

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2017 (526/2017)**

**Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.  
Ámbito temporal del mismo.**

Comentario a cargo de:  
M<sup>a</sup> BELÉN MERINO ESPINAR  
Registrador de la Propiedad

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE SEPTIEMBRE DE  
2017**

**ROJ:** STS 3373/2017 - **ECLI:** ES:TS:2017:3373

**ID CENDOJ:** 28079119912017100030

**PONENTE:** EXCMO. SR. DON PEDRO JOSE VELA TORRES

**Asunto:** Declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de fijación de intereses moratorios. Control judicial de oficio. Límites a la excepción de cosa juzgada

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Marco legislativo aplicable. 5.2. Reformas posteriores. 5.3. Jurisprudencia del TS sobre el efecto de cosa juzgada de los pronunciamientos recaídos en un proceso ejecutivo en un proceso declarativo posterior. 5.4. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el ámbito material y temporal del control de oficio por el Juez nacional del carácter abusivo del clausulado de los contratos con consumidores. 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía.**

## **1. Resumen de los hechos**

El 11 de septiembre de 2007 demandantes y demandada suscribieron un contrato de préstamo hipotecario. Ante el incumplimiento de las obligaciones de devolución del capital e intereses correspondientes a los meses de julio a octubre del año 2008 el acreedor hipotecario instó procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se despachó ejecución por auto de 2 de febrero de 2009. El 18 de noviembre de 2010 se produjo la subasta de las dos viviendas hipotecadas para cubrir la deuda, y mediante decreto de 1 de diciembre de 2010 se adjudicaron ambos inmuebles a la parte ejecutante.

Tres años después el deudor hipotecario ejecutado interpone demanda contra el acreedor hipotecario Celeris Servicios Financieros SA EFC, solicitando se declaren nulas por abusivas algunas de las cláusulas de aquel préstamo hipotecario ya ejecutado, entre ellas las cláusulas relativas a gastos, vencimiento anticipado, pacto de liquidez y fijación de intereses moratorios, reclamando en compensación de manera subsidiaria y sucesiva, una serie de indemnizaciones pecuniarias decrecientes ante la imposibilidad de anular el procedimiento de ejecución hipotecaria. Demanda que correspondió al Juzgado de lo Mercantil 2 de los de Bilbao, autos de procedimiento ordinario 642/2013 dictándose sentencia el 16 de enero de 2014, estimando parcialmente la demanda interpuesta.

La sentencia recaída en primera instancia fue recurrida por la parte demandada ante la Audiencia Provincial de Bizkaia con el número de rollo 229/2014, dictándose sentencia de 4 de diciembre de 2014 estimando totalmente el recurso, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando totalmente la demanda interpuesta.

Contra la sentencia recaída en apelación se interpuso por la representación de los demandantes recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación con número de recurso 392/2015 en el que se dictó sentencia de sala constituida en pleno de fecha 27 de septiembre de 2017 siendo ponente D. Pedro Jose Vela Torres, estimando el recurso de infracción procesal, anulando y dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia Provincial

## **2. Solución dada en primera instancia**

En la demanda, interpuesta el 4 de julio de 2013 se sostiene, en síntesis, que el contrato de préstamo fue redactado de manera unilateral por la demandada sin que los actores tuvieran posibilidad alguna de negociación o modificación y que presenta un importante desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes, que es contrario a las exigencias de la buena fe. Considera que son abusivas, la Cláusula 5ª de gastos, la cláusula 6ª de interés de demora, la 6º bis de resolución anticipada por impago de cualquier cantidad adeudada por el principal, intereses o cantidades adelantadas por la parte acreedora, y

la cláusula 7-4 en cuanto al pacto de liquidez al fijar que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por la parte acreedora en la forma convenida por las partes en el contrato.

La demandada se opuso, alegando la extemporaneidad del ejercicio de la acción de nulidad por haber sido ya resuelto el contrato de préstamo y haberse seguido procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se realizó liquidación de intereses que fue aprobada sin que los demandantes formularan objeción alguna; caducidad de la acción al haber transcurrido más de seis años desde que se suscribió el contrato y subsidiariamente el carácter de no abusivas de las cláusulas cuestionadas. También alegó en trámite de audiencia previa la concurrencia de la excepción de “cosa juzgada”, rechazada en el mismo acto.

El Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao en autos civiles de procedimiento ordinario 642/2013 dictó sentencia de 16 de enero de 2014 por la que se estimó parcialmente la demanda planteada por los demandantes. La sentencia desestima la caducidad de la acción al considerar que en la fecha de interposición de la demanda no había transcurrido el plazo de 4 años desde el cumplimiento del contrato, por entender que el cómputo de dicho plazo se inicia en la fecha en la que fueron adjudicados a la ejecutante los inmuebles hipotecados. No entra en el examen de las cláusulas impugnadas ajenas a la ejecución, desestima la pretensión de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y pacto de liquidez y declara la nulidad de la cláusula 6<sup>a</sup> del préstamo con garantía hipotecaria concertado por las partes en fecha 11 de septiembre de 2007 y que fijaba un interés de demora del 29,564%, condenando a la demandada a reintegrar a los actores la cantidad de once mil cuarenta y ocho euros con diecinueve céntimos, importe al que ascendía la diferencia resultante entre el importe por el que se adjudicaron las fincas en subasta (250.233 euros) y la cantidad reclamada en concepto de principal en el procedimiento de ejecución hipotecaria (239.184,81 euros), como cantidad equivalente a la liquidación de los intereses de demora satisfecha.

### **3. Solución dada en apelación**

La demandada interpone recurso de apelación aduciendo falta de motivación de la sentencia e incongruencia por declarar la abusividad de la cláusula de intereses de demora que no fue impugnada en el juicio ejecutivo, ni en la resolución procesal de liquidación de intereses, error en la valoración de la prueba, y aplicación indebida de las disposiciones de aplicación al caso contenidas en la ley 1/2013 de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. La resolución de este recurso correspondió a la Sección cuarta de la Audiencia provincial de Bizkaia con el número de rollo 229/2014, recayendo sentencia en fecha 4 de septiembre de 2014.

La sala, recordando que es doctrina jurisprudencial pacífica que la cosa juzgada puede ser apreciada de oficio, al no afectar exclusivamente a un inte-

rés particular y atendiendo al marco legislativo y jurisprudencial en el que se siguió el procedimiento de ejecución (el procedimiento de ejecución se siguió antes de la entrada en vigor de la ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores, pero con posterioridad a las resoluciones del TJUE casos Océano, Cofidis y Panon de 4 de diciembre de 2007, y Mostaza Claro de 26 de octubre de 2006), entiende que en base a la jurisprudencia del TJUE previas al procedimiento ejecutivo seguido, se pudo alegar en el proceso de ejecución el carácter abusivo de la cláusula que establece el interés de demora o haber formulado entonces demanda de juicio ordinario interesando la nulidad de las cláusulas del contrato de préstamo por abusividad, y en consecuencia estima totalmente el recurso de apelación, revoca la sentencia apelada y desestima totalmente la demanda interpuesta.

#### **4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo**

La parte demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, ante el Tribunal Supremo, basado en un único motivo; infracción de los artículos 222-1, 400-2, 557 y 695 y 698 LEC en su redacción anterior a la ley 1/2013, cuestionando la apreciación de la excepción de cosa juzgada, puesto que conforme a la legislación vigente al tiempo de la ejecución hipotecaria, no era posible oponer en dicho procedimiento la existencia de cláusulas abusivas, y estas cuestiones debían ventilarse en el juicio declarativo correspondiente, art 698 LEC.

#### **5. Doctrina del Tribunal Supremo**

El Tribunal Supremo en sus considerandos hace un estudio del marco legislativo aplicable en las fechas de tramitación de la ejecución hipotecaria y sus reformas posteriores; de la jurisprudencia del TJUE poniendo de manifiesto las insuficiencias del sistema de ejecución hipotecaria español, aplicable en dichas fechas, en la medida en que no contemplaba el control de oficio de las cláusulas abusivas por el juez que conocía de la ejecución, y ni siquiera facilitaba a los ejecutados un cauce procedimental para denunciar la abusividad de dichas cláusulas en cuanto hubieran podido servir de fundamento a la ejecución, así como de la propia jurisprudencia del TJUE a la hora de determinar la competencia del juez nacional para entrar a valorar y enjuiciar incluso de oficio la posible abusividad de aquellas cláusulas en las que se funde la ejecución.

Reconoce el alto Tribunal la doctrina del TJUE reiterada de manera constante en múltiples resoluciones desde la sentencia de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), estableciendo la obligación de los jueces nacionales de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores, incluidos en el ámbito de aplicación de la

Directiva 93/13 “tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello”.

