecho de la Unión y que verificar la compatibilidad de una legislación nacional con el derecho común supondría hacer aplicación de este último, tarea reservada al juez nacional, por lo que ha de limitarse a proporcionarle los elementos de apreciación necesarios para aclararle el sentido y el alcance de las normas que lo integran.

La mayor importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva de su naturaleza diferente de la jurisprudencia española, pues una sola sentencia del Tribunal de Luxemburgo constituye jurisprudencia y fundamentalmente porque dicha jurisprudencia es vinculante para el juez nacional, cuando la misma constituye un precedente aplicable al caso.

El elemento más importante que distingue la jurisprudencia en el *Common Law* de la jurisprudencia en el sistema de derecho civil, al igual que sucede con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es esencialmente el hecho de que la jurisprudencia constituye una fuente de derecho que el juez está obligado a aplicar.

3. La cuestión prejudicial en materia de derecho de consumo

Partiendo de estas premisas históricas y entrando en la materia de derecho de consumo, que es en lo que se centra esta reflexión, los jueces nacionales de los países miembros a través de este peculiar dialogo con el TJUE que constituye la cuestión prejudicial, han ido contribuyendo en los últimos años, con sus preguntas, al avance de la regulación del derecho de consumo y, al menos en esta materia, sí que los jueces españoles, asumiendo su papel de jueces de la Unión, han ayudado en gran medida a la evolución de la protección de los consumidores y usuarios a través de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Es significativo que, en general, han sido los jueces de instancia, haciendo uso de la facultad que les otorga el actual art. 267 del TFUE y en una de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros como es la

protección de los consumidores (art. 4. 2. f del TFUE), los que más han contribuido al avance de dicha política de protección.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de protección de los consumidores era escasa inicialmente, quizás porque la política de protección de los consumidores ha ido surgiendo en la UE con el tiempo. Incluso, las primeras y más conocidas sentencias relativas a directivas de protección de consumidores como las dictadas en los asuntos Faccini Dori (STJCE 14 julio 1994) y El Corte Inglés c. Cristina Blázquez (STJCE 7 marzo 1996), se centran más que en aspectos de protección de consumidores en la cuestión relativa a la eficacia de las directivas no desarrolladas en plazo, aunque por esta vía indirecta sí que afectaban al derecho de consumo.

Sin embargo, antes de que se constituyera en los Tratados la base jurídica de la protección de los consumidores por el Tratado de la Unión Europea, también llamado Tratado de Maastricht, que entró en vigor el 1 de enero de 1993, y antes incluso de que se iniciara la actividad legislativa o de derecho derivado en materia de protección de los consumidores, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, ya había realizado algún pronunciamiento relativo a los consumidores, como en la sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, asunto Rewe-Zentral contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, más conocido como el caso “Cassis de Dijon”, recaída en un procedimiento prejudicial sobre la interpretación de los artículos 30 y 36 del antiguo TCEE en un supuesto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, en la que el Tribunal considera que la defensa de los consumidores puede ser una de las excepciones que pueden justificar por parte de los Estados miembros, la adopción de medidas que puedan constituir obstáculos a la libre circulación de mercancías intracomunitaria.

4. La actitud de los jueces españoles ante el nuevo ordenamiento jurídico

En los primeros años, tras el ingreso de España en esta nueva Comunidad de derecho, los jueces españoles mostraron una cierta reticencia o, quizás, falta de atrevimiento en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales. La consabida resistencia al cambio y sobre todo la introducción de un día para otro de cientos de miles de páginas de una legislación con otro origen y con tradiciones jurídicas ajenas a nuestro derecho y sobre las que no nos habían formado en las facultades de derecho, propiciaba un rechazo inicial a aquel derecho que venía de fuera o incluso el miedo al “ridículo” ante una actuación en un derecho que se desconocía y con unas formas muy distintas de las habituales en nuestro derecho.

Recuerdo que en aquellos primeros años me correspondió intervenir como ponente en varios cursos del CGPJ dentro de los programas de formación continua de los jueces y magistrados sobre el derecho de las comunidades o sobre el papel del Tribunal de Luxemburgo y la cuestión prejudicial, y todavía me vienen a la memoria las caras de incredulidad de aquellos jueces cuando les expli-

caba que desde el 1 de enero de 1986 éramos jueces españoles y jueces de la Comunidad Europea, en una especie de “esquizofrenia”, entendida en el sentido literal de la palabra, como “mente escindida” pues según cual fuera la materia a la que nos enfrentábamos, había que actuar con mente de jurista español o con mente de jurista comunitario europeo y con criterios o figuras jurídicas ajenas a nuestra formación académica, como el precedente anglosajón que en cierto modo era aplicable a las sentencias del TJUE o debiendo actuar con una total falta de formalismo, algo ajeno en ese momento a nuestro derecho excesivamente formalista. Como ejemplo de esa falta de formalismo, solía contar en aquellas charlas como una carta personal de un presidente de un tribunal laboral holandés al presidente del Tribunal de Justicia se había convertido en una cuestión prejudicial y se había tramitado un procedimiento como tal, dando lugar a una sentencia, sin la exigencia del más mínimo formalismo³. O como al hablar del principio de efectividad les decía que había que “inventarse” un procedimiento si en nuestro derecho no existía un procedimiento legalmente previsto en el caso concreto y dicha circunstancia pudiera afectar al principio de efectividad del derecho comunitario.

