

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 81

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora doctora de Derecho mercantil de la Universidad CEU San Pablo.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 [Asuntos C-96-16 y C-94/17]

Consumidores y usuarios: cláusulas abusivas. Criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula del contrato de préstamo hipotecario que establece un tipo de interés de demora superior en más de dos puntos al interés remuneratorio. La consecuencia del carácter abusivo de la cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

«Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29; corrección de errores en DO 2015, L 137, p. 13).

Estas peticiones se han presentado en el marco de dos litigios, el primero de ellos entre Banco Santander, S.A., por una parte, y la Sra. Mercedes Godoy Bonet y el Sr. Mahamadou Demba, por otra (C-96/16), y el segundo entre el Sr. Rafael Ramón Escobedo Cortés y Banco de Sabadell, S.A. (C-94/17), en relación con el cumplimiento de los contratos de préstamo celebrados entre las mencionadas partes.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

El considerando decimotercero de la Directiva 93/13 afirma lo siguiente:

«Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no

contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...]; que a este respecto, la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo».

El artículo 1 de dicha Directiva dispone lo siguiente:

«1. 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.

2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la presente Directiva.»

El artículo 3, apartados 1 y 3, de la citada Directiva prevé:

«1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. [...]

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.»

El artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva tiene la siguiente redacción:

«Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la

celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.»

A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13:

«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

El artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva prevé:

«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.»

El artículo 8 de dicha Directiva dispone lo siguiente:

«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.»

El punto 1, letra e), del anexo de la misma Directiva, relativo a las cláusulas contempladas en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva, menciona las cláusulas que tengan por objeto o por efecto «imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta».

Derecho español

Disposiciones en materia de transmisión de créditos

El artículo 1535 del Código Civil, que regula el derecho del deudor a extinguir la deuda en caso de venta o cesión de un crédito, dispone lo siguiente:

«Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago.»

La sustitución del cedente de un crédito por el cesionario del mismo en los procedimientos judiciales está regulada en los artículos 17 y 540 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aplicándose el artículo 17 a los procedimientos declarativos y el artículo 540 a los procedimientos ejecutivos.

Disposiciones en materia de cláusulas abusivas

El artículo 82, apartado 1, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»), dispone lo siguiente:

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

El artículo 85, apartado 6, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone que serán abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Este precepto lleva a cabo la transposición de las disposiciones de los apartados 1 y 3 del artículo 3 de la Directiva 93/13, en relación con el punto 1, letra e), de su anexo, precisando al mismo tiempo que, en Derecho español, se considerará siempre abusivo el tipo de cláusula contemplado en el citado punto 1, letra e).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Del auto de remisión en el asunto C-94/17 se desprende que, en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre (en lo sucesivo, «sentencias de 22 de abril y 7 y 8 de septiembre de 2015»), el Tribunal

Supremo declaró que, ante la falta de criterios legales que establecieran pautas seguras para la apreciación de la abusividad de las cláusulas sobre intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, los tribunales españoles de primera y segunda instancia aplicaban criterios dispares, lo que generaba una gran inseguridad jurídica y producía una diferencia arbitraria de trato para los consumidores en función del tribunal donde se siguiera el litigio. También se producían divergencias importantes a la hora de determinar las consecuencias del carácter abusivo de tales cláusulas.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo consideró que, a fin de poner término a la referida situación de inseguridad jurídica y a las mencionadas disparidades, resultaba necesario definir los criterios para determinar el eventual carácter abusivo de tales cláusulas y las consecuencias del mismo.

A tal efecto, el Tribunal Supremo, por una parte, declaró que, en virtud del artículo 85, apartado 6, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, son abusivas las cláusulas que imponen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Por otra parte, examinó las normas nacionales aplicables, en caso de mora del deudor, en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo entre las partes del contrato sobre diversos puntos, así como el tipo de interés de demora generalmente previsto en los contratos de préstamo que son objeto de una negociación individual con los consumidores.

A resultas del referido examen, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que procedía declarar abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos de préstamo personal celebrados con los consumidores relativas a los intereses de demora cuando tales cláusulas respondan al criterio de que el interés de demora sea superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado entre las partes en el contrato.

En efecto, el Tribunal Supremo expuso que la fijación del mencionado tipo de interés de demora conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que establecen las normas nacionales aplicables en caso de mora del deudor mencionadas en el apartado 17 de la presente sentencia, y que un profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este último aceptaría, en el marco de una

negociación individual, una cláusula que estipulara semejante tipo de interés de demora.

En cuanto a las consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas en cuestión, el Tribunal Supremo observó que, en los asuntos de los que conoce, el tipo de interés de demora fijado por dichas cláusulas consistía en un recargo de varios puntos porcentuales sobre el tipo del interés remuneratorio. De ello dedujo que, en el supuesto de que se declararan abusivas tales cláusulas, lo procedente sería la supresión total del recargo que el interés de demora representa en relación con el interés remuneratorio, de modo que tan solo se siguiera devengando este último interés. En efecto, el Tribunal Supremo consideró que no procedía suprimir asimismo el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo su función de retribuir la entrega de dinero en préstamo.

La solución recogida en las sentencias de 22 de abril y 7 y 8 de septiembre de 2015 se hizo extensiva a los contratos de préstamos hipotecarios en virtud de las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio.

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

Asunto C-96/16

El 2 de noviembre de 2009 y el 22 de septiembre de 2011, el Sr. Demba y la Sra. Godoy Bonet suscribieron con la entidad bancaria Banco Santander dos contratos de préstamo, el primero de ellos por importe de 30 750 euros y con vencimiento el 2 de noviembre de 2014 y el segundo por importe de 32 153,63 euros y con vencimiento el 22 de septiembre de 2019. Según las condiciones generales de dichos contratos, los tipos de interés aplicables eran, en el primer contrato, un 8,50 % para los intereses remuneratorios y un 18,50 % para los intereses de demora y, en el segundo contrato, un 11,20 % para los intereses remuneratorios y un 23,70 % para los intereses de demora.

Al haber dejado de pagar el Sr. Demba y la Sra. Godoy Bonet las cuotas mensuales previstas en los contratos de préstamo en cuestión al Banco Santander, esta entidad bancaria declaró el vencimiento anticipado de los contratos y presentó ante el órgano jurisdiccional remitente —el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona— una demanda de ejecución de los créditos que tenía frente al Sr. Demba y a la Sra. Godoy Bonet por un importe total de 53 664,14.

Aunque los contratos de préstamo no contemplaban esta posibilidad, el 16 de junio de 2015 el Banco Santander transmitió a un tercero los créditos de que se trata mediante escritura pública, por un importe estimado en 3 215,72 euros, al amparo de los artículos pertinentes del Código Civil. El tercero solicitó entonces suceder al Banco Santander en el procedimiento de ejecución instado por este último ante el juzgado de primera instancia remitente.

El juzgado remitente alberga dudas acerca del eventual derecho del Sr. Demba y de la Sra. Godoy a extinguir la deuda, abonando para ello al tercero el precio que este pagó por la cesión de los créditos, así como los intereses, las costas y los gastos aplicables.

A este respecto, el juzgado remitente subraya que, si bien el artículo 1535 del Código Civil prevé tal derecho a extinguir el crédito, al mismo tiempo lo circunscribe a los denominados créditos «litigiosos», es decir, aquellos en relación con los cuales se haya contestado a la demanda en juicio declarativo. Así pues, el citado artículo no prevé la posibilidad de que el deudor ejercite el mencionado derecho en el marco de un procedimiento de ejecución del crédito —como es el procedimiento principal— o de una transmisión extrajudicial del crédito, lo cual no garantiza, según el juzgado remitente, una protección adecuada de los intereses de los consumidores. Añade que tampoco garantizan tal protección los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso, dado que, entre otras cosas, los citados artículos no hacen referencia al derecho del deudor a extinguir la deuda previsto en el artículo 1535 del Código Civil.

En este contexto, el juzgado remitente expresa sus dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión, y concretamente con la Directiva 93/13, de una práctica empresarial de cesión o compra de créditos por un precio exiguo sin que exista una cláusula contractual específica en ese sentido, sin que el deudor sea informado previamente de la cesión ni dé su consentimiento a la misma y sin ofrecerle la oportunidad de recomprar su deuda para, de este modo, extinguirla reembolsando al cesionario del crédito el precio que este pagó por la cesión, más los intereses, las costas y los gastos aplicables.

Por otra parte, el juzgado remitente se interroga sobre los elementos que han de tenerse en cuenta para examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de los contratos del litigio principal que fijan el tipo

aplicable de interés de demora, así como acerca de las consecuencias que deben deducirse de tal carácter abusivo. En este contexto, alberga dudas sobre la compatibilidad con la Directiva 93/13 de la jurisprudencia dimanante de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 7 y 8 de septiembre de 2015.

En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Es conforme con el Derecho de la Unión[,] y en concreto con el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...] y los artículos 4 TFUE, apartado 2, 12 TFUE y 169 TFUE, apartado 1, la práctica empresarial de cesión o compra de los créditos sin ofrecer la posibilidad al consumidor de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario?

b) ¿Es compatible con los principios que se postulan en la Directiva [93/13], y por extensión con el principio de efectividad y con sus artículos 3, apartado 1, y 7, apartado 1, dicha práctica empresarial de compra de la deuda del consumidor por un precio exiguo sin su consentimiento ni conocimiento, que omite su plasmación como condición general o cláusula abusiva impuesta en el contrato, y sin [dar] oportunidad de participación al consumidor en tal operación a modo de retracto?

2) a) Si, de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular de sus artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, ¿es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como criterio inequívoco la determinación que[,] en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado?

b) Si, de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular de sus artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, ¿es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como consecuencia que se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado?»

Asunto C-94/17

El 11 de enero de 1999, el Sr. Escobedo Cortés celebró con la Caja de Ahorros del Mediterráneo, integrada posteriormente en el Banco de Sabadell, un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 17 633,70 euros, que debía ser reembolsado mediante el pago de cuotas mensuales. Según las cláusulas 3 y 3 bis de ese contrato, el tipo de interés remuneratorio era del 5,5 % anual, sujeto a variación a partir del primer año. En el momento de los hechos pertinentes en el litigio principal, el mencionado interés remuneratorio se devengaba al tipo del 4,75 % anual. En cuanto a los intereses de demora, la cláusula 6 del contrato establecía que estos se calcularían al tipo del 25 % anual.

El Sr. Escobedo Cortés, que había incurrido en mora, presentó en el Juzgado de Primera Instancia una demanda contra el Banco de Sabadell en la que solicitaba, en particular, que se declarara nula esa última cláusula por entender que era abusiva.

El mencionado órgano judicial declaró que la referida cláusula era abusiva y, por consiguiente, estimó que el tipo de interés de demora aplicable debía reducirse al triple del interés legal, que es el límite máximo previsto en el artículo 114, apartado 3, de la Ley Hipotecaria, en su versión modificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE n.º 116, de 15 de mayo de 2013, p. 36373). Esta resolución judicial fue confirmada en apelación mediante sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de septiembre de 2014.

El Sr. Escobedo Cortés interpuso ante el órgano jurisdiccional remitente, a saber, el Tribunal Supremo, recurso de casación contra la citada sentencia al considerar que era contraria a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. El recurrente fundamentó su argumentación en que, al haber sido declarada abusiva la cláusula del contrato de préstamo del litigio principal por la que se establece el tipo de interés de demora, ya no debían devengarse intereses en virtud de ese contrato, ni de demora ni remuneratorios.

Según el Tribunal Supremo, se suscitan dudas en el marco del recurso de casación acerca de la interpretación de diferentes disposiciones de la Directiva 93/13, cuya aplicación es indispensable para resolver en casación, en lo que atañe a la declaración

del carácter abusivo de la cláusula en cuestión y a las consecuencias de ese carácter abusivo. En particular, el Tribunal Supremo considera que subsiste incertidumbre sobre la compatibilidad con la mencionada Directiva de su jurisprudencia dimanante de las sentencias de 22 de abril y 7 y 8 de septiembre de 2015, así como de las sentencias de 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016 (citadas en el apartado 21 de la presente sentencia).

En tales circunstancias, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Los artículos 3, en relación con el punto 1, letra e), del anexo, y 4, apartado 1, de la Directiva [93/93], ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2 % sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?»

2) Los artículos 3, en relación con el punto 1, letra e), del anexo, 4, apartado 1, 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva [93/13] ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la “indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones”, y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?»

3) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera positiva: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva [93/13], como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?»

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

Mediante autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2016 y de 5 de abril de 2017, se denegaron las respectivas solicitudes del Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona y del Tribunal Supremo que tenían por objeto que los asuntos C-96/16 y C-94/17 fueran tramitados por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

Mediante resolución del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 2017, ambos asuntos se acumularon a efectos de la fase oral y de la sentencia.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión prejudicial, letras a) y b), en el asunto C-96/16

Mediante las letras a) y b) de la primera cuestión prejudicial en el asunto C-96/16, que procede examinar conjuntamente, el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario.

A este respecto, tal como el Abogado General ha puesto de relieve en el apartado 43 de sus conclusiones, resulta claramente del tenor literal del artículo 1, apartado 1, y del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como de la concepción general de la misma, que la Directiva se aplica únicamente a las cláusulas contractuales, y no a las meras prácticas.

Pues bien, en el presente asunto, del auto de remisión resulta que ninguna cláusula de los contratos del litigio principal prevé ni regula la posibilidad de que el Banco Santander transmita a un tercero los créditos que tiene frente a los deudores en el litigio principal, así como tampoco el derecho eventual de estos últimos a extinguir la deuda mediante la compra de los créditos al tercero. Así pues, tal transmisión de créditos se llevó

a cabo con fundamento en las disposiciones pertinentes del Código Civil.

De lo anterior se deduce que, al no existir ninguna cláusula contractual relativa a este punto, la Directiva 93/13 no se aplica a las prácticas a que se refieren las letras a) y b) de la primera cuestión prejudicial en el asunto C-96/16.

En la medida en que mediante la primera cuestión prejudicial el juzgado remitente pide que se dilucide si la Directiva 93/13 se opone a las disposiciones nacionales que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso, que figuran en el artículo 1535 del Código Civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el hecho de que tales disposiciones no garanticen una protección suficiente de los intereses de los consumidores por las razones recordadas en el apartado 26 de la presente sentencia, procede hacer constar que, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la propia Directiva, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal como resulta del considerando decimotercero de la Directiva 93/13, la exclusión del ámbito de aplicación de esta Directiva prevista en el citado artículo 1, apartado 2, se extiende a las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas, es decir, de normas que únicamente se aplican si las partes no han dispuesto otra cosa. Tal exclusión se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada).

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende sustancialmente que la referida exclusión abarca las disposiciones legales o reglamentarias imperativas distintas de las que se refieren al control judicial de las cláusulas abusivas, especialmente las relativas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen,

C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartado 27 y jurisprudencia citada).

En el auto de 5 de julio de 2016, Banco Popular Español y PL Salvador (C-7/16, no publicado, EU:C:2016:523, apartados 24 a 27), el Tribunal de Justicia declaró, a la luz de la jurisprudencia citada, que la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 abarca una disposición de Derecho nacional como el artículo 1535 del Código Civil porque este artículo es una norma imperativa y no se refiere a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual. A este respecto, de un modo más general cabe añadir que no parece que el citado artículo 1535 esté relacionado con el control de las cláusulas abusivas.

A la luz de la información contenida en el auto de remisión, parece que sucede lo mismo en el caso de los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, extremo este que, sin embargo, corresponde verificar al juzgado remitente.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letras a) y b), en el asunto C-96/16, por una parte, que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código Civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso.

Sobre la letra a) de la segunda cuestión prejudicial en el asunto C-96/16 y sobre la primera cuestión prejudicial en el asunto C-94/17

Mediante la letra a) de la segunda cuestión prejudicial en el asunto C-96/16 y mediante la primera cuestión prejudicial en el asunto C-94/17, los órganos jurisdiccionales remitentes piden sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia

nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía supone un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato.

Sobre la admisibilidad

Tanto el Banco Santander y el Gobierno español, en el asunto C-96/16, como el Banco de Sabadell, en el asunto C-94/17, alegan que las cuestiones prejudiciales recordadas en el apartado anterior de la presente sentencia son inadmisibles porque suscitan una problemática puramente hipotética.

A este respecto, procede recordar que, en el marco de un procedimiento incoado con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la resolución jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones prejudiciales que plantea al Tribunal de Justicia. Cuando las cuestiones prejudiciales se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 19 y jurisprudencia citada).

En efecto, las cuestiones prejudiciales disfrutan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia únicamente tiene la posibilidad de negarse a pronunciarse sobre ellas cuando no se cumple con lo exigido por el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del propio Tribunal de Justicia sobre el contenido de la petición de decisión prejudicial o cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma de la Unión, solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional, no guardan relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando el problema es de naturaleza hipotética (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 20 y jurisprudencia citada).

