

Procesal y Arbitraje

## **Cauces para el control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución.**

### **La STJUE de 17 de mayo del 2022 y la cosa juzgada**

---

Examen de los cauces procesales previstos dentro del proceso de ejecución para el control de oficio y a instancia de parte de las cláusulas abusivas contenidas en contratos con consumidores que son títulos ejecutivos.

#### **FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO**

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El texto originario de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), guardaba silencio sobre el control en el proceso de ejecución de las cláusulas abusivas insertas en los contratos con consumidores: no estaba previsto el control de oficio ni tal causa aparecía recogida como motivo de oposición al fondo de la ejecución en el artículo 557, aunque este control —incluido el de oficio— lo efectuaban nuestros tribunales con base en la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la Directiva 93/13/CEE. Fue la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social, la que introdujo este control en la Ley de Enjuiciamiento Civil, elevando la doctrina comunitaria a rango legal. Veamos el régimen legal de este control y la incidencia que en él tiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo del 2022 (as. C-600/19), que decide la petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en un procedimiento entre MA e Ibercaja Banco, S. A., sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores.
2. Los instrumentos de control previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil son los expuestos a continuación:
  - a) El control de oficio antes del despacho de la ejecución, que está previsto con

posterioridad al que realiza el juez del cumplimiento de los presupuestos procesales de la ejecución ex artículo 551.1 (art. 552.1, II, LEC). Se trata de un control sobre un requisito de fondo y tiene carácter contradictorio: previa tramitación del correspondiente incidente, el juez acordará lo procedente «conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª», es decir, mediante auto en el que decretará «bien la improcedencia (por esta causa de fondo) de la ejecución, bien despachando la misma». La decisión del incidente por el juez se contiene, por tanto, en la misma resolución que deniega o acuerda el despacho de la ejecución y, al pronunciarse sobre una cuestión de fondo debatida, deberá cumplir el requisito constitucional de la motivación. Nada dice la ley sobre el alcance de esa decisión cuando es negativa (declara la inexistencia de cláusulas abusivas y acuerda el despacho de la ejecución); sólo que es irrecurrible, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado (art. 551.4); por tanto, es una resolución que pasa en autoridad de cosa juzgada (formal) y el tribunal del proceso en que haya recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ella (art. 207.3). Interesa subrayar este dato porque, como veremos, en él incide la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea objeto del presente análisis.

- b) El control a instancia del ejecutado formulando oposición al fondo de la ejecución (art. 557.1-7.ª en la ejecución ordinaria y art. 695.1-4.ª en la hipotecaria), sin que la ley contemple incidencia alguna en esta oposición de la que el ejecutado pudo formular en el incidente previo que se abre con el control de oficio. Concluido el incidente de oposición, si «se apreciase el carácter abusivo de una

o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas» (art. 561.1-3.ª y, en parecidos términos, 695.3, II, para la ejecución hipotecaria); y, en caso contrario, declarará procedente que la ejecución siga adelante (art. 561.1-1.ª). Contra el auto que resuelva la oposición —dice el artículo 561.3— «podrá interponerse recurso de apelación, que no suspenderá el curso de la ejecución si la resolución recurrida fuera desestimatoria de la oposición».

En ambos casos —control de oficio o a instancia de parte— la decisión se adopta mediante auto «a los solos efectos de la ejecución» (art. 561.1), pareciendo que el legislador deja abierta la vía del proceso declarativo ordinario. La cuestión que se plantea —y en la que incide también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que estoy analizando— es si en este juicio declarativo posterior puede alegar el ejecutado una cuestión —el carácter abusivo de la cláusula— que ya fue decidida negativamente dentro de la ejecución en un incidente contradictorio —el previo del artículo 552.1, II, o el de oposición a la ejecución— en el que la ley, como antes dije, no limita las alegaciones ni las pruebas (el juez acordará la celebración de vista «si la controversia sobre la oposición no pudiere resolverse con los documentos aportados»: art. 560, II). Obsérvese que, en principio, el artículo 561, al limitar la eficacia del auto que resuelve la oposición *a los solos efectos de la ejecución*, parece dejar abierta la vía a su alegación, pero el artículo 564 la cierra, al exigir que los hechos o actos que se discutan en el declarativo sean

«distintos de los admitidos por esta ley como causas de oposición a la ejecución».