Creo que existe un hito histórico que cambia este panorama y lanza a los jueces a plantear cuestiones prejudiciales en un número significativo, hasta el punto de convertir a los jueces españoles en los jueces de la Unión que más cuestiones prejudiciales en materia de consumo han planteado en los últimos diez años, con casi un centenar de ellas, muy por encima de los jueces de cualquier otro Estado miembro.

El hito al que me refiero es la sentencia del conocido caso *Aziz* por lo que supuso de cambio en la legislación hipotecaria española y que quizás hizo ver a los jueces que una simple consulta al TJUE podía tener unas trascendentes consecuencias e incluso contribuir a la adaptación de leyes españolas al derecho de la Unión.

5. El caso *Aziz* y el cambio de tendencia

El dato estadístico es significativo si observamos el cuadro *excell* que publica el CGPJ en su página web⁴. Antes de 2013, los jueces españoles no habían planteado ninguna cuestión prejudicial en materia de consumo, es decir, en 27 años (desde 1986 hasta 2012, ambos inclusive), no existía ni una sola cuestión prejudicial española en dicha materia y resulta que se publica la Sentencia del caso *Aziz* el 14 de marzo de 2013, y es a partir de ese momento cuando los jueces se lanzan a plantearlas, hasta el punto de llegar casi al centenar de cuestiones prejudiciales en los últimos diez años.

³ La cuestión así planteada por el presidente del órgano jurisdiccional holandés de última instancia en materia de seguridad social dio lugar a la sentencia ya citada del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 19 de marzo de 1964, en el asunto “Unger”.

⁴ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cuestiones-prejudiciales-iniciadas-ante-el-Tribunal-de-Justicia-de-la-Union-Europea/>

En todo caso, hay que aclarar que al menos en los cuestiones anteriores a 2013, el cuadro estadístico publicado por el CGPJ puede que no sea totalmente exacto, por una parte, porque solo recoge las planteadas desde el año 1998, y por otra parte, porque, como vamos a ver en esta exposición, existen algunas cuestiones planteadas en años anteriores al 2013, si bien es cierto que algunas de ellas, aunque el fondo del asunto nacional trataba de cuestiones de derecho de consumo, el Tribunal de Justicia no aborda cuestiones directamente relacionadas con el derecho de consumo o con directivas de protección de consumidores, sino con otros problemas generales, como la eficacia de las directivas no desarrolladas en plazo, o la competencia territorial en asuntos de consumidores o usuarios, o abordan cuestiones sobre otras materias. pero que en cualquier caso afectan indirectamente al derecho de consumo.

Por ello existen asuntos examinados en alguna sentencia del Tribunal de Luxemburgo, ya en el año 1996, como el caso *Cristina Blázquez / El Corte Inglés*. (STJCE de 7 de marzo de 1996), sobre crédito al consumo; o el caso de los asuntos acumulados C-240/98 a 244/98 “Océano Grupo Editorial S.A. y Salvat Editores S.A. contra Rocío Murciano Quintero y otros, que concluyó con la Sentencia del TJCE de 27 de junio de 2000 en materia de Cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores; o la Sentencia que contestó a diversas cuestiones en el asunto M.^a Victoria González contra Medicina Asturiana S.A. que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2002, pues, si bien era un caso sobre responsabilidad por productos defectuosos (que estrictamente no es un supuesto de consumo), sin embargo, si afectaba a la protección de consumidores por las consecuencias que la implementación de la directiva de productos defectuosos podía suponer sobre la legislación española en materia de protección de consumidores.

En cualquier caso, el espectacular cambio de actitud de los jueces españoles en esta materia a partir de 2013 no parece tener otra explicación que la repercusión que tuvo la sentencia del caso *Aziz*, convirtiendo a la materia de consumo como la que más “dudas” ha generado a los jueces españoles hasta el punto de convertirlo en el segundo de los ámbitos del derecho de la UE sobre el que más cuestiones han planteado los jueces en España, después de las cuestiones en materia de política social. No hay que olvidar que la muy conocida y citada judicialmente directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, es de 5 de abril de 1993, y hasta unas dos décadas después no comenzó a generar “dudas” entre los jueces españoles.

Por tanto, fue el titular del juzgado de lo mercantil número 3 de Barcelona, José María Fernández Seijo, quien con su cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), planteada el 19 de julio de 2011, provocó que el TJUE en sentencia de 14 de marzo de 2013, declarara contraria al Derecho de la Unión la normativa que impide al juez suspender una ejecución hipotecaria en trámite cuando debe conocer si hay cláusulas abusivas.