Pues bien, en el caso de autos, por lo que se refiere, en primer lugar, a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial en el asunto C-96/16, de la petición de decisión prejudicial en este asunto resulta que el juzgado remitente aún no se ha pronunciado definitivamente sobre el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales que establecen el tipo de interés de demora, cuestionadas en el litigio principal. Además, tal como el Abogado General ha puesto de relieve en el punto 53 de sus conclusiones, de esa misma petición de decisión prejudicial se desprende que, mediante tal cuestión, el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si el criterio sentado por el Tribunal Supremo, como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, es compatible con el sistema de protección de los consumidores establecido por la Directiva 93/13, en la medida en que tal criterio se aplica objetiva y automáticamente, sin permitir que el juez nacional que conoce del asunto tome en consideración todas las circunstancias del caso concreto. El juzgado remitente afirma que la respuesta a esa cuestión le resultaría útil a efectos de determinar en qué elementos debe basarse para verificar el eventual carácter abusivo de las cláusulas en el litigio principal.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la primera cuestión prejudicial en el asunto C-94/17, tampoco resulta evidente que la misma no guarde relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal ni que el problema sea de naturaleza hipotética. En efecto, tal como el Abogado General ha puesto de relieve en el punto 54 de sus conclusiones, el Tribunal Supremo indicó fundamentalmente que el recurso de casación del que conoce, aunque se refiere concretamente a las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula controvertida en el litigio principal, también plantea interrogantes acerca de la interpretación de las disposiciones de la Directiva 93/13 relativas a la constatación de ese carácter abusivo. Por otra parte, no cabe excluir que, con arreglo al Derecho español, el Tribunal Supremo pueda o deba volver a examinar de oficio dicho carácter abusivo en el marco del recurso de casación del que conoce y, más concretamente, los criterios a la luz de los cuales debe apreciarse el carácter abusivo — extremo que no parece haber zanjado definitivamente—, máxime cuando, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cuestión de si una cláusula contractual debe declararse abusiva ha de asimilarse a una cuestión de orden público, incumbiendo al juez nacional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho

necesarios para ello, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 44, y de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartados 40, 41 y 44).

Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad de la letra a) de la segunda cuestión prejudicial en el asunto C-96/16 y de la primera cuestión prejudicial en el asunto C-94/17.

Sobre el fondo

– Observaciones preliminares

Tanto el Banco Santander como el Banco de Sabadell alegan que el criterio sentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, que se menciona en el apartado 18 de la presente sentencia, no tiene carácter vinculante. Y así, según dichas entidades bancarias, aunque los tribunales españoles parecen haber aplicado de un modo automático en la práctica el referido criterio, el juez nacional siempre tendría la posibilidad de apartarse del mismo, si las circunstancias del caso así lo justificaran.

Por otra parte, en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno español expuso que la jurisprudencia del Tribunal Supremo complementa el ordenamiento jurídico nacional, en la medida en que garantiza una interpretación uniforme de la ley por los tribunales españoles. Según dicho Gobierno, sin embargo, la mencionada jurisprudencia no tiene carácter vinculante u obligatorio, puesto que carece de valor normativo erga omnes, no tiene fuerza de ley y no constituye fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico español. De este modo, los tribunales inferiores pueden dejar de aplicarla e intentar convencer al Tribunal Supremo para que la modifique. El Gobierno español añadió que, no obstante, la mencionada jurisprudencia goza de ejemplaridad, en el sentido de que las resoluciones de los tribunales inferiores nacionales podrán ser anuladas por el Tribunal Supremo si se apartan de esa misma jurisprudencia.

A este respecto, procede recordar que, en relación con la interpretación de las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional, el Tribunal de Justicia debe, en principio, basarse en las calificaciones que

resultan de la resolución de remisión. En efecto, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho interno de un Estado miembro (sentencia de 16 de febrero de 2017, *Agro Foreign Trade & Agency*, C-507/15, EU:C:2017:129, apartado 23 y jurisprudencia citada).

Pues bien, tal como el Abogado General ha puesto de relieve en los puntos 65 a 67 de sus conclusiones, de las peticiones de decisión prejudicial se desprende que, según los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo estableció, en la jurisprudencia cuestionada en los litigios principales, una presunción *iuris et de iure* según la cual será abusiva toda cláusula contractual que responda al criterio expuesto en el apartado 18 de la presente sentencia.

Por otro lado, tanto de las peticiones de decisión prejudicial como de las consideraciones formuladas en el apartado 56 de la presente sentencia se desprende asimismo, en lo sustancial, que no cabe excluir que la mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo tenga carácter vinculante para los tribunales inferiores españoles, en el sentido de que estos tribunales se vean obligados, si no quieren ser censurados en casación, a declarar abusivas las cláusulas de este tipo.

En tales circunstancias, el Tribunal de Justicia debe responder a las cuestiones prejudiciales planteadas basándose en las premisas expuestas en los dos apartados anteriores de la presente sentencia.

Por lo demás, es preciso hacer constar que, si bien resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales que se presumirá abusiva toda cláusula que responda al criterio expuesto en el apartado 18 de la presente sentencia, no parece, en cambio, que dicha jurisprudencia prive al juez nacional de la posibilidad de declarar, al examinar una cláusula de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que no responda a ese criterio, a saber, una cláusula que establezca un tipo de interés de demora que no suponga un incremento de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado en el contrato, que tal cláusula es no obstante abusiva y, en su caso, de dejar de aplicarla, extremo que incumbe verificar a los órganos jurisdiccionales remitentes.

– Sobre la respuesta a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la primera cuestión prejudicial del asunto C-94/17

A efectos de responder a las cuestiones planteadas, es preciso observar de inmediato, sin perjuicio de las verificaciones que han de llevar a cabo los órganos jurisdiccionales remitentes, que el Tribunal Supremo parece haberse basado, para definir el criterio expuesto en el apartado 18 de la presente sentencia, en las orientaciones emanadas del Tribunal de Justicia en cuanto a la apreciación del carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual.

En efecto, tanto de las consideraciones formuladas en los apartados 17 a 19 de la presente sentencia como de la documentación que obra en poder del Tribunal de Justicia resulta que el Tribunal Supremo examinó a tal efecto las normas nacionales aplicables en diversas ramas del Derecho y se propuso determinar el nivel del tipo de interés de demora que razonablemente podría aceptar, en el marco de una negociación individual, un consumidor tratado de manera leal y equitativa, velando al mismo tiempo porque se preservara la función de los intereses de demora, que a su juicio no es otra que disuadir al deudor de incurrir en mora e indemnizar de manera proporcionada al acreedor en caso de mora del deudor. Parece, pues, que el Tribunal Supremo se atuvo a las exigencias recordadas especialmente en la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (C-415/11, EU:C:2013:164), apartados 68, 69, 71 y 74.

En cuanto al extremo de determinar si la Directiva 93/13 se opone a la aplicación de un criterio jurisprudencial como el expuesto en el apartado 18 de la presente sentencia, en la medida en que tal criterio implica una presunción *iuris et de iure* de que será abusiva toda cláusula contractual que responda al mismo, cabe recordar que la citada Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Biuro podróży «Partner»*, C-119/15, EU:C:2016:987, apartado 28 y jurisprudencia citada).

Habida cuenta de semejante situación de inferioridad, la Directiva 93/13 establece en su artículo 3, apartado 1, la prohibición de cláusulas tipo que, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 42).

Incumbe al juez nacional determinar si deben considerarse abusivas las cláusulas contractuales de

las que conoce, teniendo en cuenta en principio, conforme al artículo 4, apartado 1, de esa misma Directiva, todas las circunstancias del caso concreto (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 71).

El Tribunal de Justicia dedujo sustancialmente de las disposiciones citadas, así como del artículo 6, apartado 1, y del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, que esta Directiva se opone a una normativa nacional que defina un criterio en el que deba basarse la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, cuando tal normativa impida al juez nacional que conoce de una cláusula que no responda a dicho criterio examinar el eventual carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, en su caso, declararla abusiva y dejarla sin aplicación (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 28 a 42). No obstante, tal como se ha expuesto en el apartado 61 de la presente sentencia, no parece que tal sea el efecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal.

A este respecto, tal como el Abogado General ha manifestado en lo sustancial en el punto 60 de sus conclusiones, no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro — como es el Tribunal Supremo— estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de la cláusulas contractuales.

De este modo, si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal no parece formar parte de las disposiciones más rigurosas que los Estados miembros pueden adoptar a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13, puesto que —según el Gobierno español expuso ante el Tribunal de Justicia en la vista— la referida jurisprudencia no parece tener fuerza de ley ni constituir una fuente del Derecho, no es menos verdad que la elaboración de un criterio jurisprudencial —como el definido por el Tribunal Supremo en este caso— responde al objetivo de protección de los consumidores que persigue la citada Directiva. En efecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 y de la concepción general de la

misma se desprende que la finalidad de la Directiva no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores.

De lo anterior se deduce que la Directiva 93/13 no se opone a que se establezca tal criterio.

Por consiguiente, procede responder a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la primera cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato.

Sobre la letra b) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y sobre la segunda cuestión prejudicial del asunto C-94/17

Mediante la letra b) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y la segunda cuestión prejudicial del asunto C-94/17, los órganos jurisdiccionales remitentes piden sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorio pactados en el contrato.

A fin de responder a estas cuestiones prejudiciales, procede recordar que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, el juez nacional que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la

cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 71 y jurisprudencia citada).

Aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, según jurisprudencia reiterada del propio Tribunal de Justicia esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representarían para él una penalización. Tal como ha declarado en lo sustancial el Tribunal de Justicia, en esta perspectiva la anulación de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora aplicable no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que las cantidades que podría reclamarle el prestamista serán necesariamente menores al no aplicarse el mencionado interés de demora (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 33 y 34).

Por lo demás, la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales. En efecto, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 46, y de 31 de mayo de 2018, Sziber, C-483/16, EU:C:2018:367, apartado 32).

En particular, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la

finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma.

Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 90 de sus conclusiones, las anteriores consideraciones resultan aplicables con independencia de la manera en que estén redactadas la cláusula contractual que establezca el tipo de interés de demora y la que establezca el tipo de interés remuneratorio. En particular, tales consideraciones no solo son válidas cuando el tipo de interés de demora se define independientemente del tipo de interés remuneratorio, en una cláusula distinta, sino también cuando el tipo de interés de demora se determina en forma de un incremento de varios puntos porcentuales sobre el tipo de interés remuneratorio. En este último supuesto, al consistir la cláusula abusiva en tal incremento, lo único que exige la Directiva 93/13 es que este se anule.

En el presente caso, sin perjuicio de las comprobaciones que han de llevar a cabo los órganos jurisdiccionales remitentes, de los autos de remisión resulta que la solución por la que se inclina la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales implica que el juez nacional, que ha constatado el carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, deje pura y simplemente sin aplicar tal cláusula o el incremento que los intereses de demora representan en relación con los intereses remuneratorios, sin poder sustituir la cláusula abusiva por disposiciones legales supletorias ni modificar la cláusula en cuestión, y mantenga al mismo tiempo la validez de las restantes cláusulas del contrato, en particular de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la letra b) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la segunda cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a

una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

Sobre la tercera cuestión prejudicial en el asunto C-94/17

Habida cuenta de la respuesta negativa que se ha dado a la segunda cuestión prejudicial en el asunto C-94/17, no procede responder a la tercera cuestión en este asunto».

SENTENCIA DE LA SALA OCTAVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 [Asunto C-845/17]

Concepto de establecimiento mercantil: contrato de compraventa celebrado en un stand de un comerciante durante una feria comercial. Un stand explotado por un comerciante en una feria comercial y en el que este ejerce sus actividades durante unos días al año constituye un «establecimiento mercantil», siempre que, habida cuenta de todas las circunstancias de hecho que rodean a esas actividades y, en particular, de la apariencia del stand y de la información proporcionada en los propios locales de la feria, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda entender razonablemente que el comerciante ejerce sus actividades en ese stand y que está dispuesto a contratar, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional.

«La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2, punto 9, de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 304, p. 64).

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Verbraucherzentrale Berlin e.V., una asociación de consumidores (en lo sucesivo, «asociación»), y Unimatic Vertriebs GmbH (en lo

sucesivo, «Unimatic»), una sociedad de distribución, relativo a la información sobre el derecho de desistimiento del consumidor en el marco de una venta celebrada durante una feria comercial.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Los considerandos 4, 5, 7, 21, 22 y 37 de la Directiva 2011/83 tienen la siguiente redacción:

«(4) [...] La armonización de determinados aspectos de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento con los consumidores es necesaria para promover un auténtico mercado interior para los consumidores, estableciendo el equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de estos y la competitividad de las empresas, al tiempo que se garantiza el respeto del principio de subsidiariedad.

(5) [...] La plena armonización de determinada información facilitada al consumidor y del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento contribuirá a un elevado nivel de protección de los consumidores y a un mejor funcionamiento del mercado interior [...].

(7) Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. [...] Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión. [...]

(21) La noción de contrato celebrado fuera del establecimiento debe definirse como un contrato celebrado con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor, en un lugar distinto del establecimiento mercantil del comerciante, por ejemplo en el domicilio del consumidor o en su lugar de trabajo. Fuera del establecimiento, el consumidor podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del comerciante. La definición de contrato celebrado fuera del establecimiento debe incluir también aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el

establecimiento mercantil del comerciante o a través de un medio de comunicación a distancia. [...] Las compras realizadas en el curso de una excursión organizada por el comerciante durante la cual este promociona y vende los productos que se adquieren deben considerarse contratos celebrados fuera del establecimiento.

(22) Por establecimiento mercantil debe entenderse todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos o camiones) que sirvan al comerciante como local de negocios permanente o habitual. Si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los stands de ferias deben ser tratados como establecimientos mercantiles. La instalación de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma estacional, por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, debe considerarse como un establecimiento mercantil, puesto que el comerciante ejerce allí su actividad de forma habitual. Los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, que el comerciante utilice de forma excepcional para su actividad empresarial así como los domicilios privados o lugares de trabajo no deben considerarse establecimientos mercantiles. [...]

(37) [...] En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, debe permitirse al consumidor que ejerza un derecho de desistimiento, ya que puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica. El ejercicio del derecho de desistimiento debe poner fin a la obligación de las partes contratantes de ejecutar el contrato.»

A tenor del artículo 2 de esta Directiva, titulado «Definiciones»:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

8) “contrato celebrado fuera del establecimiento”: todo contrato entre un comerciante y un consumidor:

- a) celebrado con la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, en un lugar distinto del establecimiento mercantil del comerciante;
- b) en el que el consumidor ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a);
- c) celebrado en el establecimiento mercantil del comerciante o mediante el uso de cualquier medio de

comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del comerciante, con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor, o

d) celebrado durante una excursión organizada por el comerciante con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor;

9) “establecimiento mercantil”:

a) toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma permanente, o

b) toda instalación móvil de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma habitual; [...]

El artículo 5 de dicha Directiva se refiere a los «requisitos de información de los contratos distintos de los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento».

El artículo 6 de dicha Directiva, titulado «Requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento», dispone en su apartado 1 lo siguiente:

«1. Antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el comerciante le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información: [...]

h) cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho de conformidad con el artículo 11, apartado 1, así como el modelo de formulario de desistimiento reproducido en el anexo I, letra B; [...]

El artículo 7 de la Directiva 2011/83, titulado «Requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento», establece en su apartado 1:

«En los contratos celebrados fuera del establecimiento, el comerciante facilitará la información exigida en el artículo 6, apartado 1, al consumidor en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en otro soporte duradero. Dicha información deberá ser legible y estar redactada en términos claros y comprensibles.»

El artículo 9 de dicha Directiva, titulado «Derecho de desistimiento», dispone lo siguiente en su apartado 1:

«Salvo en caso de aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 16, el consumidor dispondrá de un período de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14.»

Derecho alemán

La Directiva 2011/83 fue transpuesta en el Derecho alemán por la Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (Ley de transposición de la Directiva sobre los derechos de los consumidores y de modificación de la Ley reguladora de la intermediación inmobiliaria), de 20 de septiembre de 2013 (BGBl. 2013 I, p. 3642).

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

Unimatic es una sociedad de distribución que comercializa bienes, en particular con ocasión de la feria Grüne Woche («semana verde»), que se celebra cada año en Berlín (Alemania). Resulta de la resolución de remisión que Unimatic vende sus bienes exclusivamente en el marco de ferias.

El 22 de enero de 2015, un cliente encargó en el stand de Unimatic en esa feria un limpiador de vapor/aspiradora por un precio de 1 600 euros. Unimatic no le informó de la existencia del derecho de desistimiento previsto por la ley alemana, con arreglo al artículo 9 de la Directiva 2011/83.

La asociación considera que Unimatic debió haber informado al cliente de la existencia de un derecho de desistimiento, dado que el contrato de compraventa se celebró fuera de un establecimiento mercantil.

En consecuencia, la asociación presentó ante el Landgericht Freiburg (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Friburgo, Alemania) una demanda solicitando que se prohibiera a Unimatic vender sus productos sin ofrecer a los consumidores información acerca del derecho de desistimiento que tienen reconocido.

El Landgericht Freiburg (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Friburgo) desestimó la demanda de la asociación. El recurso de apelación interpuesto por esta fue también desestimado por el

Oberlandesgericht Karlsruhe (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Karlsruhe, Alemania).

En estas circunstancias, la asociación interpuso un recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania).

El órgano jurisdiccional remitente considera que el tenor de las disposiciones de la Directiva 2011/83 no precisa los criterios que permiten apreciar en qué medida, en un caso concreto, el comerciante ejerce su actividad en una instalación «de forma habitual», en el sentido del artículo 2, punto 9, letra b), de esta Directiva.

A este respecto, por una parte, habida cuenta en particular del considerando 22 de la Directiva 2011/83, podría tomarse en cuenta el hecho de que el comerciante utilice de forma habitual un cierto método de venta, es decir, que venda regularmente y no solo de forma ocasional sus productos en una instalación.