3. El problema que se planteó enseguida, al aplicar este régimen de control previsto en la ley para las cláusulas abusivas, es si los momentos previstos para su realización son o no preclusivos; y, en el caso de que la respuesta fuera negativa, determinar en qué condiciones y hasta qué momento procesal puede el juez apreciar de oficio, o el ejecutado denunciar formulando oposición, la abusividad de la cláusula en el proceso de ejecución (ordinaria o hipotecaria):

- a) Sobre la primera cuestión nuestros tribunales adoptaron una postura negativa con respecto al control de oficio, aplicando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme a la cual «la existencia de un primer control de oficio respecto a una o varias cláusulas contractuales no puede limitar la obligación del juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de las demás cláusulas del contrato en una fase posterior del procedimiento» (conclusiones presentadas por el abogado general en la cuestión prejudicial planteada ante el mencionado tribunal en el asunto C-421/14, *Banco Primus, S. A., contra Jesús Gutiérrez García*). En cambio, sostuvieron el carácter preclusivo del control a instancia de parte, aunque existen pronunciamientos contradictorios. Como dijo el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta, de 14 febrero del 2017 (AC 2017\830), ciertamente, el ejecutado debe esgrimir ese motivo de oposición dentro del plazo para formular oposición a la ejecución y, transcurrido éste, habrá precluido su derecho; aunque ello no impide que pueda plantear la cuestión con posterioridad

para que, previo cumplimiento del trámite del artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juez entre a conocer de oficio sobre ella.

La discusión surgió a la hora de determinar si la admisión de ese segundo control de oficio (o a instancia de parte, si se sostiene la ineficacia preclusiva de la oposición) es general o debe entenderse limitada. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había declarado en esa misma sentencia (as. C-421/14, *Banco Primus, S. A., contra Jesús Gutiérrez García*): «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (que regula la eficacia de cosa juzgada formal de las resoluciones judiciales, que es sinónimo de irrecurribilidad: art. 207.2 LEC) [...], que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada».

«Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada (formal), la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes, o de oficio, cuando disponga de los elementos de

hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas». Parece, pues, que la posibilidad de un segundo control judicial de oficio, la supedita la sentencia a que no haya existido un control (también de oficio) previo con una decisión negativa (sobre el carácter abusivo de la cláusula) susceptible de producir eficacia de cosa juzgada (formal).

- b) La segunda de las cuestiones anteriormente mencionadas (momento preclusivo final para el control) fue objeto de discusión en nuestros tribunales. A juicio del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona antes citado, en los procesos iniciados después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 desaparece el régimen transitorio en ella previsto (que alargaba ese momento hasta el lanzamiento) y habrá que estar a las normas generales y ver en qué momento termina el proceso y, consiguientemente, la posibilidad de declarar en su seno la nulidad de una cláusula del contrato. Y este momento, en el proceso de ejecución (en el caso hipotecaria), es aquel en que se dicta el decreto de adjudicación. En cambio, el acuerdo adoptado en la Jornada de Unificación de Criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Valencia, de 18 de junio del 2015, fue más allá y, generalizando el criterio legal que estaba previsto sólo con carácter transitorio (para los procesos iniciados con anterioridad a la Ley 1/2013), admitió que dicho control podrá realizarse «[e]n tanto no haya culminado el proceso de ejecución con la puesta en posesión del adquirente del bien ejecutado conforme al artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, hasta el momento del lanzamiento». Incluso existían otras posturas restrictivas; por ejemplo, a juicio

del Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 7 de noviembre del 2016 (JUR 2017\13728), «que de oficio pueda declararse la nulidad de una cláusula abusiva en cualquier momento antes del lanzamiento, cuando no se hizo al despachar ejecución ni al resolver el incidente de oposición de plantearse éste, no sólo no tiene sentido, sino que puede suponer, por un lado, una quiebra de la seguridad jurídica, y por otro lado, vulnerar derechos no sólo del ejecutante, sino también de terceros en aquellos supuestos en que sea un tercero, ajeno al ejecutante, quien se adjudica el bien en subasta y luego pide la posesión».

4. Ahora la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo del 2022 fija doctrina sobre ambos problemas —preclusión y momento final para el control en el proceso de ejecución— partiendo de la ya contenida en sentencias anteriores y precisando su alcance. Veamos sus conclusiones:

- a) Sobre la preclusión, dice la sentencia:

Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento

o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo.