El fallo del TJUE en el proceso entre el señor *Aziz* y *Catalunyacaixa* (asunto C-415/11) aplica la Directiva Europea 93/13/CEE en materia de protección

del consumidor y permite al juez nacional suspender una ejecución hipotecaria y examinar las cláusulas del contrato firmado entre el consumidor y la entidad financiera para determinar si son abusivas.

No solo el efecto que tuvo sobre la legislación hipotecaria fue importante sino también el efecto sobre los jueces españoles, para que asumieran una de sus principales funciones para contribuir a la creación y desarrollo del derecho de consumo en la UE, desempeñando su papel de jueces naturales del derecho de la Unión.

Además, el cauce de la cuestión prejudicial ha servido para que se haya producido un fenómeno insólito en la historia judicial española y es que un número muy significativo de jueces se “rebelarán” contra alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de consumo, llegando a prescindir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y confiando en que el TJUE corrigiera lo que ellos consideraban jurisprudencia errónea, para lo cual utilizaban el cauce de la cuestión prejudicial.

Esto es lo que ocurrió en forma muy importante con el conflicto en relación con la irretroactividad de los efectos de la nulidad de las llamadas cláusulas suelo, que dio lugar a la sentencia de la Gran Sala del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en el caso Gutierrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y 308/15; y más recientemente, y todavía sin resolver definitivamente, con la nulidad del índice aplicable a algunos préstamos hipotecarios, conocido por sus siglas “IRPH”.

6. *El papel de los abogados en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.*

Antes de entrar en un examen somero de algunos otros aspectos del derecho de consumo español afectado por las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles en materia de consumo y las consecuencias de las sentencias de respuesta del Tribunal, es de justicia reconocer que detrás de muchas de estas cuestiones, está el importante papel de muchos abogados que solicitaron al Juez el planteamiento de la cuestión generando las dudas suficientes en el juzgador para que se viera compelido a formular la pregunta, o preguntas, al TJUE. En algunos casos, es el Juez quien toma la iniciativa de oficio, ante las dudas sobre la interpretación de los tratados o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, conforme al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 234 TCE)⁵; pero en muchas ocasiones tales cuestiones

⁵ Artículo 267 TFUE (antiguo artículo 234 TCE): “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante

están propiciadas por la solicitud del abogado de la parte que insta al juez o a la Sala a plantear la cuestión, además sugiriendo o redactando el contenido de la preguntas o preguntas.

III. PRIMERAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR JUECES ESPAÑOLES EN MATERIA DE CONSUMO

1. El Caso Cristina Blázquez / El Corte Inglés (STJCE de 7 de marzo de 1996) en materia de Crédito al consumo como un primer paso

Aunque como ya he comentado antes, si bien el caso de fondo era sobre crédito al consumo, la cuestión que aborda el Tribunal de Luxemburgo afecta directamente a la eficacia de las directivas no desarrolladas en plazo por el Estado y de alguna forma afecta a la aplicación del derecho de consumo, pero, sobre todo, es destacable por ser la primera cuestión prejudicial española en esta materia.

Se trata de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 10 de Sevilla en relación con un contrato de crédito celebrado por una usuaria para la financiación parcial del precio de un viaje turístico, existiendo entre la agencia de viajes (agencia de viajes del Corte Inglés) y la concedente del crédito (El Corte Inglés) un acuerdo de exclusiva para la concesión de créditos. Al entender la señora Blázquez que se habían producido incumplimientos en las condiciones del viaje por parte de la agencia de viajes, se opone al pago de los plazos restantes que se le demandan por la financiera.

El asunto, como ya he adelantado, afectaba a la eficacia de las directivas no traspuestas en plazo y por ello el juez plantea al Tribunal de Justicia la pregunta de si sería aplicable el artículo 11 de la directiva 87/102 sobre crédito al consumo, directiva que no había sido traspuesta al derecho español a pesar de haber transcurrido el plazo para la adaptación. El artículo 11 posibilita al consumidor a dirigirse contra el prestamista o a oponerse a la reclamación del prestamista, cuando haya habido incumplimiento por parte del proveedor del bien o del servicio, siempre que entre prestamista y proveedor exista un acuerdo de exclusiva, supuesto que era el que pretendía la señora Blázquez, al oponerse al pago de los plazos que se le reclamaban por la entidad prestamista por incumplimiento de la proveedora del servicio, sin que tal oposición fuera posible conforme al derecho español.

Como dice el juez de primera instancia n.º 10 de Sevilla en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, conforme al Código civil español no

un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.*

era posible oponer el incumplimiento de un tercero, ya que según el artículo 1257 “*los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos...*”.

El Tribunal en la sentencia citada y respondiendo a la pregunta del juez nacional dice que “*los consumidores no pueden fundar en la Directiva en sí misma un derecho de renuncia frente a los comerciantes con los que han celebrado un contrato e invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, éste está obligado cuando aplica disposiciones de Derecho nacional, sean anteriores o posteriores a la Directiva, a interpretarlas, en toda la medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva*”.