Por otra parte, este enfoque tendría como consecuencia que el consumidor que adquiere un bien ofrecido a la venta en el marco de una feria por un comerciante, quien dispone de una tienda «fija» en la que comercializa habitualmente ese mismo bien y solo lo vende ocasionalmente en ferias, estaría amparado por el derecho de desistimiento al que se refiere el artículo 9 de la Directiva 2011/83, mientras que la venta realizada por otro comerciante que vende habitualmente sus bienes en ferias y no dispone de una tienda fija no se consideraría una venta realizada «fuera del establecimiento» y, en consecuencia, no estaría cubierta por el derecho de desistimiento.

Según otro enfoque expuesto por el órgano jurisdiccional remitente, el factor decisivo para apreciar si el contrato se ha celebrado fuera del «establecimiento mercantil», en el sentido del artículo 2, punto 9, de la Directiva 2011/83, no sería la forma en la que el comerciante organiza su actividad comercial, sino la naturaleza del bien vendido. En caso de que se trate de un bien que se vende normalmente en ferias, habría de considerarse que el consumidor debía contar, al acudir a la feria en cuestión, con que tal bien se le ofreciera a la venta. Por el contrario, debería velarse por la protección del consumidor cuando se trate de otros tipos de bienes respecto de los cuales el consumidor no podía esperar que se ofrecieran en esa feria. Este enfoque se basa en la finalidad del derecho de desistimiento previsto por la

Directiva 2011/83, que consiste en proteger al consumidor frente a la celebración precipitada de un contrato en una situación de sorpresa o bajo presión psicológica.

En el enfoque expuesto en el apartado anterior, serían pertinentes las expectativas y la percepción del consumidor. A este respecto, por una parte, sería posible tomar en consideración las expectativas del consumidor cuando toma la decisión de acudir a la feria, ya que esas expectativas están basadas en la información relativa a los bienes o servicios que se ofrecerán en la misma. Por otra parte, a efectos de la interpretación del artículo 2, punto 9, de la Directiva 2011/83, debería atenderse, más bien, a las circunstancias concretas en las que se celebró el contrato en el marco de una feria.

En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Procede considerar que un stand de feria situado en un pabellón y utilizado por un comerciante para vender sus productos durante una feria que tiene lugar durante unos pocos días del año constituye una instalación inmueble de venta al por menor, en el sentido del artículo 2, punto 9, letra a), de la Directiva 2011/83, o una instalación móvil de venta al por menor, en el sentido del artículo 2, punto 9, letra b), de la Directiva 2011/83?»

2) En caso de que se trate de una instalación móvil de venta al por menor:

¿La cuestión de si un comerciante ejerce su actividad “de forma habitual” en stands de feria debe responderse en función:

- a) de cómo organiza el comerciante su actividad, o
- b) de si resulta previsible para el consumidor la celebración de un contrato relativo a los productos en cuestión en esa feria?

3) En caso de que para la respuesta a la segunda cuestión sea determinante el punto de vista del consumidor [segunda cuestión, letra b)]:

¿Para responder a la cuestión de si resulta previsible para el consumidor la celebración del contrato relativo a los productos en cuestión en esa feria debe atenderse a cómo se presenta la feria al público o a

cómo se presenta la feria efectivamente al consumidor en el momento de manifestar su voluntad contractual?»

Acerca de las cuestiones prejudiciales

Mediante sus cuestiones prejudiciales, que proceder analizar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si el artículo 2, punto 9, de la Directiva 2011/83 debe interpretarse en el sentido de que un stand, como el controvertido en el litigio principal, explotado por un comerciante en una feria comercial y en el que este ejerce sus actividades durante unos días al año, constituye un «establecimiento mercantil» en el sentido de esta disposición.

Con carácter preliminar, debe recordarse que la Directiva 2011/83 define el «establecimiento mercantil», por una parte, en su artículo 2, punto 9, letra a), como toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma permanente, y, por otra parte, en su artículo 2, punto 9, letra b), como toda instalación móvil de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma habitual.

El considerando 22 de esta Directiva 2011/83 precisa, a este respecto, que por establecimiento mercantil deben entenderse todo tipo de instalaciones, como tiendas, puestos o camiones, que sirvan al comerciante como local de negocios permanente o habitual.

De este modo, el legislador de la Unión ha previsto que el establecimiento mercantil puede ser una instalación comercial inmueble o móvil, debiendo ejercerse la actividad profesional de forma permanente o habitual.

La Directiva 2011/83 no define qué debe entenderse por una actividad ejercida «de forma permanente» o «de forma habitual» y tampoco se remite a los Derechos nacionales en lo que se refiere al sentido preciso de estos términos.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de la exigencia de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión se desprende que, cuando una de sus disposiciones no remite al Derecho de los Estados miembros en lo que respecta a un concepto concreto, este debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme, que debe efectuarse no solo teniendo en cuenta los términos de

la disposición de que se trate, sino también el contexto de la disposición y el objetivo de la normativa de que forme parte (sentencia de 8 de marzo de 2018, DOCERAM, C-395/16, EU:C:2018:172, apartado 20 y jurisprudencia citada).

Por lo tanto, los conceptos mencionados en el artículo 2, punto 9, letras a) y b), de la Directiva 2011/83 deben ser considerados, a efectos de la aplicación de esta Directiva, conceptos autónomos del Derecho de la Unión que han de interpretarse de manera uniforme en el territorio de todos los Estados miembros.

A este respecto, en primer lugar, debe señalarse que las actividades que un comerciante lleva a cabo en un stand, como aquel al que se refiere el litigio principal, que está instalado en una feria por un periodo de unos días dentro de un año civil, no pueden considerarse ejercidas «de forma permanente», en el sentido habitual de esta expresión.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la expresión «de forma habitual», debe señalarse que, en su sentido usual, cabe entender que esta expresión se refiere bien a una cierta constancia en el tiempo de la actividad en cuestión, bien al carácter normal que reviste el ejercicio de esta actividad en el lugar de que se trate. Por consiguiente, el sentido de esta expresión en el lenguaje corriente no permite, por sí solo, hacer a primera vista una interpretación unívoca de la misma.

No obstante, es preciso tener en cuenta que el hecho de que el comerciante ejerza sus actividades de forma permanente o de forma habitual en un «establecimiento mercantil», en el sentido del artículo 2, punto 9, de la Directiva 2011/83, determina el alcance de la protección del consumidor prevista por esta Directiva.

En efecto, por una parte, los artículos 6 y 7 de la Directiva 2011/83 establecen requisitos de información y requisitos formales en relación con los «contratos celebrados fuera del establecimiento», en el sentido del artículo 2, punto 8, de esta Directiva. Asimismo, los artículos 9 a 16 de la misma reconocen al consumidor un derecho de desistimiento tras la celebración de tal contrato y establecen los requisitos de este derecho y los procedimientos para ejercitarlo. Por otra parte, la definición de «contrato celebrado fuera del establecimiento» hace referencia al

concepto de «establecimiento mercantil», en el sentido del artículo 2, punto 9, de dicha Directiva.

El objetivo de las disposiciones mencionadas en el apartado anterior queda expuesto en particular en el considerando 21 de la Directiva 2011/83, con arreglo al cual, cuando se encuentra fuera del establecimiento mercantil del comerciante, el consumidor puede estar sometido a presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del comerciante. A este respecto, el legislador de la Unión pretendió también incluir aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del comerciante o a través de un medio de comunicación a distancia.

De ello se sigue que el motivo por el cual el legislador de la Unión dispuso, en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento, la protección del consumidor en el supuesto de que, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor no se encuentre en un establecimiento ocupado de forma permanente o habitual por el comerciante consiste en que, cuando el consumidor acude espontáneamente a tal establecimiento, puede contar con que el comerciante le haga una oferta, por lo que después no podrá, en su caso, alegar válidamente que esa oferta le sorprendió.

Asimismo, debe recordarse que el concepto de «establecimiento comercial» ya figuraba en el artículo 1, apartado 1, primer guion, de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO 1985, L 372, p. 31; EE 15/06, p. 131), derogada y sustituida por la Directiva 2011/83.

El cuarto considerando de la Directiva 85/577 establecía que los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del comerciante se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, de este último y que el consumidor no está, de ningún modo, preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido, y, frecuentemente, no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas. Este considerando también precisaba que dicho elemento de sorpresa generalmente se tiene en cuenta no solamente para

los contratos celebrados por venta a domicilio, sino también para otras formas de contrato, en las cuales el comerciante toma la iniciativa fuera de sus establecimientos comerciales.

Habida cuenta en particular de este cuarto considerando de la Directiva 85/577, el Tribunal de Justicia declaró, en los apartados 34 y 37 de la sentencia de 22 de abril de 1999, *Travel Vac* (C-423/97, EU:C:1999:197), que el concepto de «establecimiento comercial», en el sentido de esa Directiva, se refiere a los establecimientos en los que el comerciante ejerce habitualmente sus actividades y que están identificados claramente como locales de venta al público.

En la medida en que del considerando 22 de la Directiva 2011/83 se desprende que esta última Directiva también pretende referirse, con el concepto de «establecimiento mercantil», a aquellos lugares en los que el hecho de que se establezca un contacto comercial con el consumidor no constituye un elemento de sorpresa, la doctrina sentada en la citada sentencia del Tribunal de Justicia para la interpretación de la Directiva 85/577 sigue siendo pertinente para la interpretación del mismo concepto en el sentido de la Directiva 2011/83.

Habida cuenta de estas consideraciones y de las expuestas en el apartado 34 de la presente sentencia, debe entenderse que la expresión «de forma habitual», en el sentido del artículo 2, punto 9, letra b), de la Directiva 2011/83 se remite al carácter normal que reviste, en la instalación de que se trate, el ejercicio de la actividad en cuestión.

Esta interpretación no queda desvirtuada por la circunstancia de que el artículo 2, punto 9, letra a), de la Directiva 2011/83 se refiere, para las instalaciones inmuebles, a las actividades que el comerciante ejerza no «de forma habitual», sino «de forma permanente». En efecto, en el caso de dichas instalaciones, la propia circunstancia de que la actividad en cuestión se ejerza en ellas de forma permanente implica necesariamente que esta tiene carácter «normal» o «habitual» para el consumidor. Teniendo en cuenta que la actividad ejercida en tales establecimientos comerciales tiene carácter permanente, el consumidor no estará desprevenido ante el tipo de oferta que reciba en los mismos.

Por lo que se refiere más concretamente a una situación como la del litigio principal, en la que un comerciante ejerce sus actividades en el stand de una

feria comercial, debe recordarse que, tal como enuncia el considerando 22 de la Directiva 2011/83, si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los stands de ferias deben ser tratados como establecimientos mercantiles.

También resulta de dicho considerando que las instalaciones de venta al por menor en las que el comerciante ejerce su actividad de forma estacional, por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, deben considerarse como establecimientos mercantiles, puesto que el comerciante ejerce allí su actividad de forma habitual. Por el contrario, los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, que dicho comerciante utilice de forma excepcional para su actividad empresarial, así como los domicilios privados o lugares de trabajo, no deben considerarse establecimientos mercantiles.

Habida cuenta de lo anterior, para evaluar en un caso determinado si un stand de feria debe calificarse de «establecimiento mercantil», en el sentido del artículo 2, punto 9, de esta Directiva, debe tomarse en cuenta la apariencia concreta del stand desde la perspectiva del público y, en especial, si a los ojos de un consumidor medio se presenta como un lugar en el que el comerciante que lo ocupa ejerce sus actividades, incluso las estacionales, de forma habitual, de tal modo que el consumidor puede contar razonablemente, al acudir al mismo, con que se le haga una oferta comercial.

A este respecto resulta pertinente la percepción del consumidor medio, esto es, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véanse, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de octubre de 2016, *Canal Digital Danmark*, C-611/14, EU:C:2016:800, apartado 39, y de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc y otros*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 47).

En este contexto, corresponde al juez nacional evaluar la apariencia que el stand en cuestión ofrece al consumidor medio, teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho que rodean a las actividades del comerciante y, en particular, la información proporcionada en los propios locales de la feria. La duración de la feria en cuestión no es, por sí misma, determinante a estos efectos, ya que el legislador de la Unión pretendió, tal como resulta del considerando

22 de la Directiva 2011/83, que el establecimiento en el que el comerciante ejerce su actividad estacional pueda constituir un «establecimiento mercantil» en el sentido del artículo 2, punto 9, de esta Directiva.

Del conjunto de las anteriores consideraciones se desprende que procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 2, punto 9, de la Directiva 2011/83 debe interpretarse en el sentido de que un stand, como el controvertido en el litigio principal, explotado por un comerciante en una feria comercial y en el que este ejerce sus actividades durante unos días al año constituye un «establecimiento mercantil», en el sentido de esta disposición, siempre que, habida cuenta de todas las circunstancias de hecho que rodean a esas actividades y, en particular, de la apariencia del stand y de la información proporcionada en los propios locales de la feria, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda contar razonablemente con que el comerciante ejerce sus actividades en ese stand y con que el comerciante le proponga celebrar un contrato, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional».

SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2018 [Asunto C-51/17]

Consumidores y usuarios: cláusulas abusivas y créditos multidivisa. El ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 no comprende cláusulas que reflejan disposiciones de Derecho nacional imperativas, insertas con posterioridad a la celebración de un contrato de préstamo con un consumidor y que tienen por objeto suplir una cláusula de tal contrato viciada de nulidad imponiendo un tipo de cambio fijado por el Banco Nacional.- Una cláusula relativa al riesgo del tipo cambio debe ser comprendida por el consumidor tanto en el plano formal como en el gramatical y también en cuanto a su alcance concreto, en el sentido de que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no solo ser consciente de la posibilidad de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa extranjera en la que se ha denominado el préstamo, sino también evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.- Corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición

de parte demandante, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello.

«La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 2, 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29; corrección de errores en DO 2015, L 137, p. 13), así como del punto 1, letra i), del anexo de esa Directiva.

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre, por una parte, OTP Bank Nyrt. y OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. (en lo sucesivo, conjuntamente, «OTP Bank») y, por otra parte, la Sra. Teréz Ilyés y el Sr. Emil Kiss (en lo sucesivo, conjuntamente, «prestatarios») en relación con una demanda que tiene por objeto que se declare el carácter abusivo de determinadas cláusulas contenidas en un contrato de préstamo denominado en francos suizos (CHF), desembolsado y amortizado en forintos húngaros (HUF).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Según el decimotercer considerando de la Directiva 93/13:

«Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la [Unión Europea] sean parte; que a este respecto, la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo».

El artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva establece lo siguiente:

«Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las

disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la [Unión] son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.»

El artículo 3 de la misma Directiva tiene el siguiente tenor:

«1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. [...]

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.»

En virtud del artículo 4 de la citada Directiva:

«1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos

términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

El artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva está redactado en los siguientes términos:

«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.»

El anexo de la Directiva 93/13, titulado «Cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3», contiene un punto 1, letra i), con el siguiente tenor:

«Cláusulas que tengan por objeto o por efecto: [...]

i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato».

Derecho húngaro

Ley relativa a las entidades de crédito

En virtud del artículo 203 de la hitelintézetekről és a pénzügyi vállalkozásokról szóló 1996. évi CXII. törvény (Ley n.º CXII de 1996, relativa a las Entidades de Crédito y Empresas Financieras; en lo sucesivo, «Ley relativa a las entidades de crédito»):

«(1) La entidad financiera deberá informar tanto a sus clientes reales como a los potenciales, de manera clara y comprensible, de las condiciones de utilización de los servicios que presta, así como de las modificaciones de estas condiciones. [...]

(6) En caso de contratos celebrados con clientes minoristas mediante los que se conceda un crédito en divisas o que contengan un derecho de opción de compra sobre bienes inmuebles, la entidad financiera deberá explicar al cliente el riesgo que le incumbe en la operación contractual, y el cliente confirmará con su firma que ha quedado enterado».

Ley DH 1

A tenor del artículo 1, apartado 1, de la Kúriának a pénzügyi intézmények fogyasztói kölcsönszerződéseire vonatkozó jogegységi határozatával kapcsolatos egyes kérdések rendezéséről szóló 2014. évi XXXVIII. törvény [Ley n.º XXXVIII de 2014, por la que se regulan cuestiones concretas en relación con la resolución de

la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría) para la unificación de doctrina en materia de contratos de préstamo celebrados por entidades de crédito con consumidores; en lo sucesivo, «Ley DH 1»]:

«La presente Ley se aplicará a los contratos de préstamo celebrados con consumidores entre el 1 de mayo de 2004 y la fecha de entrada en vigor de esta Ley. A efectos de la presente Ley, por “contratos de préstamo celebrados con consumidores” se entenderá cualquier contrato de crédito o de préstamo o contrato de arrendamiento financiero basado en divisas (vinculado a, o denominado en, una moneda extranjera y amortizado en forintos húngaros) o basado en forintos húngaros, celebrado entre una entidad financiera y un consumidor, cuando incorpore condiciones generales de la contratación o condiciones contractuales que no hayan sido negociadas individualmente y que contengan alguna de las cláusulas previstas en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1».