En consecuencia:

- 1) La admisibilidad de un control —de oficio o a instancia de parte cuando ha transcurrido el plazo para formular oposición— posterior en el curso del procedimiento cuando ya existió otro (de oficio) inicialmente con resultado negativo (y, en consecuencia, acordando el despacho de la ejecución) no es general, sino limitada a los casos en que la resolución judicial en que se despacha ejecución —que presupone dicho control negativo— no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite que el juez ha realizado el examen sobre la abusividad de la cláusula ni indica que la apreciación efectuada al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del plazo legalmente previsto. Dicho con otras palabras, para que el control posterior —de oficio o a instancia de parte— quede excluido, será necesario que la resolución que acuerde el despacho de la ejecución contenga una motivación, siquiera sucinta, sobre la exclusión de la abusividad de la cláusula y que en ella se indique no sólo que el

ejecutado puede hacer valer la cuestión oponiéndose a la ejecución (previsión que se encuentra en el artículo 551.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino que, si no lo hace en ese momento, la abusividad de la cláusula ya no podrá cuestionarse ni de oficio ni a instancia de parte.

La sentencia incide así en el sistema de control de la Ley de Enjuiciamiento Civil, excluyendo que la resolución que decide el incidente contradictorio del artículo 552.1, II, cuando acuerda el despacho de la ejecución por no apreciar la abusividad de la cláusula, aunque sea irrecurrible y produzca el efecto de cosa juzgada formal, impida el examen posterior de la cuestión de oficio por el mismo juez, o a instancia de parte fuera de los límites preclusivos (oposición a la ejecución) cuando en aquel control inicial no se cumplen los dos requisitos indicados. Por el contrario, cuando se cumplen, prevalece la eficacia de cosa juzgada formal de la resolución: «... el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha considerado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13».

- 2) Como digo, cuando existe el incumplimiento de las condiciones indicadas, el plazo para formular oposición no tiene carácter preclusivo para el ejecutado, que podrá hacer valer la abusividad de la cláusula en un momento posterior dentro de la ejecución y, precluida la posibilidad de hacerlo dentro de ésta

(cuestión que examino a continuación), en el juicio declarativo posterior. Se rectifica así el criterio del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, antes citado, que mantuvo el carácter preclusivo del plazo de oposición en todo caso, sin perjuicio de que el ejecutado pudiera hacer valer la abusividad de la cláusula con posterioridad a los efectos de facilitar el control de oficio del juez. Y se admite que, en tal caso, el consumidor acuda al juicio declarativo posterior, aunque el supuesto no encaje en la literalidad del artículo 564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que antes veíamos.

- b) Sobre el momento preclusivo dentro del procedimiento para efectuar el control de oficio o a instancia de parte, dice la sentencia:

Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas.

El momento preclusivo se fija, pues, cuando la transmisión de la propiedad al

adjudicatario se ha consumado, no cuando se le ha puesto en posesión del bien al amparo del artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En nuestro ordenamiento, en el que hay que distinguir entre el perfeccionamiento de la transmisión o «venta» y su consumación, el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición; es decir, es aplicable a ella la exigencia general del título y el modo para que se produzca el efecto traslativo de la propiedad (art. 609, II, del Código Civil). Y, en el proceso de ejecución, la «venta» se perfecciona cuando se dicta el auto de aprobación del remate, que constituye el título de la transmisión, común a la subasta de muebles y de inmuebles; el modo o *traditio*, en cambio, varía en uno y otro caso: la puesta en posesión de los bienes, en el caso de que sean muebles (art. 650.1) y, cuando sean inmuebles, la entrega del testimonio del letrado de la Administración de Justicia comprensivo del auto de aprobación del remate y en el que se exprese que se ha consignado el precio, testimonio al que se refiere el artículo 673.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; éste será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, determinante tanto de la posibilidad de su inscripción a nombre del adquirente como también del momento preclusivo final para la interposición de una tercería de dominio (*cfr.* art. 596.2) y ahora para hacer valer la abusividad de una cláusula contractual.

En todo caso, la fijación de este límite preclusivo para controlar la existencia de cláusulas abusivas se ve condicionada por la sentencia a que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un proceso de

ejecución pueda hacer valer sus derechos «en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas». La aplicación de esta exigencia supone reconocer al consumidor los mismos derechos que otorga el artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al verdadero titular del bien embargado (erróneamente) en el proceso de ejecución: «Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los

bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva». Pero lo anteriormente dispuesto «se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación». Estas acciones quedan fuera del proceso de ejecución y, en consecuencia, pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el ámbito del juicio declarativo posterior que el ejecutado puede promover.