Junto a la sentencia recaída en el asunto Faccini Dori, la dictada en el caso Cristina Blázquez / El Corte Inglés, contribuyó por tanto a señalar el camino a seguir en los casos de directivas no desarrollados en el plazo fijado, estando obligado el juez a interpretar su derecho interno conforme a la directiva.

2. Cuestiones prejudiciales pioneras en materia de consumo planteadas por jueces españoles

Aparte de la cuestión examinada en el anterior apartado que abrió el camino, en esos primeros años, hubo otras cuestiones que tuvieron menor trascendencia pero que, de alguna manera, afectaron a la aplicación del derecho de consumo en España.

En el asunto Travel Vac S. L. / Manuel José Antelm Sanchís (STJCE de 22 de abril de 1999), la cuestión prejudicial fue planteada por el juez de 1ª Instancia n.º 22 de Valencia el 11 de noviembre de 1997, en un caso relativo a un contrato de multipropiedad, además celebrado fuera del establecimiento.

La respuesta del Tribunal de Justicia resuelve las dudas en relación con la posible aplicación de la directiva sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales a los contratos de multipropiedad, así como aclarando varias cuestiones en relación con el derecho de renuncia.

Es importante destacar también que en los asuntos acumulados C-240/98 a 244/98 “Océano Grupo Editorial S.A. y Salvat Editores S.A. contra Rocío Murciano Quintero y otros” (Sentencia del TJCE de 27 de junio de 2000), se inicia el largo camino sobre la aplicación en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores.

La sentencia tiene su origen en varias cuestiones prejudiciales planteadas por el juez de primera instancia número 35 de Barcelona, en relación con contratos de empresas editoriales, contratos de adhesión, que contenían cláusulas de sumisión expresa a los juzgados de Barcelona, lugar donde se presentaban las demandas por las empresas editoriales contra consumidores que habitualmente tenían sus domicilios en otros lugares de España.

Según el juez, la normativa procesal española no le permitía apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula al realizar la valoración previa a la admisión de la demanda a trámite, siendo presumible que el demandado per-

maneciera en rebeldía, al emplazársele ante un juzgado muy alejado de su domicilio y por la escasa cuantía de las reclamaciones, por lo que tampoco se produciría la posible alegación de nulidad de la cláusula por la parte demandada.

El juez español pregunta al Tribunal de Justicia, si el ámbito de protección del consumidor de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (en ese momento todavía no transpuesta al ordenamiento español, si bien ya había transcurrido el plazo de transposición), permite al juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas en el momento de la admisión a trámite de la demanda.

El Tribunal en su sentencia de 27 de junio de 2000, declaró que el juez nacional está facultado por el Derecho comunitario para apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor, en el momento de la admisión de la demanda, aun cuando su normativa procesal interna no se lo permita, añadiendo la sentencia, que el juez nacional, al aplicar las disposiciones de derecho nacional, anteriores o posteriores, a la directiva de cláusulas abusivas, está obligado a interpretarlas conforme a la directiva, lo que requiere en particular que el juez nacional dé preferencia a aquella interpretación que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva.

Finalmente, en esta primera fase de cuestiones que de alguna forma afectaban al derecho de consumo, aunque en este caso por una vía indirecta, traigo a colación el asunto M.^a Victoria González contra Medicina Asturiana S.A. (Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2002) ya que fue la primera cuestión prejudicial planteada desde Asturias y por ser mi primera cuestión prejudicial cuando desempeñaba el cargo de Juez de primera instancia n.º 5 de Oviedo.

Se trataba de una demanda contra un centro hospitalario en reclamación de una indemnización por los daños causados a la demandante por el contagio del virus de la hepatitis C, por una transfusión de sangre que le fue realizada en el mencionado Centro Médico.

En los fundamentos jurídicos de la demanda, aparte de invocar los preceptos generales del Código Civil, se considera de aplicación los artículos 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU).

Por la entidad hospitalaria se alegó, entre otros motivos, la falta de vigencia de los artículos 25, 26 y 28 de la Ley de Consumidores española por la declaración de inaplicación llevada a cabo por la Ley 22/94, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos Defectuosos (LPD), que desarrollaba una directiva comunitaria.

El problema que se suscitaba era si la disposición final primera de la Ley de Productos Defectuosos que declara la inaplicación de los artículos 25 a 28 de la LCU pudiera vulnerar el artículo 13 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, origen de la LPD, que, como todos los de la Directiva, va dirigido a los estados miembros, en el que se dice que “*La presente directiva*

no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva.”.

La pregunta que se hacía al Tribunal de Justicia era si ese artículo 13 de la Directiva 85/374/CEE debía interpretarse en el sentido de que impedía que, a consecuencia de la transposición de la Directiva, se limitaran o restringieran los derechos que los consumidores tenían reconocidos conforme a la legislación del Estado español.

El Tribunal en su sentencia declara que el artículo 13 de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieran reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por esta Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a lo dispuesto en la mencionada Directiva.