En virtud del artículo 3, apartados 1, 2 y 5, de dicha Ley:

«(1) En los contratos de préstamo celebrados con consumidores serán nulas aquellas cláusulas —con excepción de las cláusulas contractuales que hayan sido negociadas individualmente— en virtud de las cuales la entidad de crédito, para desembolsar el importe de financiación concedido para adquirir el objeto del préstamo o del leasing, disponga la aplicación del tipo de compra y, para amortizar la deuda, la del tipo de venta o la de un tipo de cambio diferente del fijado al efectuar el desembolso.

(2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, en lugar de la cláusula nula a que se refiere el apartado 1 se aplicará, tanto por lo que respecta al desembolso como a la amortización (incluido el pago de las cuotas y de todos los gastos, tasas y comisiones fijados en moneda extranjera), el tipo de cambio oficial fijado por el Banco Nacional de Hungría para la divisa correspondiente. [...]

(5) La entidad financiera deberá efectuar la liquidación de cuentas con el consumidor de conformidad con lo que se disponga en una ley especial.»

El artículo 4 de la misma Ley establece lo siguiente:

«(1) Por lo que respecta a los contratos de préstamo celebrados con consumidores que incluyan

la posibilidad de que se lleve a cabo una modificación unilateral del contrato, se presumirá que son abusivas las cláusulas que formen parte de dicho contrato — con excepción de las que hayan sido negociadas individualmente— que permitan un incremento unilateral de los intereses o un aumento unilateral de los gastos y comisiones [...]

(2) La cláusula contractual a que se refiere el apartado 1 será nula si la entidad de crédito no ha instado [...] la tramitación de un proceso civil o si el órgano jurisdiccional ha desestimado el recurso o ha archivado la causa, salvo que, en el caso de la cláusula contractual, pueda incoarse el procedimiento [...], pero no haya sido incoado, o que, habiéndolo sido, el órgano jurisdiccional no haya apreciado la nulidad de la cláusula contractual con arreglo al apartado 2a.

(2a) La cláusula contractual a que se refiere el apartado 1 será nula si un órgano jurisdiccional ha apreciado su nulidad en virtud de la ley especial en materia de liquidación de cuentas en un procedimiento incoado en interés público por la autoridad de supervisión.

(3) En los supuestos a los que se refieren los apartados 2 y 2a, la entidad de crédito procederá a realizar una liquidación de cuentas con el consumidor en los términos que establezca una ley especial.»

Ley DH 2

De la resolución de remisión se desprende que, con la adopción de a Kúriának a pénzügyi intézmények fogyasztói kölcsönszerződéseire vonatkozó jogegységi határozatával kapcsolatos egyes kérdések rendezéséről szóló 2014. évi XXXVIII. törvényben rögzített elszámolás szabályairól és egyes egyéb rendelkezésekről szóló 2014. évi XL. törvény [Ley n.º XL de 2014 sobre las normas en materia de liquidación de cuentas a las que se refiere la Ley n.º XXXVIII de 2014, por la que se regulan cuestiones concretas en relación con la resolución de la Kúria (Tribunal Supremo) para la unificación de doctrina en materia de contratos de préstamo celebrados por entidades financieras con consumidores, y sobre otras disposiciones; en lo sucesivo, «Ley DH 2»], el legislador húngaro, en particular, obligó a las entidades financieras a regularizar en el plano financiero, mediante una liquidación de cuentas, las ventajas que dichas entidades habían adquirido indebidamente, en detrimento del consumidor, en virtud de cláusulas contractuales abusivas.

Ley DH 3

A tenor del artículo 3, apartado 1, de az egyes fogyasztói kölcsönszerződések devizanemének módosulásával és a kamatszabályokkal kapcsolatos kérdések rendezéséről szóló 2014. évi LXXVII. törvény (Ley n.º LXXVII de 2014 por la que se regulan diversas cuestiones relativas a la modificación de la divisa de denominación de los contratos de préstamo celebrados con consumidores y a la normativa en materia de intereses; en lo sucesivo, «Ley DH 3»):

«Los contratos de préstamo celebrados con consumidores quedarán modificados por efecto de la presente Ley de conformidad con lo dispuesto en ella.»

El artículo 10 de dicha Ley dispone lo siguiente:

«Por lo que respecta a los contratos de préstamo hipotecario en moneda extranjera y a los contratos de préstamo hipotecario basados en una moneda extranjera celebrados con consumidores, la entidad de crédito acreedora estará obligada, dentro del plazo del que dispone para dar cumplimiento a la obligación de liquidar cuentas con arreglo a la Ley [DH 2], a convertir en un préstamo denominado en forintos húngaros la deuda pendiente en virtud de un contrato de préstamo hipotecario en moneda extranjera o de un contrato de préstamo hipotecario basado en una moneda extranjera celebrado con un consumidor, o la deuda total derivada de tal contrato (incluidos también los intereses, las tasas, las comisiones y los gastos que se cobren en la moneda extranjera), establecidas ambas sobre la base de la liquidación de cuentas realizada de conformidad con la Ley [DH 2]. Para efectuar tal conversión, aplicará el tipo de cambio más favorable al consumidor, en la fecha de referencia, de los dos siguientes:

- a) la media de los tipos de cambio de la divisa de que se trate fijados oficialmente por el Banco Nacional de Hungría en el período comprendido entre el 16 de junio de 2014 y el 7 de noviembre de 2014, o
- b) el tipo de cambio de la divisa de que se trate fijado oficialmente por el Banco Nacional de Hungría el 7 de noviembre de 2014.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

El 15 de febrero de 2008, los prestatarios contrataron con ELLA Első Lakáshitel Kereskedelmi Bank Zrt., predecesor jurídico de OTP Bank, un préstamo

denominado en francos suizos, pero desembolsado y amortizado en forintos húngaros (en lo sucesivo, «contrato de préstamo de que se trata»). Este último, garantizado mediante prenda no accesoria, fue denominado en esa divisa sobre la base del tipo de cambio del día. El contrato de préstamo contenía cláusulas que establecían, por una parte, un diferencial entre el tipo de cambio aplicable al desembolso del préstamo y el aplicable a su amortización, que son, respectivamente, el tipo de cambio de compra y el tipo de cambio de venta aplicados por OTP Bank y por su predecesor jurídico (en lo sucesivo, «diferencial cambiario») y, por otra, una opción de modificación unilateral en beneficio del prestamista que le permitía aumentar los intereses, gastos y comisiones (en lo sucesivo, «opción de modificación unilateral»).

El punto 4.7.1 del contrato de préstamo de que se trata establecía que «el deudor estará obligado a ejecutar las obligaciones de pago que le incumben, denominadas en la divisa del préstamo, mediante transferencia de su contravalor en forintos húngaros en la cuenta “crédito” [...] abierta en los libros de [OTP Bank] a efectos del presente préstamo. El deudor estará obligado a cumplir las obligaciones de pago equivalente a más tardar el día de vencimiento de la deuda, según el tipo de venta de la divisa de que se trata, publicado conforme a lo dispuesto en el reglamento interno, proveyendo la alimentación de dicha cuenta, a más tardar el día del vencimiento, con el contravalor en forintos húngaros. El acreedor convertirá en forintos húngaros las obligaciones de pago del deudor, denominadas en divisas, según el tipo de cambio contemplado en el presente punto y correspondiente al día del vencimiento e inscribirá dicho importe en forintos húngaros en el debe de dicha cuenta “crédito”».

El punto 10 del contrato de préstamo de que se trata, titulado «Declaración de comunicación del riesgo», tenía el siguiente tenor:

«En relación con los riesgos del préstamo, el deudor declara que conoce y entiende la información detallada relativa a este extremo que le ha facilitado la acreedora, y que es consciente del riesgo de recurrir a un crédito en divisas, riesgo que él soporta de manera exclusiva. Con respecto al riesgo del tipo de cambio, es consciente, en particular, de que, en caso de que durante el período de vigencia del contrato se produzcan variaciones del tipo de cambio del forinto respecto del franco suizo que resulten desfavorables

(es decir, en caso de depreciación del tipo de cambio del forinto frente al tipo legal de cambio en el momento del desembolso), podría incluso ocurrir que se incremente considerablemente el contravalor de las cuotas de amortización, fijadas en divisas y pagaderas en forintos húngaros. Con la firma del presente contrato, el deudor afirma ser conocedor de que las repercusiones económicas de este riesgo recaen íntegramente sobre él. Declara, además, que ha evaluado cuidadosamente los posibles efectos derivados del riesgo del tipo de cambio y que los acepta, habiendo sopesado el riesgo en función de su solvencia y de su situación económica, y que no podrá presentar frente al banco ninguna reclamación como consecuencia del riesgo del tipo de cambio.»

El 16 de mayo de 2013, los prestatarios interpusieron ante el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría) un recurso de anulación del contrato de préstamo de que se trata, alegando no haber podido apreciar la magnitud del riesgo del tipo de cambio, ya que la cláusula contractual controvertida no había sido redactada en términos claros y comprensibles.

Por otra parte, el 22 de julio de 2013, OTP Bank resolvió dicho contrato por razón de incumplimiento de los prestatarios.

Según OTP Bank, su predecesor jurídico cumplió plenamente su obligación de información por lo que respecta al riesgo del tipo de cambio, conforme a las obligaciones impuestas por el artículo 203 de la Ley relativa a las entidades de crédito.

El Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital) estimó el recurso de los prestatarios mediante resolución de 11 de marzo de 2016. Señaló, en primer lugar, que celebrar un contrato de préstamo en divisas era entonces más favorable y menos oneroso que celebrar un contrato en forintos húngaros. En segundo lugar, OTP Bank debería haber sabido, a la vista de la crisis latente, que el recurso al franco suizo como moneda refugio presentaba considerables riesgos y no advirtió de ello a los prestatarios. Además, la cláusula contractual relativa al riesgo de tipo de cambio no había sido redactada de manera clara y comprensible. Dicho órgano jurisdiccional decidió convertir el saldo de la deuda de los prestatarios en forintos húngaros, como si el contrato de préstamo de que se trata hubiera sido denominado en esa moneda.

OTB Bank recurrió dicha resolución en apelación ante el órgano jurisdiccional remitente, el Fővárosi

Ítéltábla (Tribunal Superior de la Capital, Hungría), alegando que el órgano jurisdiccional de primera instancia no tuvo en cuenta las disposiciones de Derecho húngaro que entraron en vigor después de que los prestatarios presentaran su demanda, en particular lo dispuesto por la Ley DH 2, ni las exigencias de procedimiento que conlleva, a las que el consumidor debe responder como parte demandante en un procedimiento relativo a un contrato de préstamo denominado en divisas.

Los prestatarios, en cambio, solicitan la confirmación de la resolución del Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital). Según ellos, los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Ley DH 1 califican de abusiva, en principio, cualquier cláusula que prevea, bien un diferencial cambiario, bien una opción de modificación unilateral, mientras que, según ellos, las demás cláusulas del contrato, en particular las relativas a la información sobre los riesgos derivados del tipo de cambio, no entran en el ámbito de dichas disposiciones y deben apreciarse caso por caso.

El órgano jurisdiccional remitente recuerda que la Ley DH 1 fue adoptada a raíz, por una parte, de la resolución n.º 2/2014 PJE de la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría) (Magyar Közlöny 2014/91., p. 10975), dictada en un procedimiento de unificación de doctrina civil y, por otra parte, de la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282). El artículo 3, apartado 1, de dicha Ley establece que serán nulas las cláusulas de los contratos de préstamo celebrados con consumidores relativas al diferencial cambiario que no hayan sido negociadas individualmente. Dicha Ley obliga a sustituir tal cláusula, con efectos retroactivos, por una estipulación que establezca la aplicación del tipo de cambio oficial de la divisa de que se trate, calculado por el Banco Nacional de Hungría.

Por otra parte, de la resolución de remisión se desprende que, en la resolución mencionada en el apartado anterior, la Kúria (Tribunal Supremo) declaró que «la cláusula de un contrato de préstamo en divisas celebrado con un consumidor conforme a la cual el riesgo del tipo de cambio recae sin límite alguno sobre el consumidor —como contrapartida de un tipo de interés más favorable— es una cláusula contractual que se refiere a la prestación principal cuyo carácter abusivo, por regla general, no puede ser examinado. Solo puede examinarse y declararse el carácter abusivo de esta cláusula si, en el momento de la celebración del contrato, y teniendo en cuenta el texto

del contrato y la información recibida de la entidad financiera, su contenido no era claro ni comprensible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso. Las cláusulas contractuales relativas al riesgo del tipo de cambio tendrán carácter abusivo y, por consiguiente, el contrato será total o parcialmente inválido cuando el consumidor, debido al carácter inadecuado de la información recibida de la entidad financiera o al retraso en recibir dicha información, pueda fundadamente pensar que el riesgo del tipo de cambio no es real o que recae sobre él de forma limitada».

A continuación, con la adopción de la Ley DH 2 el legislador húngaro obligó a las entidades de crédito a regularizar, mediante una liquidación de cuentas, los importes indebidamente percibidos sobre la base de las cláusulas abusivas contempladas en los artículos 3 y 4 de la Ley DH 1. Por su parte, la Ley DH 3 estableció que los préstamos de que se trata fueran convertidos definitivamente en forintos húngaros al tipo de cambio establecido en su artículo 10 con el fin de eliminar los riesgos derivados del tipo de cambio en el futuro.

El órgano jurisdiccional remitente señala que, mediante la adopción de leyes como la Ley DH 1 y la Ley DH 3, el legislador húngaro intentó solucionar el problema derivado de la conclusión de un elevadísimo número de contratos de préstamo denominados en divisas, en particular anulando el diferencial cambiario e imponiendo la aplicación del tipo de cambio fijado por el Banco Nacional de Hungría. Sin embargo, dicho órgano jurisdiccional indica que, aunque este último tipo es más favorable para el consumidor que el establecido en el contrato de préstamo, sigue siendo el prestatario quien soporta el riesgo de fluctuación del tipo de cambio de la divisa extranjera en relación con la moneda de la amortización en los casos de apreciación de esa divisa o de depreciación de la moneda nacional.

Sin embargo, por una parte, tal sustitución de cláusulas contractuales por disposiciones establecidas en la ley nacional podría provocar, según el órgano jurisdiccional remitente, que estas últimas quedaran excluidas del ámbito de la Directiva 93/13, al no ser «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente», en el sentido de dicha Directiva. Por otra parte, si se calificaran como «cláusulas contractuales», en el sentido de dicha Directiva, la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio podría quedar cubierta por la exclusión establecida en el

artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva, ya que puede constituir una cláusula contractual que «refleje disposiciones legales o reglamentarias imperativas», en el sentido de dicha disposición, por lo que no estaría sometida a las disposiciones de la Directiva 93/13.

En el caso de que la exclusión establecida en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 no se aplicara en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente señala que le incumbiría apreciar si la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio está redactada de manera clara y comprensible, en la medida en que los prestatarios solo recibieron información general sobre el riesgo del tipo de cambio.

En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, al proceder al examen de dicha cláusula, también podría tener en cuenta otras posibles cláusulas abusivas tal como figuraban en el contrato en el momento de su celebración, aunque estas fueron anuladas en una fecha posterior y, en su caso, sustituidas en virtud de disposiciones de Derecho nacional.

Por último, por lo que respecta a la apreciación de oficio de cláusulas abusivas por el juez nacional, el órgano jurisdiccional remitente señala que la Kúria (Tribunal Supremo) ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia teniendo en cuenta, al igual que este último, el respeto del principio dispositivo, según el cual la demanda se resolverá sobre la base de los hechos y de los motivos invocados por las partes y a la vista de la pretensión formulada. De este modo, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si está facultado, incluso obligado, a apreciar el posible carácter abusivo de cláusulas que no hayan sido invocadas por el consumidor en apoyo de su pretensión, en su condición de parte demandante.

Dadas estas circunstancias, el Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Superior de la Capital) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Tiene la consideración de cláusula no negociada individualmente en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 y está, por tal motivo, comprendida en el ámbito de aplicación de esta, una cláusula contractual que hace recaer sobre el consumidor el riesgo del tipo de cambio y que, a causa de la supresión de una cláusula contractual abusiva que establecía un diferencial comprador-vendedor y la

obligación de soportar el correspondiente riesgo del tipo de cambio, se ha convertido en parte del contrato con efectos *ex tunc* como consecuencia de la intervención del legislador llevada a cabo en vista de los litigios en materia de invalidez que afectaban a un gran número de contratos?

2) En caso de que la cláusula contractual que hace recaer el riesgo del tipo de cambio sobre el consumidor esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, ¿debe interpretarse la regla de exclusión del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 en el sentido de que también se refiere a una cláusula contractual que se corresponde con disposiciones legales imperativas en el sentido del apartado 26 de la [sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180)], que han sido adoptadas o han entrado en vigor con posterioridad a la celebración del contrato? ¿Debe incluirse también dentro del ámbito de aplicación de dicha regla de exclusión una cláusula contractual que se ha convertido en parte del contrato con efectos *ex tunc* con posterioridad a la celebración de este como consecuencia de una disposición legal imperativa que subsana la invalidez causada por el carácter abusivo de una cláusula contractual que hace imposible la ejecución del contrato?

3) En caso de que, conforme a las respuestas dadas a las cuestiones anteriores, pueda examinarse el carácter abusivo de la cláusula contractual que hace recaer sobre el consumidor el riesgo del tipo de cambio, ¿debe interpretarse el requisito de la redacción clara y comprensible a que alude el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 en el sentido de que también se satisface este requisito cuando se cumple, en los términos expuestos en los hechos, la obligación de información establecida legalmente y formulada de manera necesariamente general, o también deben comunicarse aquellos datos relativos al riesgo para el consumidor conocidos por la entidad financiera o a los que esta pudiera tener acceso en el momento de la celebración del contrato?