Pero puntualiza el Tribunal Supremo esta línea jurisprudencial, en el sentido de entender que esta facultad/deber de control por el juez nacional fue matizada en cuanto a sus efectos temporales por la sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016, C-168/15 al reconocer el Tribunal de Luxemburgo que sólo a partir de la sentencia del caso Pannon GSM de 4 de junio de 2009 indicó de manera clara y contundente que el papel que el derecho de las Unión atribuye al Juez nacional no se limita a una mera facultad de pronunciarse sobre el posible carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Por todo ello entiende el alto Tribunal que dado que cuando se despachó la ejecución en el procedimiento hipotecario no era todavía inconcuso en la jurisprudencia comunitaria que el juez, ante la falta de oposición de la parte ejecutada, tuviera que examinar de oficio si el contrato que constituía el título ejecutivo contenía cláusulas que siendo determinantes de la ejecución, pudieran resultar abusivas para el consumidor ejecutado, y dado que la legislación procesal vigente en dicha fecha, no permitía oponerse a la ejecución mediante la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el título, no puede apreciarse la concurrencia de cosa juzgada y procede estimar el recurso extraordinario por infracción procesal, anulando y dejando sin efecto la sentencia dictada en apelación y como quiera que el fundamento del recurso de casación es el mismo, procede confirmar la sentencia del Juzgado de lo mercantil. La parte demandante no recurrió, sino que lo hizo exclusivamente la demandada ciñéndose la controversia en segunda instancia a la cosa juzgada y a la abusividad de la cláusula de intereses moratorios y como quiera que lo resuelto por el Juzgado de lo mercantil en cuanto a dicha cláusula es acorde con la jurisprudencia de la Sala en la materia, debe ratificarse su pronunciamiento.

### *5.1. Marco legislativo aplicable*

Tal y como resulta del considerando Tercero de la sentencia comentada, el marco legislativo aplicable en las fechas de tramitación de la ejecución hipotecaria, relevante para este caso, venía contenido básicamente en los art. 695 y 698 LEC en su redacción vigente a la fecha, complementados por el art 564 LEC, y art 552 LEC en cuanto al control de oficio por el Juez.

Recordemos aquí cual era la redacción entonces vigente de dichos artículos:

*Artículo 564. Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución.*

*Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se pro-*

*dujesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda.*

*Artículo 695. Oposición a la ejecución.*

*1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 1.ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía. 2.ª **Error en la determinación de la cantidad exigible**, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado... 3.ª En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.*

*2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.*

*3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1.ª y 3.ª del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.ª fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.*

*4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno.*

*Artículo 698. Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores.*

*1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.*

*La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.*

*2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se*

*asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.*

*El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.mn*

*3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención.*

*Artículo 552. Denegación del despacho de la ejecución. Recursos.*

*1. Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución.*

*2. El auto que deniegue el despacho de la ejecución será directamente apelable, sustanciándose la apelación sólo con el acreedor. También podrá el acreedor, a su elección, intentar recurso de reposición previo al de apelación.*

*3. Una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a éste la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución.*

El primero de estos artículos regula el ámbito y procedimiento por el que cabe plantear en juicio declarativo cuestiones que no pudieron ser planteadas en el juicio ejecutivo previo concluido, sin que resulte aplicable la excepción de cosa juzgada. El segundo de los artículos contiene el listado tasado de motivos de oposición a la ejecución hipotecaria que el ejecutado podía alegar en la misma ejecución, entre los que no se encontraba, al menos de manera expresa y clara, la alegación de nulidad por abusividad de cláusulas del contrato de las que derivara la ejecución. El tercero de dichos artículos establece que el procedimiento y los efectos del mismo en la ejecución en trámite para la alegación del resto de los motivos o causas de oposición que no pueden tramitarse en el propio procedimiento ejecutivo. Y el cuarto de los artículos referidos determina el ámbito del principio de preclusión de alegaciones y fundamentos de derecho, complemento indisoluble del principio de cosa juzgada.

## *5.2. Reformas posteriores*

De los artículos reseñados como relevantes en la materia que nos ocupa los art 695 LEC y el at 552 LEC han sido objeto de sucesivas reformas en el periodo de tiempo comprendido desde la celebración del contrato de préstamo hipotecario cuestionado y la presente sentencia del Tribunal Supremo.



Las insuficiencias del sistema de ejecución hipotecaria español, respecto a la oponibilidad de la abusividad de las cláusulas contenidas en un contrato de préstamo hipotecario por razón de la Directiva 93/13, puestas de manifiesto por la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), motivaron la promulgación de la ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Ley que, entre otras materias, introdujo norma expresa sobre el control de oficio en el ámbito de la ejecución judicial, y la posibilidad de que el ejecutado denunciase las cláusulas abusivas en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria.

Se introduce el control de oficio judicial, en el art 552 LEC con un nuevo apartado de su punto primero:... *“1. Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución.*

*Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª”*

Posteriormente se amplía el plazo de audiencia de cinco a quince días, por ley 8/2013 de 26 de junio.