El principal caballo de batalla de la discusión ante el Tribunal no fue otro que la elección entre “armonización” y “protección de los consumidores”. El Tribunal de Justicia optó por dar prevalencia a la solución armonizadora, por lo que la trasposición de la directiva en el derecho interno podía limitar los derechos que los consumidores tenían con arreglo a otro u otros regímenes, lo que en España suponía una merma de sus derechos pues los consumidores o usuarios tenían un mayor nivel de protección que los que derivaban de las directivas comunitarias.

Tengo que confesar que cuando planteé la cuestión estaba convencido de que la respuesta del Tribunal iba a ser la contraria.

IV. UN NUEVO HITO EN LAS CUESTIONES PREJUDICIALES ESPAÑOLAS. EL CASO GUTIERREZ NARANJO Y LA “REBELDÍA” DE LOS JUECES ANTE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Si antes hacía referencia a un hito histórico que cambió la actitud de los jueces españoles ante el derecho de la Unión y su papel en el planteamiento de cuestiones prejudiciales, creo que hay otro momento fundamental para entender ese cambio hacia un papel activo de los jueces españoles en esta materia. Se trata de lo ocurrido con la problemática jurídica surgida a raíz de las llamadas cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios.

El problema no solo era jurídico, sino que alcanzaba a una gran parte de la sociedad española y se convirtió en un problema social. Un buen número de españoles tenía préstamos hipotecarios y un buen número de ellos tenían en

sus préstamos las llamadas cláusulas suelo, por tanto la decisión que adoptaran los jueces y sobre todo, la que finalmente fijara la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenía no solo consecuencias jurídicas sino trascendencia social que incluso podría afectar a la economía, tanto a las cuentas de las entidades financieras y lo que ello suponía para la economía nacional en su conjunto, como a las economías domésticas de muchas familias, millones de españoles, muchos de los cuales tenían dificultades económicas para afrontar el pago de las cuotas hipotecarias.

En este contexto económico y social es presumible que la decisión que tenía que tomar el Tribunal Supremo excedía de los pronunciamientos habituales que podían tener una importante trascendencia jurídica pero no un alcance económico y social como lo que resultara del fallo que fijara jurisprudencia en esta materia.

Entrando en un campo absolutamente especulativo y tratando de ponerse en el papel de aquellos magistrados que tuvieron que tomar tal decisión con el conocimiento de tales trascendentales consecuencias, creo que finalmente optaron por una solución que, si se me permite la expresión, consistía en dar “una de cal y otra de arena” o, si se prefiere, optaron por una solución salomónica, que, en ocasiones, puede no ser la mejor solución. Prueba de que estos factores externos tuvieron trascendencia es que en la propia Sentencia del Pleno de la Sala I del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y para justificar la irretroactividad de los efectos de la nulidad de dichas cláusulas, alude expresamente a que “*la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión generaría el riesgo de trastornos económicos graves*”.

Por un lado, la sentencia establece un control de transparencia muy rígido, prácticamente ninguna cláusula suelo lo superaría (de hecho, el resultado estadístico después de muchos años ha sido que el 98% de las demandas solicitando la nulidad de la cláusula suelo han sido estimadas), pero, por otro lado, se limitan los efectos restitutorios sobre las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de esas cláusulas nulas, reconociendo incluso que no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, esta eficacia no podía ser impermeable a los principios generales del Derecho y, entre ellos, de forma destacada, al principio de seguridad jurídica.

Esta solución produce un hecho sin precedentes en la historia judicial española, y que fue una especie de “rebeldía” de muchos jueces, que se inició en los de primera instancia, que decidieron no acatar dicha jurisprudencia.

La rebeldía de los jueces podría ser más habitual o explicable, pero cuando resulta que muchas secciones de audiencias en muy diversos puntos de la geografía española se suman a lo que hemos llamamos “rebeldía judicial” se convierte en un hecho sin precedentes en la historia judicial española. Se podría decir que llegó a existir una división casi paritaria entre las audiencias que seguían la jurisprudencia del Tribunal Supremo y aquellas otras que aun con conocimiento y cita de la jurisprudencia, resolvían en su contra, con los más

variados argumentos jurídicos quizás en la convicción de que aquella jurisprudencia no resultaba ajustada a derecho.

El caso es que a algunos jueces se les ocurrió utilizar la vía de la cuestión prejudicial para tratar de corregir una solución con la que no estaban conformes y así, llegan al TJUE varias peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015, cuestiones que finalmente son acumuladas y resueltas por la sentencia del Tribunal de Justicia, constituido en Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016.

Dicha sentencia decide sobre la limitación por el juez nacional (en este caso del Tribunal Supremo) de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, es decir, sobre la irretroactividad declarada por la Sala I al resolver sobre la nulidad de las cláusulas suelo.