4) ¿Es relevante desde el punto de vista del requisito de la claridad y la transparencia y de lo dispuesto en el apartado 1, letra i), del anexo de la Directiva 93/13 el hecho de que, en el momento de la celebración del contrato, las cláusulas contractuales relativas a la facultad de modificación unilateral y al diferencial comprador-vendedor —que, años más tarde, resultaron ser abusivas— figuraban en el contrato junto con la cláusula relativa a la asunción del

riesgo del tipo de cambio, de modo que, como efecto acumulativo de tales cláusulas, el consumidor no podía en realidad prever en absoluto cómo evolucionarían en lo sucesivo las obligaciones de pago ni el mecanismo de variación de estas? ¿O las cláusulas contractuales posteriormente declaradas abusivas no deben tenerse en cuenta al examinar el carácter abusivo de la cláusula que establece el riesgo del tipo de cambio?

5) Si el tribunal nacional declara el carácter abusivo de la cláusula contractual que hace recaer el riesgo del tipo de cambio sobre el consumidor, ¿está obligado, al determinar las consecuencias jurídicas conforme a las normas de Derecho nacional, a tener en cuenta de oficio, respetando el derecho de discusión de las partes en el procedimiento contradictorio, también el carácter abusivo de otras cláusulas contractuales que no hayan sido invocadas por los demandantes en su recurso? ¿Se aplica también el principio de actuación de oficio con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia si el demandante es consumidor o, habida cuenta de la posición que ocupa en el conjunto del procedimiento el derecho de disposición y de las particularidades del procedimiento, el principio dispositivo excluye, en su caso, el examen de oficio?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

OTP Bank invoca la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales primera a cuarta alegando, en esencia, que tienen naturaleza hipotética y que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión carece de relación con la realidad o con el objeto del litigio principal. Según OTP Bank, el órgano jurisdiccional remitente ha partido del postulado erróneo de que las Leyes DH 1 y DH 3 han tenido como efecto hacer recaer sobre los consumidores el riesgo del tipo de cambio ligado a los contratos de préstamo denominados en divisas. Considera que, en efecto, dichas Leyes, así como las resoluciones de la Kúria (Tribunal Supremo), en particular su Resolución n.º 2/2014 PJE, no han tenido como efecto imponer la modificación *ex tunc* de las cláusulas relativas al riesgo de tipo de cambio, ya presentes en los contratos existentes. De este modo, la Kúria (Tribunal Supremo) declaró que incumbe al juez nacional apreciar el carácter claro y comprensible de la redacción de cada una de las cláusulas sometidas a su apreciación, en aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Las Leyes DH 1 y DH 3 no modificaron el tenor de dicha resolución de la Kúria (Tribunal Supremo).

En lo que atañe a la quinta cuestión prejudicial, OTP Bank alega que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, el juez nacional está obligado a examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. Dado que las partes están de acuerdo sobre este aspecto, no existe relación alguna con la realidad del litigio.

De entrada procede recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco normativo y fáctico definido bajo su responsabilidad, y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible cuando resulta patente que la interpretación solicitada del Derecho Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder eficazmente a las cuestiones planteadas (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2018, Krüsemann y otros, C-195/17, C-197/17 a C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 a C-286/17 y C-290/17 a C-292/17, EU:C:2018:258, apartado 24 y jurisprudencia citada).

Por lo que respecta a la afirmación de OTP Bank de que las Leyes DH 1 y DH 3 no modifican la situación del consumidor en relación con el riesgo del tipo de cambio y que, en consecuencia, las cuestiones prejudiciales revisten carácter hipotético, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente expone, en esencia, que la adopción de tales Leyes tiene, al menos, cierta repercusión sobre ese riesgo.

Ciertamente, de los autos en poder del Tribunal de Justicia, inclusive de la propia resolución de remisión, se desprende que la existencia de tal riesgo se deriva de la naturaleza misma del contrato que, en este caso, se encuentra expresada particularmente en el punto 4.7.1 del contrato de préstamo de que se trata, según el cual el deudor está obligado a cumplir las obligaciones de pago que le incumben, denominadas en la divisa del préstamo, mediante transferencia del contravalor en forintos húngaros, calculado al tipo de cambio de venta de la divisa en el día del vencimiento.

Sin embargo, según el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 3, apartado 2, de la Ley DH 1, en virtud del cual la cláusula sobre el diferencial cambiario, que adolece de nulidad, se sustituye por una disposición que obliga a aplicar el tipo de cambio oficial fijado por el Banco Nacional de Hungría para la divisa de que se trata, así como el artículo 10 de la Ley DH 3, conforme al cual los contratos de préstamo denominados en divisas se convierten ex lege en contratos denominados en forintos húngaros, fijándose el tipo de cambio, en el momento de dicha conversión, sobre la base de una media, tienen siempre como efecto que, en la práctica, el riesgo del tipo de cambio siga recayendo sobre el consumidor.

Pues bien, la presunción de pertinencia, evocada en el apartado 37 de la presente sentencia, no puede quedar desvirtuada por el mero hecho de que una de las partes en el litigio principal rebata la interpretación de las disposiciones del Derecho nacional que lleva a cabo el órgano jurisdiccional remitente y, con ello, la pertinencia de las cuestiones prejudiciales para la resolución del litigio principal. En efecto, el juez nacional es el único competente para esclarecer y apreciar los hechos del litigio de que conoce, así como para interpretar y aplicar el Derecho nacional (sentencia de 8 de junio de 2016, Hünnebeck, C-479/14, EU:C:2016:412, apartado 36 y jurisprudencia citada).

Por lo que respecta a la quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la obligación de que, en determinadas circunstancias, el juez nacional aprecie de oficio motivos que las partes no hayan invocado ante él, se aplica también en un litigio como el principal, en el que el consumidor no es parte demandada, sino demandante.

A este respecto, basta con recordar que, aun cuando haya una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que resuelva la cuestión de Derecho discutida, los órganos jurisdiccionales nacionales conservan plena libertad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si lo consideran oportuno, sin que el hecho de que las disposiciones cuya interpretación se solicita hayan sido ya interpretadas por el Tribunal de Justicia se oponga a que este se pronuncie de nuevo (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 21 y jurisprudencia citada).

En el caso de autos, no resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no

tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, ni que el problema sea de naturaleza hipotética, ni tampoco que el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder eficazmente a las cuestiones planteadas.

De ello se deduce que las cuestiones prejudiciales son admisibles.

Sobre la primera cuestión prejudicial

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente», que figura en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe interpretarse en el sentido de que comprende, en particular, una cláusula contractual modificada por una disposición legislativa nacional imperativa, como el artículo 3, apartado 2, de la Ley DH 1, interpretado en relación con el artículo 10 de la Ley DH 3, adoptada tras la celebración de un contrato de préstamo con un consumidor con el fin de suplir una cláusula viciada de nulidad contenida en tal contrato imponiendo la aplicación de un tipo de cambio fijado por el Banco Nacional para el cálculo del saldo vivo del préstamo.

En virtud del artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva, se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido.

En el caso de autos, habida cuenta de que las cláusulas controvertidas en el litigio principal fueron impuestas por el legislador nacional, resulta obvio que las partes en el contrato no las negociaron individualmente.

Por tanto, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente», que figura en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe interpretarse en el sentido de que comprende, en particular, una cláusula contractual modificada por una disposición legislativa nacional imperativa, adoptada tras la celebración de un contrato con un consumidor y que tiene por objeto suplir una cláusula viciada de nulidad contenida en dicho contrato.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

Con carácter preliminar procede señalar que, tal como ya se ha indicado en el apartado 39 de la presente sentencia y según consta en los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la existencia de un riesgo del tipo de cambio deriva, en este caso, de la propia naturaleza del contrato de préstamo de que se trata, en particular de su punto 4.7.1. Sin embargo, según el órgano jurisdiccional remitente, el mantenimiento de tal riesgo del tipo de cambio también resulta, al menos parcialmente, de la aplicación del artículo 3, apartado 2, de la Ley DH 1, en relación con el artículo 10 de la Ley DH 3, en la medida en que estas disposiciones de Derecho nacional conllevan una modificación ex lege de contratos en curso, consistente en sustituir el tipo de cambio de la divisa en la que está denominado el contrato de préstamo por un tipo de cambio oficial, fijado por el Banco Nacional de Hungría.

De este modo, debe considerarse que, mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el ámbito de aplicación de esta Directiva comprende cláusulas modificadas por el efecto de disposiciones de Derecho nacional imperativas, adoptadas con posterioridad a la celebración de un contrato de préstamo con un consumidor y que tienen por objeto suplir una cláusula de este último viciada de nulidad, imponiendo un tipo de cambio oficial fijado por el Banco Nacional para el cálculo del saldo vivo del préstamo a la vez que hacen que el riesgo del tipo de cambio siga recayendo sobre el consumidor en caso de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa extranjera en la que se ha contratado el préstamo.

Procede recordar que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, que se refiere a las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, establece una exclusión del ámbito de aplicación de esta. El Tribunal de Justicia ha declarado que esa exclusión requiere la concurrencia de dos requisitos. Por una parte, la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y, por otra parte, tal disposición debe ser imperativa (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 27 y 28 y jurisprudencia citada).

Esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto

de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 28).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha declarado que el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta que, en vista del objetivo de la citada Directiva, que es la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas incluidas por los profesionales en los contratos concluidos con estos últimos, la excepción establecida en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva es de interpretación estricta (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 31 y jurisprudencia citada).

Por lo que respecta, en particular, a dicho objetivo, así como a la sistemática general de la Directiva 93/13, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que se basa la protección garantizada a los consumidores, dicha Directiva impone a los Estados miembros, por una parte, en virtud de su artículo 6, apartado 1, que establezcan «que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional» y, por otra parte, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, que prevean medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, apartado 98 y jurisprudencia citada).

En lo que atañe, más concretamente, al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, si bien es cierto que esta disposición exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales», no lo es menos que la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección —ni, por tanto, su contenido sustancial— (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartados 64 y 65).

No se discute en el caso de autos que el artículo 3 de la Ley DH 1 y el artículo 10 de la Ley DH 3 fueron adoptados con posterioridad a la celebración de contratos de préstamo denominados en monedas

extranjeras, al haber considerado el legislador nacional abusiva la cláusula sobre el diferencial cambiario que tales contratos incluían en general y al haber decidido, en este contexto, sustituir el tipo de cambio fijado según las condiciones contractuales por un tipo de cambio definido por el Banco Nacional de Hungría.

De la información de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que tales Leyes fueron adoptadas en un contexto particular, en la medida en que se basan en la resolución de la Kúria (Tribunal Supremo) n.º 2/2014 PJE, dictada para la unificación de doctrina, en la que dicho órgano jurisdiccional resolvió acerca del carácter abusivo o la presunción de carácter abusivo de cláusulas sobre el diferencial cambiario y sobre la opción de modificación unilateral, contenidas en contratos de crédito o de préstamo denominados en divisas y celebrados con consumidores.

De la resolución de remisión se desprende que tanto dicha resolución de la Kúria (Tribunal Supremo) como la Ley DH 1 se basan en la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282).

El Tribunal de Justicia consideró, en el apartado 82 de dicha sentencia, que, en determinadas circunstancias, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, puesto que tal disposición, según jurisprudencia consolidada, pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre ellas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.

En efecto, si no se permitiera al juez nacional sustituir una cláusula abusiva sin la que el contrato de que se trata no podría subsistir por una disposición supletoria nacional, dicho juez se vería obligado a anular el contrato en su totalidad. El consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, pues tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, puede penalizar a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca (véase, en este sentido, la

sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 83 y 84).

Pues bien, en lo que respecta al litigio principal, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que, al sustituir, en virtud del artículo 3, apartado 2, de la Ley DH 1 y del artículo 10 de la Ley DH 3, la cláusula relativa al diferencial cambiario por una cláusula que establece la aplicación, entre las partes en el contrato, del tipo de cambio definido por el Banco Nacional de Hungría en vigor en la fecha del vencimiento, el legislador nacional quiso determinar algunas condiciones relativas a las obligaciones contenidas en los contratos de préstamo de ese tipo.

A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que esta última no se aplica a las condiciones que figuran en el contrato entre un profesional y un consumidor que están determinadas por una normativa nacional (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartado 31).

De ello se deduce que cláusulas contractuales como las contempladas en el apartado 62 de la presente sentencia, que reflejan disposiciones legislativas imperativas, no pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Sin embargo, ello no significa que otra cláusula contractual, como la relativa al riesgo del tipo de cambio, también esté, en su totalidad, excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva y que, por ello, no pueda ser examinada a la luz de esta última.

En efecto, según se ha recordado en el apartado 54 de la presente sentencia, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 es de interpretación estricta. De este modo, el hecho de que determinadas cláusulas que reflejan disposiciones legislativas queden excluidas del ámbito de aplicación de dicha Directiva no implica que la validez de otras cláusulas, que figuran en el mismo contrato y que no son objeto de disposiciones legislativas, no puedan ser apreciadas por el juez nacional a la vista de la citada Directiva.

En este caso, de los autos en poder del Tribunal de Justicia se desprende que las modificaciones que resultan del artículo 3, apartado 2, de la Ley DH 1 y del artículo 10 de la Ley DH 3 no pretendían determinar toda la cuestión del riesgo del tipo de cambio por lo que respecta al período transcurrido entre el

momento de la celebración del contrato de préstamo de que se trata y su conversión a forintos húngaros, en virtud de la Ley DH 3.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las cláusulas contractuales que tratan la cuestión del riesgo del tipo de cambio y no están cubiertas por tales modificaciones legislativas están comprendidas en el ámbito del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, quedando excluidas de la apreciación de su carácter abusivo solo en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 43).

Por otra parte, el hecho de que las condiciones relativas al diferencial cambiario se excluyan de este modo del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 en virtud de su artículo 1, apartado 2, no obsta para que las exigencias que se desprenden de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de esta Directiva, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tal como se ha recordado, en particular, en los apartados 32 a 34 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Sziber (C-483/16, EU:C:2018:367), sigan siendo aplicables a las demás materias cubiertas por dicha Directiva y, en particular, a las normas procesales que permiten garantizar el respeto de los derechos que la citada Directiva reconoce a los justiciables.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el ámbito de aplicación de esta Directiva no comprende cláusulas que reflejan disposiciones de Derecho nacional imperativas, insertas con posterioridad a la celebración de un contrato de préstamo con un consumidor y que tienen por objeto suplir una cláusula de tal contrato viciada de nulidad imponiendo un tipo de cambio fijado por el Banco Nacional. Sin embargo, una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio como la controvertida en el litigio principal no está excluida de dicho ámbito de aplicación en virtud de la citada disposición.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe

interpretarse en el sentido de que la exigencia de que las cláusulas contractuales estén redactadas de manera clara y comprensible implica que la entidad de crédito proporcione información detallada sobre el riesgo del tipo de cambio, en la que figure un análisis de los riesgos en cuanto a las consecuencias económicas que podrían derivarse de una depreciación de la moneda nacional en relación con la moneda extranjera en la que fue denominado el préstamo.

A este respecto, aunque corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente pronunciarse sobre la calificación de cláusulas en función de las circunstancias propias del asunto del que conoce, no deja de ser cierto que el Tribunal de Justicia es competente para deducir de las disposiciones de la Directiva 93/13, en particular las del artículo 4, apartado 2, los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al apreciar una cláusula contractual a la luz de estas disposiciones (sentencia de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 28 y jurisprudencia citada).

Sobre este particular, en el contexto de préstamos denominados en divisas, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que las cláusulas contractuales estén redactadas de manera clara y comprensible no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 44 y jurisprudencia citada).

En lo que atañe a préstamos en divisas como el del litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A — Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1) (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 49).

Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 50).

Por último, tal como precisa el vigésimo considerando de la Directiva 93/13, el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato. En efecto, tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración con el fin de decidir si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 70 y jurisprudencia citada).

En el caso de autos, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, incumbe al órgano jurisdiccional tener en cuenta, en particular, la presencia, en el contrato de préstamo de que se trata, del punto 10, titulado «Declaración de comunicación del riesgo», cuyo tenor se ha reproducido en el apartado 19 de la presente sentencia, interpretado en relación con posible información adicional proporcionada antes de la celebración de dicho contrato. A este respecto, de los autos en poder del Tribunal de Justicia se desprende que los prestatarios recibieron, en particular, una ficha de información adicional relativa al riesgo del tipo de cambio, que contiene ejemplos de cálculo concretos del riesgo en caso de depreciación del forinto húngaro en relación con el franco suizo, circunstancia esta que, sin embargo, corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13

debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible obliga a las entidades financieras a facilitar a los prestatarios información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, tal exigencia implica que una cláusula relativa al riesgo del tipo cambio debe ser comprendida por el consumidor tanto en el plano formal como en el gramatical y también en cuanto a su alcance concreto, en el sentido de que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda no solo ser consciente de la posibilidad de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa extranjera en la que se ha denominado el préstamo, sino también evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que exige que el carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales sea apreciado refiriéndose, en el momento de la celebración del contrato, a todas las circunstancias que rodean tal celebración, así como a todas las demás cláusulas del contrato, aun cuando algunas de esas cláusulas se hayan declarado o presumido abusivas y hayan sido anuladas, en un momento posterior, por el legislador nacional.

Del tenor del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 se desprende que, en una situación en la que la cláusula controvertida versa sobre la definición del objeto principal del contrato, para apreciar si dicha cláusula está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la misma Directiva, procede tener en cuenta, en particular, todas las cláusulas del contrato que figuraban en él en el momento de su celebración, por ser en ese momento cuando el consumidor decide si desea vincularse contractualmente a un profesional adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por este último.

De ello resulta, por lo que respecta al litigio principal, que la posterior entrada en vigor de las Leyes DH 1, DH 2 y DH 3, en la medida en que modificaron de manera imperativa y ex tunc determinadas cláusulas contenidas en el contrato de préstamo de que se trata, no se encuentra entre la serie de circunstancias

que el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta en el marco de la apreciación del carácter transparente de la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio.

De ello se deduce que incumbe al órgano jurisdiccional remitente tomar en consideración el conjunto de circunstancias del litigio principal tal como eran en el momento de la celebración del contrato.

Por tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 4 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que exige que el carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales sea apreciado refiriéndose, en el momento de la celebración del contrato, a todas las circunstancias que rodeaban tal celebración, así como a las demás cláusulas del contrato, aun cuando algunas de esas cláusulas se hayan declarado o presumido abusivas y, por ello, hayan sido anuladas en un momento posterior por el legislador nacional.

Sobre la quinta cuestión prejudicial

Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de las cláusulas de un contrato que este ha celebrado con un profesional.

Según el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Por otra parte, del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 en relación con su vigesimocuarto considerando se desprende que los Estados miembros deben velar por que los órganos judiciales y las autoridades administrativas cuenten con medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha recordado la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en

relación con los profesionales (sentencia de 31 de mayo de 2018, Sziber, C-483/16, EU:C:2018:367, apartado 33 y jurisprudencia citada).

Procede recordar que, habida cuenta de las consideraciones anteriores, el juez nacional deberá apreciar de oficio, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 43 y jurisprudencia citada).

Esta obligación que incumbe al juez nacional ha sido considerada necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que este ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de mayo de 2018, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16, EU:C:2018:320, apartado 31 y jurisprudencia citada).

El Tribunal de Justicia ha juzgado además que, dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de mayo de 2018, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16, EU:C:2018:320, apartado 35 y jurisprudencia citada).

De ello se deduce que la protección ofrecida por la Directiva 93/13 exige que, tan pronto como el juez nacional disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello, señale de oficio, inclusive, en su caso, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, las posibles cláusulas abusivas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor.

En consecuencia, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual,

tan pronto como disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello».

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [Recurso 3849/2017] DE 16 DE JULIO DE 2018

La admisión de todo recurso de amparo se condiciona al cumplimiento del requisito inexcusable de que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional. Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: necesidad de que el órgano judicial agote las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a la notificación por edictos

« [...] El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola de 21 de junio de 2017, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes respecto del procedimiento ejecución hipotecaria núm. 1241-2014, así como contra las actuaciones procesales comprendidas en dicho procedimiento desde el momento del requerimiento de pago llevado a cabo por medio de edictos.

Como con más detalle se ha indicado en el apartado de antecedentes, los recurrentes sostienen que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ([art. 24.1 CE](#)) en dos ocasiones: (i) en cuanto no tuvieron conocimiento del desarrollo del referido procedimiento ni, por lo tanto, pudieron hacer valer en él los medios de defensa que la ley les confiere, como consecuencia de que el juzgado acudió a la notificación y requerimiento de pago por medio de edictos tras el intento infructuoso en la finca hipotecada y sin tratar de averiguar su domicilio real, como exige la jurisprudencia constitucional; (ii) y en cuanto que, ante los intentos de reparar la lesión del derecho fundamental anterior, las resoluciones procesales resultan contrarias a Derecho e incurrían en un formalismo incomprensible en contra de la efectividad del derecho fundamental.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo por considerar vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión ([art. 24.1 CE](#)), mientras que las entidades Caixabank, S.A., y Buildingcenter, S.A.U., oponen un óbice a la admisibilidad del recurso de amparo e interesan su

desestimación por entender que no existe la lesión alegada.

Con carácter previo a cualquier consideración de fondo, debemos delimitar el objeto de debate y dar respuesta a la objeción procesal planteada.

Conforme al criterio de “mayor retroacción” que viene empleando este Tribunal (STC 180/2015, de 7 de septiembre, FJ 3) y que implica conceder prioridad al examen de aquellas causas que, de prosperar, determinarían la retroacción a un momento procesal anterior, lo que haría innecesario un pronunciamiento sobre las restantes (SSTC 25/2012, de 27 de febrero, FJ2, y 90/2010, de 15 de noviembre, FJ 2, y las que en ellas se citan), procede examinar los motivos según el orden con el que se han expuesto, inverso respecto del seguido en la demanda, comenzando, por tanto, con el que denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ([art. 24.1 CE](#)) en relación con la comunicación edictal del procedimiento de ejecución hipotecaria.

A esta primera queja se refiere precisamente el óbice opuesto por las entidades CaixaBank, S.A., y Buildingcenter, S.A.U. De sus alegaciones se desprende que, a su entender, el cumplimiento del requisito de la denuncia previa y tempestiva exigido por el [artículo 44.1 c\)](#) de la [Ley Orgánica del Tribunal Constitucional \(LOTC\)](#) pasaba inexcusablemente por la interposición, en el plazo previsto por el [artículo 228](#) de la [Ley de enjuiciamiento civil \(LEC\)](#), del incidente de nulidad de actuaciones. Al no haberlo hecho así, la parte ejecutada, que planteó en su lugar, desafortunadamente, dicen, un recurso de reposición, no habría cumplido con la mencionada exigencia.

Procede rechazar el óbice opuesto en base a las siguientes consideraciones:

El [artículo 44.1 c\)](#) [LOTC](#), que condiciona la admisión de todo recurso de amparo al cumplimiento del requisito inexcusable de que “se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”, como ha destacado, entre otras muchas, la STC 242/2015, de 30 de noviembre, FJ 6, obedece al deber de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo que tiene como finalidad facilitar que los jueces y tribunales puedan cumplir su función de tutelar los derechos y libertades, así como la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad

fundamental (SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 2; 130/2006, de 24 de abril, FJ 4; 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, y 53/2012, de 29 de marzo, FJ 2, entre otras), dándoles “la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional” (por todas, SSTC 59/2007, de 26 de marzo, FJ 2, y 228/2007, de 5 de noviembre)”.

En el caso que examinamos, en la primera comparecencia, los ahora demandantes, por medio de escrito presentado en fecha 22 de febrero de 2017, manifestaron su voluntad de interponer recurso de reposición contra la diligencia de ordenación de 26 de enero de 2017, que era la última resolución recaída en el procedimiento, y solicitaron “la nulidad de actuaciones”. Según se deja constancia en los antecedentes de esta Sentencia, alegaban en tal escrito que dicha diligencia de ordenación era el primer acto que conocían del procedimiento de ejecución hipotecaria dirigida contra ellos, e invocaban, entre otros, el [artículo 24.1 CE](#) relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, y la doctrina contenida en las SSTC 122/2013, de 20 de mayo, y 86/2015, de 11 de mayo, transcribiendo parte del contenido de la primera.

Como también se ha expuesto, tras ser rechazado este primer intento por la Letrada de la Administración de Justicia, los recurrentes presentaron un segundo escrito en el que solicitaban directamente del juez la declaración de nulidad de las actuaciones con reiteración de las alegaciones precedentes.

Con lo anterior cumplieron los recurrentes con lo que exige el [artículo 44. 1 c\)](#) [LOTC](#) al permitir que el juzgado, hasta en dos ocasiones, se pronunciara sobre la cuestión planteada. Como ha señalado este Tribunal, “lo decisivo es que, a través de las alegaciones que se formulan en la vía judicial, de los términos en que se ha planteado el debate en la vía procesal o de la descripción fáctica o histórica o de los datos o circunstancias de hecho de la violación del derecho fundamental o del agravio del mismo, se permita a los órganos judiciales su conocimiento en orden a que, de un lado, puedan argumentar y pronunciarse sobre la cuestión, y, de otro, reparen, en su caso, la vulneración aducida” ([STC 53/2012](#), de 29 de marzo, FJ 2).

El óbice opuesto por las entidades demandadas, en tanto que toma como punto de partida el acierto del criterio del juez al desestimar el incidente de nulidad por razón de su extemporaneidad, sin entrar en el

examen de la vulneración del derecho fundamental aducida, podría tener su acomodo, como defectuoso agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo, equivalente a la falta de agotamiento [art. 44.1 a) LOTC].

Cabe recordar sintéticamente, con el ATC 198/2010, de 21 de diciembre, FJ 6, que, de acuerdo con nuestra doctrina, “el agotamiento defectuoso de la vía judicial equivale a su falta de agotamiento” (STC 93/2002, de 22 de abril, FJ 3), lo que significa que “cuando la vía judicial precedente se frustra porque el recurso intentado no resulta admisible ha de entenderse incumplido, en principio, el requisito de su agotamiento, deviniendo impracticable, por tanto, la vía de amparo ante este Tribunal” (STC 133/2001, de 13 de junio, FJ 2).

En hipótesis, siguiendo esta línea de razonamiento, la extemporaneidad del incidente de nulidad de actuaciones habría impedido al mismo cumplir con la función que le es propia, de modo que, al no poder pronunciarse el órgano judicial sobre la originaria vulneración del derecho fundamental, no habría quedado preservada tampoco la subsidiariedad del presente recurso de amparo.

Tampoco así concebido el óbice puede acogerse.

Los recurrentes solicitaron ya en el primer escrito presentado en el procedimiento la “nulidad de actuaciones”. En concreto, en dicho escrito pedían al “Juzgado” que decretara “la nulidad de actuaciones desde el momento siguiente a dictar despacho de ejecución”; y, como hemos visto, fundaban tal solicitud en el defecto procesal de relevancia constitucional que ha quedado expuesto.

Sin enjuiciar la validez constitucional de la respuesta, lo que se corresponde con la segunda de las quejas de este recurso de amparo, cabe ahora reparar en que ante este escrito, la calificación y el consiguiente trato procedimental dado por Juzgado obvian la exigencia de atender, más allá del nomen iuris, al verdadero sentido de lo demandado (art. 24.1 CE en relación con arts. 5.1 y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), lo que hubiera llevado a resolver, directamente por parte del órgano jurisdiccional, la solicitud de nulidad de actuaciones. Dicho de otro modo, dejando de lado la cuestión relativa a la idoneidad del recurso de reposición dirigido contra una diligencia de ordenación para denunciar la lesión del derecho fundamental ex artículo 240.1 LOPJ, lo pedido en este primer

escrito exigía, inexcusablemente, una respuesta judicial.

No cabe desconocer, en íntima conexión con lo anterior, que el deber de dación de cuenta que pesa sobre los Letrados de la Administración de Justicia (art. 455 LOPJ) imponía la puesta en conocimiento del juez de dicho escrito en cuanto contenía una pretensión que exige pronunciamiento judicial (art. 178.1 de la Ley de enjuiciamiento civil), como es la nulidad de las actuaciones de un procedimiento de ejecución hipotecaria, pues el artículo 562.2 LEC dispone que “cuando [la] nulidad hubiera sido alegada ante el Secretario judicial o éste entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello”. En este mismo sentido, en las SSTC 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5, y 115/1999, de 14 de junio, FJ 4, hemos destacado la obligación de dar cuenta al titular del órgano judicial de los escritos interesando la revisión de las resoluciones procesales dictadas por los Letrados de la Administración de Justicia y, específicamente, de los escritos que contienen la pretensión de declaración de la nulidad de actuaciones, hasta el punto de considerar lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE las actuaciones procesales que impidieron a los recurrentes obtener una resolución judicial que diera respuesta a las mencionadas pretensiones.

Por todo lo anterior, cabe entender adecuadamente cumplidas en el presente recurso de amparo las exigencias del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con los artículos 49.1 y 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora y, por consiguiente, de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas), exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón contra España, § 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo a fin de hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

En el presente caso, este Tribunal decidió admitir el recurso de amparo al apreciar que concurría en el mismo especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de

este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f]). Esta “negativa”, según viene sosteniendo este Tribunal desde el ATC 26/2012, de 31 de enero, FJ 3 (como recuerda la STC 106/2017, de 18 de septiembre, FJ 2), “no puede ser identificada con ‘la errónea interpretación o aplicación de la jurisprudencia, incluso si fuera objetivable y verificable’ en el caso concreto”. Para el Tribunal se trata de algo radicalmente distinto: “la voluntad manifiesta de no proceder a su aplicación; o dicho en otras palabras, a una decisión consciente de soslayarla (en este sentido, STC 133/2011, de 18 de julio, FJ 3, y 155/2015, de 8 de junio, FJ 2)”.

Es precisamente “el ‘elemento intencional o volitivo’ el que caracteriza este concreto supuesto de especial trascendencia constitucional” (STC 5/2017, de 16 de enero, FJ 2) y lo distingue de un supuesto subjetivo, que no objetivo, de vulneración por inaplicación de la jurisprudencia constitucional. En definitiva, el incumplimiento por sí solo de la doctrina dictada por este Tribunal no puede ser considerado como un supuesto de especial trascendencia constitucional, pero una vez advertida la cualidad que hace del mismo un supuesto de trascendencia constitucional (es decir, la existencia de una negativa manifiesta) este Tribunal debe conocer del recurso y aplicar su doctrina al caso concreto.

Asimismo debe ponerse de relieve que en las SSTC 5/2017, 6/2017, 106/2017, 138/2017, y 5/2018 este Tribunal ha apreciado la concurrencia de dicho elemento intencional en supuestos en los que el órgano judicial, aun conociendo la doctrina constitucional, dado que había sido citada y extractada en lo fundamental en el escrito por el que se promovió el incidente de nulidad de actuaciones, lo resolvió sin hacer consideración alguna sobre ella. Hay que advertir al respecto que en tales casos, al igual que en el presente, se ponía de manifiesto la doctrina elaborada por este Tribunal sobre la interpretación que debía darse del artículo 686.3 LEC, en la redacción generada con la Ley 13/2009, para no incurrir en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el artículo 24.1 CE. Y es que, aparte del elemento volitivo o intencional de incumplimiento, “es necesario que este lo sea referido a una doctrina concreta y precisa del Tribunal, no siendo suficiente cualquier pronunciamiento jurisprudencial que se entienda incumplido” (STC 106/2017, FJ 2).

En el presente caso concurre la especial trascendencia constitucional indicada, puesto que los

recurrentes citaban, tanto en el primer escrito en el que pedían la declaración de nulidad de actuaciones con ocasión del recurso de reposición como en el segundo en que promovían incidente con la misma finalidad, la doctrina consignada en la STC 122/2013, de 20 de mayo, para justificar la obligación del órgano judicial de practicar razonables diligencias de averiguación del domicilio real antes de acudir a la citación edictal. No obstante ello, el juzgado dispensó hasta en dos ocasiones una respuesta que elude cualquier tipo de consideración sobre la dimensión constitucional puesta de relieve, lo que denota una voluntad implícita de no aplicar al caso la referida doctrina constitucional. En definitiva, de las resoluciones impugnadas en amparo puede inferirse una conducta concluyente y patente de incumplimiento de la doctrina constitucional que resultaba aplicable al caso, insistentemente invocada por los ahora recurrentes.

Este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el problema aquí planteado acerca de la comunicación del procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso de que sea negativa la notificación y el requerimiento de pago en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad y, más concretamente, sobre la necesidad de que el órgano judicial agote las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a notificación por edictos.

En concreto, en la citada STC 122/2013, FJ 3, con cita de doctrina precedente, el Tribunal ha afirmado que “cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos (por todas, SSTC 40/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 293/2005, de 21 de noviembre, FJ 2, y 245/2006, de 24 de julio, FJ 2)”. Incluso cuando no conste ese domicilio en las actuaciones habría que realizar otras gestiones en orden a la averiguación del domicilio real (por todas, STC 19/2004, de 23 de febrero, FJ 4, y 126/2006 de 24 de abril, FJ 4), siempre que ello no suponga exigir al órgano judicial una desmedida labor investigadora sobre la efectividad del acto de comunicación (STC 126/1999, de 28 de junio, FJ 4; 82/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 113/2001, de 7 de mayo, FJ 5, y STC 131/2014, de 21 de julio, FJ 2, entre otras).

Para este Tribunal, “desde una estricta perspectiva constitucional, procede realizar una interpretación secundum constitutionem del art. 686.3 LEC, integrando su contenido, de forma sistemática, con el art. 553 LEC, precepto rector de la llamada al proceso de ejecución hipotecaria, y con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal, que tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del art. 24.1 CE, de manera que la comunicación por edictos en el procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado” (STC 122/2013, FJ 5).

La aplicación al presente caso de la doctrina sentada en la STC 122/2013, reiterada en Sentencias posteriores (SSTC 30/2014, 24 de febrero FJ 3; 131/2014, de 21 de julio, FJ 4; 137/2014, de 8 de septiembre, FJ 3; 89/2015, de 11 de mayo, FJ 3; 169/2014, 22 de octubre, FJ 3; 151/2016, de 19 de septiembre, FJ 2; 5/2017 y 6/2017, FJ 2; 106/2017, FJ 4, 138/2017, FJ 3, y 5/2018, FJ 3), conduce a apreciar la vulneración del derecho de los recurrentes en amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Esto no supone el reconocimiento de eficacia retroactiva a la reforma llevada a cabo por la Ley 19/2015, de 13 de julio, sino la aplicación del contenido del artículo 24.1 CE de acuerdo con la doctrina constitucional antes referida.