La sentencia que cuestiona el Tribunal con sede en Luxemburgo, es la conocida sentencia n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013, en la que el pleno de la Sala I, en lo que aquí interesa, establece que a pesar de la nulidad de las cláusulas suelo, los contratos de préstamo hipotecario en cuestión podían subsistir y, además, limitó la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo con fundamento en el principio de seguridad jurídica, limitando la eficacia temporal de su sentencia y disponiendo que ésta sólo surtiría efectos a partir de la fecha de su publicación, de manera que tan sólo deberían restituirse las cantidades indebidamente pagadas, sobre la base de tales cláusulas, con posterioridad a la fecha de la sentencia de 2013.

El Tribunal Supremo incluso reconoce que, no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, esta eficacia no podía ser impermeable a los principios generales del Derecho y, entre ellos, de forma destacada, al principio de seguridad jurídica.

Asimismo, declaró que las cláusulas suelo eran lícitas en cuanto tales, que la nulidad de las mismas derivaba de una falta de transparencia debido a la insuficiencia de la información a los prestatarios y que la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión generaría el riesgo de trastornos económicos graves.

Posteriormente, en la sentencia de 25 de marzo de 2015 el Tribunal Supremo confirmó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo en el marco de la demanda individual de un consumidor que reclamaba la restitución de las cantidades indebidamente pagadas sobre la base de una cláusula de este tipo. Al proceder de esta manera, el Tribunal Supremo hizo extensiva a las acciones individuales de cesación y de reparación la solución adoptada anteriormente por la sentencia de 9 de mayo de 2013 en lo relativo a las acciones colectivas de cesación.

La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 declara que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos resti-

tutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo y termina por dar la razón al gran número de jueces y audiencias que habían discrepado de la solución adoptada por el Tribunal Supremo.

Esta sentencia merece un comentario adicional pues, por lo general, el Tribunal de Justicia es muy respetuoso con los jueces y tribunales nacionales y, aún más, cuando se trata de los altos tribunales, ya sean constitucionales o supremos de los países miembros, sin embargo y de forma muy sutil, o quizás no tanto, en esta ocasión el Tribunal de justicia entiendo que fue especialmente duro con el Tribunal Supremo, y no tanto por el fallo o determinadas expresiones contundentes que contiene la sentencia (“*el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión*”; o “*dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión*”), sino porque el Tribunal Supremo, para justificar la irretroactividad utilizó jurisprudencia del TJUE (párrafo 292); pues bien, la interpretación que hace el Tribunal Supremo sobre dicha jurisprudencia no solo no es examinada para rechazarla, sino que ni siquiera el Tribunal de Justicia hace la más mínima mención a la cita de la misma al resumir los argumentos de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

V. CUESTIONES PREJUDICIALES ACTUALMENTE EN TRÁMITE

En el momento de redactar estas líneas y tras las últimas Sentencias del TJUE sobre Comisión de apertura de 16 de marzo de 2023, en el asunto C-565/21 Caixabank, que planteó el Tribunal Supremo, y la muy reciente de 13 de julio de 2023, en el asunto C-265/22, hay actualmente un buen número de cuestiones prejudiciales en materia civil y de consumo que figuran actualmente pendientes en el Tribunal de Justicia.

1. El caso de la Comisión de apertura. “Contrataque” del Tribunal Supremo

En el caso de la Comisión de apertura, al que se acaba de aludir, existe otro hecho curioso propiciado por el mecanismo del art. 267 del TFUE. Parece que el Tribunal Supremo en este caso utiliza la cuestión prejudicial como una especie de “contrataque” frente a algunas cuestiones planteadas por jueces de instancia que dieron lugar a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578), al considerar nuestro alto tribunal que la respuesta que el Tribunal de Justicia dio en dicha sentencia a las cuestiones prejudiciales que se le plantearon sobre la comisión de apertura en los préstamos y créditos hipotecarios y sobre la jurisprudencia que acerca de esa cuestión ha establecido el

Tribunal de Justicia, vino determinada por el hecho de que los órganos judiciales remitentes expusieron la normativa interna y la jurisprudencia nacional de una manera distorsionada.

El Tribunal Supremo, vuelve a recibir una dura respuesta a la apreciación que hace sobre la supuesta distorsión en las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la anterior sentencia, ya que el TJUE manifiesta al respecto (p. 37) que *“Procede recordar sobre este particular que, en el marco del procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE, basado en una clara separación entre las funciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y las del Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos y del Derecho nacional corresponde exclusivamente al juez nacional”*.

2. Listado de cuestiones actualmente en trámite

Tras este inciso y en relación con las cuestiones prejudiciales actualmente en trámite, y siguiendo el listado publicado por la REDUE, que es la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del CGPJ, existen actualmente en trámite las siguientes cuestiones relativas a protección de consumidores, en las que se hace constar los que ya tienen fecha prevista de Vista, Conclusiones o lectura de Sentencia:

- C-484/21 Bankia, que plantea el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona sobre prescripción y protección de consumidores.

- C-561/21 Banco Santander, que plantea la Sala I del Tribunal Supremo sobre prescripción (gastos).