En efecto, una vez que resultó infructuoso el intento de notificación personal en la finca hipotecada, el Juzgado de Primera Instancia ordenó, sin más trámites, que los deudores fueran notificados del despacho de la ejecución y requeridos de pago por medio de edictos. Pese a que en la escritura de constitución de la hipoteca aportada a las actuaciones constaba el domicilio real de los recurrentes, el juzgado no intentó efectuar ningún acto de comunicación en ese domicilio. Por otro lado, aun cuando de la diligencia negativa de notificación podía inferirse que los destinatarios no tenían su residencia habitual en el citado inmueble, tampoco efectuó el juzgado intento alguno de averiguación de dicho domicilio real a través de medios fácilmente accesibles como el punto neutro judicial, red informática al servicio de la Administración de Justicia, que permite a ésta el acceso a los datos que se contienen en diversos registros y organismos públicos, que éstos suministran al juez con sujeción a la normativa que les es propia (STC 50/2017, de 8 de mayo, FJ 4). En suma, el órgano judicial acudió a la comunicación edictal sin haber

agotado previamente las posibilidades razonables de averiguación del domicilio real de los recurrentes, para proceder a la notificación personal.

La vulneración del derecho garantizado por el artículo 24.1 CE se colige también sin dificultad de la respuesta ofrecida tanto en el decreto de 18 de abril de 2017 como en el Auto resolutorio del incidente de nulidad, resoluciones en las que, según se ha visto más arriba, se elude abordar la cuestión planteada.

Por otra parte, es asimismo doctrina consolidada de este Tribunal que el conocimiento extraprocesal del proceso tramitado, supuestamente sin conocimiento del interesado, pues en caso contrario se vaciaría de contenido constitucional su queja de indefensión, no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas. Debe acreditarse suficientemente para que surta su efecto excluyente de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso, si así se alega. Sin perjuicio de que, como también hemos recordado, del examen de las actuaciones pueda inferirse de manera suficiente y razonada que el interesado tuvo conocimiento extraprocesal de la pendencia del litigio o que no podía ignorar su existencia, lo que asimismo excluiría la indefensión alegada (entre otras muchas, SSTC 26/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 20/2000, de 31 de enero, FJ 5, y 102/2003, de 2 de junio, FJ 3).

En el presente caso resulta que de las actuaciones no puede deducirse que los recurrentes tuvieran conocimiento extraprocesal del proceso de ejecución hipotecaria más que en el momento inmediatamente anterior a su primera comparecencia con solicitud de nulidad de actuaciones. Como se ha indicado en el apartado de antecedentes, el 3 de febrero de 2017 se intentó la notificación en la misma finca hipotecada de la diligencia de ordenación que acordó el lanzamiento de la vivienda, haciéndose constar de manera manuscrita, en la cédula correspondiente, que en la vivienda “hay inquilino”, así como una dirección y un número de teléfono. Fue a raíz de este intento de notificación que los recurrentes pudieron tomar conocimiento extraprocesal de la existencia del procedimiento de ejecución hipotecaria, procediendo inmediatamente a denunciar la lesión de su derecho fundamental.

Los razonamientos expuestos conducen al otorgamiento del amparo, que ha de comportar la declaración de nulidad del Auto impugnado, así como la retroacción de las actuaciones para que se proceda

por el Juzgado a la notificación de la demanda de ejecución hipotecaria y del requerimiento de pago a los recurrentes en términos respetuosos con su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)».

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 5395/2017] DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2018 [Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso]

Propiedad industrial: alcance de la protección de la marca notoria. En el caso de marcas notorias se requiere que la similitud o semejanza de las marcas que se oponen indique una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y evoque en el consumidor medio un vínculo -jurídico o económico- entre ellas. Para determinar la existencia de ese vínculo entre las marcas notorias es preciso que se evidencie la existencia de cierto riesgo de asociación.

«El presente recurso de casación núm. 5395/2017, lo interpone la representación procesal de la mercantil Societé des Produits Nestlé S.A contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Madrid, de 28 de junio de 2017, en el recurso contencioso-administrativo núm. 98/2016.

La sentencia recurrida estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Societé des Produits Nestlé S.A. contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas, de 16 de abril de 2015, que acordó la concesión de la marca mixta núm. 3532870 "Sueldo de tu vida" solicitada por la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) y contra la posterior resolución de 26 de noviembre de 2015, desestimatoria del recurso de alzada. Anula en parte la resolución impugnada y deniega el acceso al registro de la citada marca respecto a los servicios de publicidad de la clase 35 y la confirma en lo restante. Así: «La resolución recurrida concedió el registro de la marca mixta "SUELDO DE TU VIDA" para distinguir los siguientes productos y servicios:

-En la clase 16: Papel, cartón y artículos de estas materias no comprendidas en otras clases; artículos de papelería o para uso doméstico; material para artistas; pinceles; máquinas de escribir y artículos de oficina (excepto muebles); material de instrucción o material

didáctico (excepto aparatos); materias plásticas para embalar (no comprendidas en otras clases); caracteres de imprenta; clichés de imprenta.

-En la clase 35: Servicios de publicidad y servicios de ayuda a la explotación o dirección de empresas comerciales o industriales. Agencias de importación-exportación, exclusiva y representaciones. Servicios de venta al detalle en comercios. Servicios de venta al detalle a través de redes mundiales informáticas.

-Y en la clase 41: Educación; formación; servicios de entretenimiento; actividades deportivas y culturales.

La marca prioritaria oponente se denomina "UN SUELDO PARA TODA TU VIDA" y ampara en la clase 35 "Una frase publicitaria".

La resolución administrativa impugnada concedió el registro de marca impugnado en las presentes actuaciones considerando que puesto que la marca prioritaria está formada por elementos denominativos débiles sin incorporación de elementos adicionales que la pudieran caracterizar, la semejanza denominativa no es suficiente a los efectos pretendidos, adquiriendo relevancia diferenciadora el elemento gráfico que incorpora la marca solicitada y concedida».

La sentencia hoy recurrida sigue la dictada por la misma Sala y Sección con fecha 21 de junio de 2017 - recurso núm. 96/2016 - en el que la marca impugnada concedida era "ONCE mini sueldo de tu vida". Cabe indicar que esta sentencia pende del recurso de casación núm. 6064/2017 cuya votación y fallo está señalada para el próximo 2 de octubre de 2018, y conforme al auto de admisión de 9 de febrero de 2018 se plantea idéntica cuestión.

Este es el tenor literal de la sentencia recurrida - transcribiendo el reseñado precedente- y su ratio decidendi: «(...) no existe riesgo de aprovechamiento indebido de la reputación del signo registrado ya que no hay riesgo de confusión o de asociación sobre el origen empresarial de los signos. La marca ahora concedida tiene un sector específico, el juego, y con un sistema de adquisición del producto totalmente diferente al de la marca oponente, lo que impide obtener la conclusión de que el consumidor que compra un producto que tiene el origen empresarial ONCE y con la marca "ONCE MINI SUELDO DE TU VIDA", lo puede llegar a adquirir creyendo que está comprando un producto alimenticio del origen empresarial, Nestlé, publicitado con la frase "UN

SUELDO PARA TODA LA VIDA". La disparidad de los campos aplicativos y del sistema de adquisición en el mercado de los productos amparados por cada marca, excluye la posible confusión de que el público o los consumidores puedan creer que los productos presentan unas características o que proceden de la misma empresa o de empresas económicamente vinculadas. Y por tanto, la inexistencia de un mínimo riesgo de confusión o asociación entre marcas evita que rija la prohibición del art. 8.1 para marcas notorias».

La Sala de instancia considera, en primer lugar, que el artículo 6.1 b) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM) impide el registro de la marca "Sueldo de tu vida" solicitado por la ONCE al constatarse un riesgo de confusión con la marca prioritaria "Un sueldo para toda tu vida" de Nestlé, puesto que existe una clara similitud fonética y conceptual así como una semejanza de campo aplicativo por lo que concierne a la clase 35 (frases o servicios de publicidad). En relación con el resto de campos aplicativos (clase 16 - productos de papelería- y clase 41 -servicios de educación y entretenimiento-) para los que está registrada la marca concedida que se impugna, el Tribunal a quo no aprecia identidad ni similitud, sin que, a su juicio, la clase registrada por Nestlé posea la entidad suficiente como para tener capacidad obstativa de todo tipo de clases sino sólo de aquellas directamente relacionadas con aquélla.

En segundo lugar, por lo que concierne a la alegada vulneración del artículo 8.1 LM y la protección de la marca notoria o renombrada en aquellos campos aplicativos o servicios protegidos no similares, la Sala de instancia parte de la premisa de que «la protección de las marcas notorias [...] no es absoluta, sino que sigue exigiendo, no identidad de servicios, pero sí un cierto riesgo de confusión o asociación, y así lo precisa la Sentencia del Tribunal Supremo [...] de fecha 21 de julio de 2015 » en la que se afirma que «la protección de toda marca prioritaria, incluso notoria o renombrada, se asienta sobre un riesgo cierto de confusión o asociación con ella, más o menos intenso, pero sin el cual no sería precisa dicha protección». De lo anterior concluye la Sala de instancia que no existe riesgo de aprovechamiento indebido de la reputación del signo registrado al no verificarse un riesgo de confusión o de asociación sobre el origen empresarial de los signos puesto que la disparidad de campos aplicativos (juego, uno; productos alimenticios, otro) y del sistema de adquisición en el mercado de los productos amparados por cada marca excluye el

riesgo de que el público o los consumidores puedan creer que los productos proceden de la misma empresa o de empresas económicamente vinculadas.

SEGUNDO.- La preparación del recurso de casación.

La mercantil Nestlé S.A. preparó contra la misma recurso de casación, exponiendo en su escrito que la sentencia impugnada infringe el artículo 8.1 de la Ley 17/2001, que es transcripción del artículo 4.4 de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, y del artículo 5.3 de la actual Directiva (UE) 2015/2436, del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativas a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas.

Argumenta en síntesis la mercantil recurrente que la sentencia yerra al no estimar la pretensión basada en el artículo 8.1 LM por considerar que no existe riesgo de confusión o asociación que haga necesaria dicha protección, ya que la existencia de ese riesgo es presupuesto de aplicación del artículo 6.1 b) LM, pero no del régimen de protección de la marca notoria. Añade que, contra lo sostenido en la sentencia impugnada, lo único que exige el artículo 8 LM, tal como se desprende de su tenor literal, es una similitud de signos (similitud que, en este caso, ha sido reconocida por la propia sentencia) sin exigir un riesgo de confusión o asociación.

La referida interpretación, sigue alegando la recurrente, infringe la jurisprudencia comunitaria que cita y expone en el escrito de preparación; en particular, y entre otras, la Sentencia del TJUE, de 27 de noviembre de 2008 (Intel Corporation, C-252/2007). Subraya la mercantil que el TJUE ha reiterado en numerosas ocasiones que, para la aplicación del régimen de protección de la marca notoria, no es preciso constatar un riesgo de confusión sino un grado de similitud entre la marca notoria y la posterior, similitud que ha de ser suficiente para que el público relacione ambas marcas estableciendo un vínculo entre ellas. En apoyo de su argumentación señala que la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 1317/2014) puntualiza qué debe entenderse por tal vínculo según la jurisprudencia comunitaria: así, el hecho de que la marca posterior evoque la marca anterior al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, equivale a la existencia de dicho vínculo (económico o jurídico).

Por lo que atañe a la justificación del interés objetivo casacional sostiene la parte que es preciso un pronunciamiento del Tribunal Supremo que clarifique la doctrina de la Sala Tercera que parece exigir la existencia de un cierto riesgo de confusión o asociación como presupuesto de aplicación del artículo 8 LM, a fin de adaptarla a la jurisprudencia europea en la materia.

TERCERO.- El auto de admisión y la cuestión que presenta interés casacional objetivo.

La sentencia impugnada, en lo que aquí interesa, considera que la resolución de la OEPM que acuerda la inscripción de la marca " Sueldo de tu vida" -solicitada por la ONCE para los campos aplicativos 16 (papelería) y 41 (educación y entretenimiento)- no infringe lo dispuesto en el artículo 8.1 LM. Razona la Sala a quo que, a diferencia de lo que ocurre con el campo aplicativo 35 -en el que actúan y prestan sus servicios tanto la ONCE como Nestlé-, no existe en las mencionadas clases 16 y 41 ningún riesgo de asociación o confusión, por lo que no concurre el presupuesto para que entre en juego la protección de la marca notoria que dispensa el artículo 8 LM . Argumenta en este sentido la Sala -adoptando el mismo criterio que en un procedimiento anterior- que «la protección de toda marca prioritaria, incluso notoria o renombrada, se asienta sobre un riesgo cierto de confusión o asociación con ella, más o menos intenso, pero sin el cual no sería precisa la protección».

Por su parte, la recurrente señala que, con arreglo a la jurisprudencia comunitaria, la aplicación de la protección de la marca notoria o renombrada que prevé el citado artículo 8 LM no exige ningún tipo de confusión, bastando la existencia de una similitud entre las marcas que, aunque escasa, sea suficiente para que el público relevante las relacione estableciendo un vínculo entre ambas, aun cuando no las confunda.

El problema jurídico suscitado reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Es preciso aclarar la doctrina de esta Sala en relación con los presupuestos que deben verificarse para que resulte de aplicación la protección que el artículo 8 LM confiere a la marca notoria. Se trata, en particular, de interpretar el citado precepto en orden a determinar si la protección de la marca notoria requiere de un "cierto grado de confusión o asociación" entre las marcas o si basta con que el grado de similitud entre el signo y la marca de

renombre tenga como efecto que el público pertinente establezca un vínculo entre ellas y, en ese caso, qué debe entenderse por tal «vínculo».

CUARTO.- Los argumentos de las partes. Los escritos de interposición y oposición al recurso de casación.

A) La recurrente Société des Produits Nestlé S.A.

Sostiene, en síntesis que, se trata de determinar si la marca solicitada "Sueldo de tu vida" se aprovecha indebidamente de la reputación de la famosa marca "Un sueldo para toda la vida" de la demandante NESTLÉ o si puede suponer un menoscabo para la notoriedad y la distintividad de dicha marca anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.1 LM.

La sentencia infringe el apartado 1 del artículo 8 cuando de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, para que sea aplicable la prohibición de marca notoria no es preciso que exista riesgo de confusión o asociación sino únicamente una similitud entre las marcas anterior y posterior, siempre que sea suficiente para que el público pertinente relacione ambas marcas, es decir, establezca un vínculo entre ellas.

Invoca la sentencia del TJUE de 23 de octubre de 2003 (asunto C-408/01 Adidas-Salomon y Adidas Benelux, apartado 31). Indica que no es preciso que exista riesgo de confusión entre las marcas para aplicar la prohibición basada en aprovechamiento indebido o menoscabo de una marca notoria. En la misma línea se pronuncia la sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2008 (asunto C-252/07 INTEL, apartado 66).

En este mismo sentido, la STS 63/2017, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 1317/2014), refiriéndose expresamente a las mencionadas sentencias del TJUE y entiende la recurrente que el hecho de que los productos/servicios sean diferentes no es motivo per se para desestimar la aplicabilidad del artículo 8.1 LM. Para el requisito de similitud entre marcas, basta que el público relevante las relacione, es decir, que establezca un vínculo entre ambas, aun cuando no las confunda.

Añade que la marca "Sueldo de tu vida" implica aprovechamiento indebido de la reputación de la marca oponente y notoria "Un sueldo para toda la vida", así como menoscabo para su carácter distintivo.

La similitud entre los signos enfrentados no es objeto de debate «siendo innegable que tanto desde el punto de vista conceptual y fonético existe una clara similitud», como reconoce la sentencia.

Por lo que se refiere al perjuicio causado al carácter distintivo de la marca consiste en la debilitación de la capacidad distintiva de la marca en lo que respecta a su función de indicador del origen comercial de los productos o servicios para los que se registró, ya que el uso del signo idéntico o similar por un tercero da lugar a la dispersión de la identidad de la marca y de su reconocimiento en la mente del público.

Y, concluye, la notoriedad de la marca prioritaria "Un sueldo para toda la vida" y la acusada semejanza con ella de la marca impugnada "Sueldo de tu vida" comporta no sólo un peligro constante de menoscabo del elevado carácter distintivo de la marca prioritaria, sino también el aprovechamiento indebido de la fama de ésta y del esfuerzo empresarial de NESTLÉ en su promoción y defensa.

B) La Abogacía del Estado (OEPM).

Alega que ni la norma nacional, ni la comunitaria precisan que exista confusión o asociación, pero requieren además del parecido, la existencia de una conexión.

En la protección de toda marca registrada conforme al artículo 6 LM se parte de la existencia de similitud entre los signos, similitud entre los productos y servicios y un resultado: la confusión o asociación. Por el contrario en la protección especial de las marcas notorias o renombradas registradas se exige la similitud entre los signos, no se requiere la similitud entre productos o servicios, y se exige una conexión.