- C-632/21, Diamond Resorts Europe y otros que plantea el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Granadilla de Abona sobre ley aplicable y Convenio de Roma al contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

- C-810/21 Bankia, C-811/21 BBVA, C-812/21 Santander y C-813/21, Banco Sabadell, que plantea la Audiencia Provincial de Barcelona sobre cláusulas abusivas y prescripción.

- C-821/21 Club La Costa y otros, que plantea el Juzgado de Primera Instancia 2 de Fuengirola sobre Contratos celebrados por consumidores e interpretación del art. 18.1 del Reglamento Bruselas I bis y Roma I.

- C-35/22, Cajasur Banco, que plantea la Audiencia Provincial de Málaga sobre la exigencia de reclamación extrajudicial previa y protección de consumidores en acciones de nulidad por abusividad de condiciones generales y Costas. VISTA 11/01/23 y CONCLUSIONES 02/03/23.

- C-83/22, Tuk Tuk Travel, que plantea el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena sobre viajes combinados, información precontractual obligatoria al viajero, derecho a resolver el contrato y aplicación de los principios de justicia rogada y congruencia. VISTA 12/01/23 y CONCLUSIONES 23/03/2023

- C-450/22, Caixabank y otros, que plantea el Tribunal Supremo sobre protección de consumidores y control de transparencia en acciones colectivas.

- C-500/22 Novo Banco y otros, que plantea el Tribunal Supremo sobre protección de consumidores y Carta de los derechos fundamentales. Se acumulan los asuntos C-499/22 -Novo Banco y otros y C-498/22.

- C-724/22 Investcapital, que plantea el Juzgado de Primera Instancia de León, protección de consumidores y ejecución de un título proveniente de un proceso monitorio, segundo control de oficio de cláusulas abusivas.

- C-772/22 y C-765/22, Air Berlin, que plantea el Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, sobre Cooperación judicial en materia civil.

- C-779/22, C-775/22 y C-794/22 Banco Santander, que plantea el Tribunal Supremo sobre legitimación y reestructuración bancaria.

- C-11/23, Eventmedia Soluciones, que plantea el Juzgado de lo Mercantil 1 de Palma de Mallorca, sobre protección de consumidores y contratos de cesión de crédito suscritos por pasajeros por la cancelación de vuelo.

Las sentencias que vayan recayendo del TJUE en los próximos meses o años, en estos asuntos seguirán marcando el camino a seguir en la aplicación del derecho de la Unión en relación con el derecho de protección de los consumidores en muy distintos aspectos, aunque quizás habría que hacer una mínima referencia a las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el índice de referencia de préstamos hipotecarios conocido por las siglas IRPH, pues creo que las cuestiones prejudiciales que están planteando los jueces españoles (la última planteada hace tan solo unos días, el 27 de abril de 2023, por el juzgado de primera instancia n.º 8 de Donosti) parecen reflejar una nueva “rebeldía” de los jueces ante la jurisprudencia de la Sala I, en este caso, en materia de IRPH.

3. La problemática del “IRPH” ¿un nuevo caso de “rebeldía” judicial?

Entiendo personalmente esta nueva reacción de algunos jueces ante la jurisprudencia de la Sala I en relación con el IRPH, pues como abogado he tenido ocasión de plantear varias demandas solicitando la nulidad de la cláusula que fija el IRPH y desde el principio he estado convencido de que el caso del IRPH es un supuesto de falta de transparencia aún más claro que las famosas cláusulas suelo y entiendo por tanto esa nueva rebeldía, no tan numerosa, como en el caso de la irretroactividad de las cláusulas suelo, pero que están utilizando la vía de la cuestión prejudicial para intentar cambiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, que estima, en cuanto a la cláusula que establece el IRPH, el recurso de casación presentado por una entidad bancaria, declarando que la cláusula controvertida superaba el control de transparencia, contiene un voto particular firmado por los magistrados Sres. Orduña Moreno y Arroyo Fiestas cuya discrepancia, según los firmantes del voto, “*radica en la «aplicación» que realiza la sentencia del control de transparencia*”, en su opinión discrepante, “*esta aplicación o proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, con relación a la validez de la cláusula predispuesta por la que el profesional*

utiliza o incluye el índice de referencia, no se ajusta a los parámetros y contenido que la doctrina jurisprudencial del TJUE ha establecido para proceder, correctamente, a la aplicación del control de transparencia”.

El caso es que ya sea por el propio convencimiento de algunos jueces que consideraban nula la cláusula que establece el índice de referencia “IRPH”, o por los argumentos del voto particular en cuanto considera que la solución de la sentencia mayoritaria del Tribunal Supremo no se ajusta a los parámetros y contenido que la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre control de transparencia, algunos jueces han decidido plantear diversas cuestiones prejudiciales en esta materia, y ello a pesar de que el TJUE ya se pronunciado sobre la nulidad del mencionado índice, sin embargo, por parte de algunos jueces se sigue insistiendo en aclarar las dudas que plantea el denominado IRPH.

En el asunto 254/22 cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca el 4 de abril de 2022 (ROJ: AJPI 24/2022 - ECLI:ES:JPI:2022:24A), el Auto de planteamiento llega a formular hasta 15 preguntas, algunas con doble pregunta por lo que realmente son 18, y algunas de ellas quizá demasiadas extensas, y aunque es loable el esfuerzo de la juzgadora por no dejar resquicio alguno en cuanto a la problemática del IRPH, lo cierto es que siempre debe tenerse en cuenta que los textos que se envían han de ser traducidos a muchos idiomas y que cuanto más escueta sea la cuestión más fácil será la labor del Tribunal de Justicia para contestarla.

Muchas de las preguntas van dirigidas directamente a cuestionar la jurisprudencia del TS al utilizar preguntas referidas a si se oponen diversos preceptos de la directiva 93/13 a una determinada jurisprudencia, en clara alusión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las siete primeras preguntas tratan de que el TJUE confirme su criterio con la fórmula de si se oponen a los criterios del juez nacional y las siguientes siete preguntan sobre si se oponen a la jurisprudencia (del Tribunal Supremo aunque no se diga, por obvio) y la última vuelve en una doble pregunta al juez nacional.

Esta cuestión fue resuelta por el Auto del TJUE de 28 de febrero de 2023

Sin necesidad de entrar en el fondo de la cuestión, si es de destacar que el citado Auto, llama la atención sobre algunas cuestiones que han de tenerse en cuenta a la hora de utilizar este mecanismo, pues se dice (apartado 34 del Auto) que el auto de remisión no contiene una exposición de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional nacional a preguntarse sobre la interpretación de los artículos 7, 14 y 16 de la Directiva 2014/17 e incluso considera el Tribunal que algunas de las cuestiones son “manifiestamente inadmisibles” y alguna otra, como la cuestión decimoquinta sobre la interpretación del Derecho nacional “queda al margen de la competencia del Tribunal de Justicia”.

Pocos días después de la anterior cuestión prejudicial ya resuelta por el Auto que se acaba de comentar, el mismo juzgado plantea una nueva cuestión prejudicial incluyendo preguntas con nuevos criterios no incluidos en las anteriores preguntas, formulando otras cinco preguntas mas a la casi veintena de la anterior consulta.

Se trata del Asunto 265/22, iniciado por el Auto del Juzgado de primera instancia nº 17 de Palma de Mallorca de 19 de abril de 2022 (ROJ: AJPI 23/2022 - ECLI:ES:JPI:2022:23A) que finalmente ha dado lugar a la muy reciente sentencia del TJUE de 13 de julio de 2023.

En esta última cuestión se incluye ahora como novedad la cita de la circular 5/1994 del Banco de España, que establece un criterio normativo del organismo regulador sobre la necesidad de que los diferenciales sean negativos, lo que se dice, se ha omitido e incumplido por las entidades financieras de forma generalizada.

La sentencia del TJUE de 13 de julio de 2023, da un paso más en la nulidad de estos índices, precisamente en base a la Circular del Banco de España que cita como novedad en el planteamiento de la cuestión por el juzgado de Palma de Mallorca, que seguramente reforzará la interpretación que estaban haciendo los jueces “rebeldes” en esta materia y todo ello a la espera de que el Tribunal Supremo, en base a los criterios que ahora concreta el TJUE sobre transparencia, modifique su jurisprudencia sobre la nulidad del IRPH.

VI. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión se puede decir que la historia de las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles ha contribuido, y seguirán contribuyendo sin duda, a la mejora de la protección de los consumidores en la Unión europea, a pesar de un inicio muy poco esperanzador, reflejo de las reticencias iniciales por parte de la mayoría de los jueces y de la lentitud en asumir el papel de jueces naturales de derecho de la Unión y, aunque todavía en la actualidad existe un número, quizás mayor del que cabría esperar a estas alturas, de jueces que siguen sin adoptar el rol de jueces de este ordenamiento jurídico europeo, resulta más destacable el papel de aquellos que han contribuido a la evolución del derecho de consumo, en muchos casos con la ayuda inestimable de letrados que han incitado al planteamiento de las cuestiones, confirmando aquello que se decía hace ya muchos años de que la cuestión prejudicial ha sido el principal motor de la evolución del derecho de la Unión Europea.

Una vez que se produce el hito histórico del caso Aziz por la repercusión que tuvo dicho asunto, se produjo un incremento considerable del número de jueces que decidieron utilizar la vía del art. 267 del TFUE, ya fuera por conseguir por ese camino contribuir a elevar la protección de los consumidores y usuarios, que es un mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 51 de la Constitución española, ya fuera posteriormente y tras la solución jurisprudencial en la problemática de las llamadas cláusulas suelo, como una forma de conseguir cambiar una jurisprudencia que consideraban equivocada, encauzando por la vía de la cuestión prejudicial una especie de rebeldía judicial fundamentalmente por parte de los jueces de instancia.