En el caso concreto examinado, es cierto que existe parecido entre los signos en conflicto "Sueldo de tu vida" y la marca prioritaria oponente "Un sueldo para toda la vida". Sin embargo este parecido no es en sí mismo suficiente para justificar la denegación de esta marca en las clases no relacionadas con la 35, es decir no es suficiente para activar la aplicación del artículo 8.1. Es además necesario un vínculo o conexión como requiere dicho precepto.

Se trata de una frase publicitaria " Un sueldo para toda la vida" que quiere finalmente distinguir un concurso en el que lo que se sortea es un sueldo para toda la vida. Se pretende proteger una marca como ésta de muy débil carácter distintivo intrínseco, dice la

Abogacía del Estado, compuesta exclusivamente por términos descriptivos, frente a productos o servicios no similares no relacionados con los registrados. Si esa protección se concede, no se va a permitir a los competidores realizar concursos similares y, en definitiva, se va a acabar protegiendo por la vía de la marca una idea o concepto comercial. Se crearía un monopolio injustificable.

Si bien hay una similitud entre los signos, no hay un vínculo dado el débil carácter distintivo de la marca anterior.

Y, concluye señalando que la infracción del artículo 8.1 requiere, no necesariamente un riesgo de confusión, pero sí que exista un parecido objetivo entre los signos y además una conexión o vínculo. Y que la existencia de este vínculo debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta la totalidad de los factores pertinentes en cada caso.

Concluye que no existe un uso que modifique el comportamiento económico del consumidor, ni el uso se hace sin justa causa, al tratarse de términos altamente descriptivos que tienen que ser necesariamente usados de manera muy similar por cualquier competidor si quiere poder competir en el mercado.

C) La recurrida (ONCE).

Examina en primer lugar la diferenciación que el artículo 8 LM hace entre marca notoria y renombrada y el distinto alcance de la protección otorgada por una y otra, diferenciación que no existe en la normativa europea de la que surge la jurisprudencia invocada por la recurrente.

La aplicación de la prohibición del artículo 8.1 LM no exige la existencia de un riesgo de confusión entre los signos equiparable al exigido por el artículo 6 LM, pero sí un riesgo de asociación.

Cuando la sentencia de instancia señala que no existe riesgo de aprovechamiento indebido de la reputación del signo registrado ya que no hay riesgo de confusión o de asociación sobre el origen empresarial de los signos, lo que está diciendo es que entre los signos comparados no se produce ese necesario "vínculo", al que hace referencia la jurisprudencia comunitaria para que entre a operar el artículo 8 LM.

El riesgo de confusión no es que el público consumidor confunda una marca con otra y adquiera los productos

del nuevo signo por entender que son los amparados por el anterior, que es el riesgo de confusión que se exige para la aplicación del artículo 6.1.b) LM y que es un riesgo que en un caso como el aquí enjuiciado sería imposible que se diera, dada la total disparidad aplicativa existente entre los signos, sino un riesgo de confusión sobre el origen empresarial, o riesgo de asociación o vinculación entre los signos del que pueda presumirse un aprovechamiento del prestigio o reputación de la marca notoria previamente registrada.

La sentencia de instancia cuando habla de riesgo de confusión no se refiere a la posibilidad de que una marca sea tomada por otra -riesgo de confusión exigido por el artículo 6.1. b) LM-, sino a la posibilidad de que los signos puedan ser asociados, es decir, vinculados respecto a su origen empresarial, que exista entre los signos el vínculo al que hace alusión la jurisprudencia Europea y la Sentencia de lo Civil del Tribunal Supremo citadas por el recurrente o la conexión entre los productos o servicios amparados por la marca de nueva solicitud y el titular de la marca prioritaria y notoria a la que hace referencia el artículo 8.1 LM.

Así el vínculo exigido para la aplicación del artículo 8.1, es el riesgo de asociación respecto al origen empresarial que la sentencia de instancia reconoce como inexistente en el caso de las marcas aquí en liza.

Y aun cuando se pudiera afirmar que la marca solicitada "Sueldo de tu vida", rememore o evoque el nombre de la marca de NESTLÉ, "Un sueldo para toda la vida", lo cierto es que no cabe apreciar que con respecto a los productos y servicios que con la misma se amparan en las clases 16 y 41, su registro pueda implicar una aprovechamiento de la notoriedad o distintividad de la marca oponente ni un menoscabo de su distintividad.

La comercialización de los productos de la nueva marca de la ONCE no se va a ver favorecida o facilitada por una posible asociación o vinculación con la marca de NESTLÉ.

Y termina diciendo que la marca "Un sueldo para toda la vida" es una marca que ha sido reconocida como notoria, pero en ningún caso puede considerarse como renombrada y no ha quedado tampoco acreditado que por parte de la ONCE haya existido aprovechamiento de su reputación o menoscabo de la notoriedad o distintividad.

QUINTO.- La decisión del recurso.

1. En la protección de toda marca registrada conforme al artículo 6 LM se parte de la existencia de identidad o similitud entre los signos, así como entre los productos o servicios y la existencia de un riesgo de confusión o asociación con la marca anterior. Por el contrario en la protección especial de las marcas notorias o renombradas registradas se exige la identidad o similitud entre los signos, no se requiere la similitud entre productos o servicios, y se exige una conexión.

Así el artículo 8.1 LM establece que «No podrá registrarse como marca un signo que sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anteriores aunque se solicite su registro para productos o servicios que no sean similares a los protegidos por dichos signos anteriores cuando, por ser éstos notorios o renombrados en España, el uso de esa marca pueda indicar una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y el titular de aquellos signos o, en general, cuando ese uso, realizado sin justa causa, pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores».

2. Sobre el riesgo de vinculación con las marcas notorias cabe acudir a la reciente sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2018 -recurso de casación núm. 1153/2016- sobre la marca "Cerveza Estrella de Madrid" a la que se oponían -también del sector de la comercialización de cervezas- las titulares de "Estrella Galicia" o "Estrella Madrid", en la que se razona:

«La discrepancia surge por cuanto la sentencia impugnada entiende que es necesario que exista un riesgo de confusión o asociación entre la marca solicitante y la opuesta. Por el contrario, las empresas recurrentes consideran que no era necesario apreciar una similitud tal que determinase un riesgo de confusión entre las marcas notorias y la solicitante sino que bastaba un grado de similitud que, pese a ser ligero, fuese suficiente para que el público estableciese un vínculo entre los distintivos que permitiese aprovecharse indebidamente de la reputación de las marcas notorias inscritas.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo - en tal sentido STS, de 21 de julio de 2015 (rec.3082/2013) entre otras- que las marcas notorias tienen una protección reforzada en dos aspectos: por un lado, el criterio sobre el riesgo de confusión y

asociación con los signos notorios ha de ser más riguroso, puesto que el amplio conocimiento de las marcas notorias por parte del público consumidor puede hacer que signos relativamente diferentes sean sin embargo confundidos o asociados con ellos, precisamente por su amplia difusión y conocimiento; por otro lado y como consecuencia de lo anterior, la marca notoria recibe su protección más allá del estricto ámbito comercial al que pertenece -tanto más allá cuanto más notorio-, hasta llegar a una protección general en el caso de las marcas renombradas.

Ciertamente cuando se trata de marcas notorias no es exigible un riesgo de confusión entre las marcas contrapuestas, entendido como la posibilidad de que el consumidor crea estar comprando o consumiendo el producto amparado por la marca prioritaria, lo que se intenta evitar es que exista un riesgo de asociación o vinculación que haga pensar al consumidor medio que ambos productos, aun diferentes, tienen un mismo origen empresarial, aprovechándose así del prestigio y reputación ganados.

En tal sentido la STJUE de 22 de septiembre de 2011 (Asunto C-323/09) afirma que «[...] en lo tocante al alcance de la protección conferida a los titulares de marcas de renombre, del tenor de las citadas disposiciones se desprende que los titulares de esas marcas están facultados para prohibir el uso por terceros, en el tráfico económico, de signos idénticos o similares a éstos, sin su consentimiento y sin justa causa, cuando ese uso se aproveche indebidamente del carácter distintivo o de la notoriedad de las mencionadas marcas o menoscabe su carácter distintivo o su notoriedad.

[...] El ejercicio de ese derecho por el titular de la marca de renombre no exige que exista riesgo de confusión entre el público pertinente (sentencias antes citadas Adidas-Salomon y Adidas Benelux, apartado 31, y de 18 de junio de 2009, L'Oréal y otros, apartado 36). Por otra parte, en la medida en que los artículos 5, apartado 2, de la Directiva 89/104 y 9, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 40/94 determinan que la marca controvertida y el signo utilizado por el tercero deben presentar un cierto grado de similitud [...].»

Por ello, ya en la STS de 19 de diciembre de 2008 (rec. 5602/2006) se afirmaba que «La interpretación según la cual, si no existe riesgo de confusión o asociación entre los signos no cabe hablar de aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios registrados, ha sido matizada no sólo por esta Sala

sino también por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, en las sentencias dictadas en los Asuntos C-408/01 -ADIDAS- y C-375/97 -GENERAL MOTORS CORPORATION/YPLON, S.A.-, en relación con las marcas renombradas, pero en una doctrina trasladable dentro de su ámbito a la marca notoria, considera que no es exigible que el consumidor confunda o asocie las marcas para apreciar dicho aprovechamiento, sino que considera suficiente que el consumidor establezca un vínculo entre el signo y la marca, siempre que la conozca una parte significativa del público interesado por los productos o servicios amparados por ella».

Y en dicha sentencia se concluía «[...] Es decir, la protección reforzada de la marca notoria actúa no sólo cuando existe riesgo de confusión o de asociación sino también en aquellos supuestos en que la aspirante evoque, sugiera, insinúe o recuerde a la obstaculizadora de tal manera que pueda presumirse la concurrencia de un aprovechamiento indebido de aquélla».

Ello implica que también cuando la confrontación se produce con marcas notorias se precisa que el distintivo que se pretende inscribir evoque o recuerde al que se viene utilizando por éstas últimas, pues en caso contrario no existiría ese riesgo de asociación o vinculación entre la marca cuya inscripción se solicita y el origen empresarial de la marca notoria. Y en ese sentido debe entenderse lo afirmado en la STS nº 1658/2016, de 6 de julio de 2016 (rec. 3712/2015) al señalar «En efecto, una cosa es que dicho riesgo haya de ser apreciado con tanto más rigor cuanto más conocida sea la marca prioritaria, y otra que no sea preciso dicho riesgo para protegerla, lo que carecería de sentido. Así, la protección de toda marca prioritaria, incluso notoria o renombrada, se asienta sobre un riesgo cierto de confusión o asociación con ella, más o menos intenso, pero sin el cual no sería precisa la protección».

3. La sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2008 (asunto C-252/07 Intel), citada por las partes, señala los factores a tener en cuenta para determinar si existe o no un vínculo:

«41. La existencia de un vínculo de ese tipo debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta la totalidad de los factores pertinentes en cada caso (véanse, en relación con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva, las sentencias antes citadas Adidas-Salomon y Adidas Benelux, apartado 30, así como adidas y adidas Benelux, apartado 42).

42. Entre tales factores cabe citar:

- el grado de similitud entre las marcas en conflicto;
- la naturaleza de los productos o servicios para los que se registraron respectivamente las marcas en conflicto, incluido el grado de proximidad o de diferenciación entre dichos productos o servicios, así como el público relevante;
- la intensidad del renombre de la marca anterior;
- la fuerza del carácter distintivo de la marca anterior, bien sea intrínseca o adquirida por el uso;
- la existencia de un riesgo de confusión por parte del público».

4. Es cierto que existe parecido entre los signos en conflicto "Sueldo de tu vida" y la marca prioritaria oponente "Un sueldo para toda la vida". Sin embargo este parecido no es en sí mismo suficiente para justificar la denegación de esta marca en las clases no relacionadas con la 35, es decir no es suficiente para activar la aplicación del artículo 8.1. Es además necesario un vínculo o conexión como requiere dicho precepto.

Aquí no cabe entender que existe un uso que modifique el comportamiento económico del consumidor, sino que lo que existe es un uso de una marca con términos altamente descriptivos que tienen que ser necesariamente usados de manera muy similar por cualquier competidor si quiere poder competir en el mercado.

La infracción del artículo 8.1 requiere no necesariamente un riesgo de confusión, pero sí que exista un parecido objetivo entre los signos y además una conexión o vínculo. Y que la existencia de este vínculo debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta la totalidad de los factores pertinentes en cada caso, y que son los que recoge el párrafo 42 de la STJUE que se acaba de citar.

5. En la citada sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2018 -recurso de casación núm. 1153/2016- se destaca: «Ciertamente cuando se trata de marcas notorias no es exigible un riesgo de confusión entre las marcas contrapuestas, entendido como la posibilidad de que el consumidor crea estar comprando o consumiendo el producto amparado por la marca prioritaria, lo que se intenta evitar es que exista un riesgo de asociación o vinculación que haga pensar al

consumidor medio que ambos productos, aun diferentes, tienen un mismo origen empresarial, aprovechándose así del prestigio y reputación ganados», y añade: «la protección de toda marca prioritaria, incluso notoria o renombrada, se asienta sobre un riesgo cierto de confusión o asociación con ella, más o menos intenso, pero sin el cual no sería precisa la protección».

Para que sea de aplicación el artículo 8 LM, no es necesario que exista un riesgo de confusión, entendiendo por riesgo de confusión la posibilidad de que el público consumidor tome una marca por otra, pero sí se exige un riesgo de asociación, equiparando este denominado riesgo de asociación al vínculo al que hace referencia la jurisprudencia comunitaria, entendido como el riesgo de que el público consumidor pueda considerar que los productos amparados por la marca neófita tienen el mismo origen empresarial que los protegidos por la prioritaria y notoria.

6. Cuando la sentencia de instancia señala que no existe riesgo de aprovechamiento indebido de la reputación del signo registrado ya que no hay riesgo de confusión o de asociación sobre el origen empresarial de los signos, lo que está diciendo es que entre los signos comparados no se produce ese necesario "vínculo", al que hace referencia la jurisprudencia comunitaria para que entre a operar el artículo 8 LM.

La sentencia de instancia cuando habla de riesgo de confusión no se refiere a la posibilidad de que una marca sea tomada por otra (riesgo de confusión exigido por el artículo 6.1 LM), sino a la posibilidad de que los signos puedan ser asociados, es decir, vinculados respecto a su origen empresarial, que exista entre los signos el vínculo al que hace alusión la jurisprudencia Europea y la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo citadas por la recurrente o la conexión entre los productos o servicios amparados por la marca de nueva solicitud y el titular de la marca prioritaria y notoria a la que hace referencia el artículo 8.1 LM.

La propia sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 2 de febrero de 2017, reseña que «el hecho de que la marca posterior evoque la marca anterior al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, equivale a la existencia de dicho vínculo», y añade: «Es decir, la confusión en sentido amplio o riesgo de asociación, incluye aquellos supuestos en que se induce a creer

que entre la persona que emplea el signo cuestionado y el titular de la marca anterior existe un vínculo económico o jurídico (en particular, concesión de licencias) que autorizan su uso».

Así, existe un vínculo entre los signos cuando el consumidor los asocia respecto a su origen empresarial.

El vínculo exigido para la aplicación del artículo 8.1 LM, es el riesgo de asociación respecto al origen empresarial que la sentencia de instancia reconoce como inexistente en el caso de las marcas implicadas.

7. Para apreciar la existencia o no de este vínculo se ha de atender entre otros factores, a la naturaleza de los productos o servicios para los que se registraron las marcas en conflicto y a la existencia de un riesgo de confusión por parte del público consumidor. Aun cuando para apreciar la concurrencia del artículo 8 LM no se requiera la identidad de productos o servicios protegidos, exigencia que sí opera en el artículo 6.1.b) de la Ley, si se requiere examinar el grado de proximidad entre los productos o servicios protegidos por la impugnada y los amparados por la marca concedida y notoria y que la protección de las marcas notorias no es absoluta, sino que se sigue exigiendo, no identidad de productos o servicios, pero sí un cierto riesgo de confusión.

Aquí entendemos que no cabe apreciar que con respecto a los productos y servicios que con la misma se amparan en las clases 16 y 41, su registro pueda implicar un aprovechamiento de la notoriedad o distintividad de la marca oponente. Parece evidente, respecto a los campos reseñados (juego uno, y productos alimenticios, otro), que nada puede hacer pensar que se trate de productos procedentes de un mismo origen empresarial o de empresas vinculadas, con aprovechamiento de su reputación. En este sentido y, a sensu contrario, la tantas veces citada sentencia de 26 de febrero de 2018.

8. Acudiendo de nuevo a la sentencia de la Sala Primera de 2 de junio de 2017 «para que exista infracción es necesario que mediante la evocación de la marca notoria, el empleo del signo controvertido conlleve un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca o perjudique su distintividad o notoriedad», lo que no ha resultado acreditado.

9. La marca "Un sueldo para toda la vida" es una marca que, recoge la sentencia recurrida, ha sido reconocida como notoria, pero no puede considerarse

como renombrada y, reiteramos, no ha quedado tampoco acreditado que por parte de la ONCE haya existido aprovechamiento de su reputación o menoscabo de la notoriedad o distintividad. En este sentido la citada sentencia de la Sala Primera de 2 de febrero de 2017 concluía: «No cabe olvidar que las marcas de la recurrente son notorias, pero no renombradas, y no se ha declarado acreditado que por parte de la demandada haya existido aprovechamiento de su reputación, ni que la marca de la demandada haya menoscabado la mencionada notoriedad, ni su prestigio, ni la distintividad de tales marcas».