En la misma ley se introduce un apartado 4º en el artículo 695 LEC, las consecuencias de su estimación y las posibilidades de recurso: *“1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: –... 4.ª El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible...*

*...De estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.*

*4.- Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.”*

La redacción del apartado 4.- no pudo ser más desafortunada, ya que mantuvo el criterio tradicional de que solo el sobreseimiento o inaplicabilidad de una cláusula abusiva podía ser objeto de recurso de apelación. La consecuencia es clara; sólo el acreedor hipotecario estaba legitimado para el recurso de apelación cuando la oposición del ejecutado hubiera sido aceptada total o parcialmente por causa de abusividad, no siendo posible para el ejecutado la apelación del auto que desestimara su causa de oposición.

Por Real Decreto Ley 11/2014 de 5 de septiembre, y ley 9/2015 de 25 de mayo, se modifica el apartado 4, para salvar dicha falta de legitimación para recurrir del ejecutado: *“Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1-4º anterior, podrá interponerse recurso de apelación”.*

Junto a todas estas modificaciones mediante las correspondientes disposiciones transitorias se estableció el régimen transitorio aplicable a los procedi-



mientos de ejecución hipotecaria en curso. Régimen transitorio que entendemos no resulta aplicable al supuesto comentado por cuanto el procedimiento de ejecución hipotecario derivado del contrato de préstamo hipotecario cuestionado no ha sido impugnado y se hallaba totalmente concluido con entrega de la posesión del bien ejecutado antes de la entrada en vigor de estas modificaciones legislativas.

A pesar de la opinión generalizada tanto de la doctrina como de nuestra jurisprudencia en cuanto a las insuficiencias de nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria directa, y la necesidad de su reforma, no puedo dejar pasar esta oportunidad para hacer en alto una reflexión personal, ¿era realmente imprescindible la reforma de la ley 1/2013 en la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria? ¿no era posible una interpretación integradora de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento vigente, sin necesidad de modificación legislativa?

Recordemos la doctrina sentada el Tribunal Constitucional en la sentencia 41/1981 de 18 de diciembre, en relación al procedimiento de ejecución hipotecaria directa, a la hora de reconocer la constitucionalidad de su precedente directo, el procedimiento judicial sumario del art 131 LH. “En el procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. La ejecución hipotecaria viene a configurarse como un procedimiento de realización de valor de la finca hipotecada que carece de fase de cognición, partiendo de la naturaleza del título ejecutivo. La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es simplemente potencial, porque la realización del valor solo puede producirse si se da la *conditio iuris* de que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal *conditio iuris*, la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio en que el juez realiza un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí solo porque se lo impide el principio de la paz jurídica. Por ello es lógico que la actividad del juez sea comprobar si subsiste el crédito y si se ha producido la *conditio iuris*, de modo que acreditado registral y judicialmente ambos extremos se pasa directamente a la enajenación de la finca.

Partiendo de esta configuración del procedimiento de ejecución hipotecaria directa, su actual regulación como verdadero procedimiento jurisdiccional en la ley de Enjuiciamiento civil, prevé un elenco restrictivo de causas de oposición en el mismo. Elenco que fue ampliado en la reforma del art 695 LEC por la ley 1/2013 para dar cabida a la oposición por causa de abusividad de alguna o varias de las cláusulas determinantes de la ejecución. ¿Era necesaria esta nueva causa de oposición?

El artículo 695 LEC en su apartado 2º establecía desde un primer momento como posible causa de oposición “*error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. ...*” Tal y como señala en el libro “La Ejecución Hipotecaria: Problemática Registral y Procesal” coordinador Rafael Calvo, literalmente esta

causa de oposición se refiere únicamente a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito. Sin embargo, sin ningún procedimiento traumático, ni cambio legislativo expreso, tanto la jurisprudencia como la doctrina interpretó aplicable este mismo apartado a las hipotecas de máximo, y también a las hipotecas con interés variable en las que el acreedor determina la deuda pendiente mediante certificación de su cuenta.

Desde una posición conservadora del derecho vigente, capaz de adaptarse y dar cabida a las nuevas obligaciones e interpretaciones jurídicas, faltó la defensa de nuestro marco normativo nacional perfectamente integrador de la normativa europea protectora del consumidor derivada de la Directiva 93/13, porque, ¿qué mayor error puede existir en la determinación de la cantidad exigible, que pretender incluir en la liquidación cantidades devengadas por conceptos que no vinculan al consumidor por haber sido declarados abusivos, dada la naturaleza de norma de orden público atribuida al art. 6 de la citada directiva por la propia doctrina del TJUE, que conlleva su nulidad absoluta y la prohibición absoluta de integración?

Una apuesta firme y decidida de los órganos jurisdiccionales competentes en la tramitación de las ejecuciones hipotecarias directas, por entender encuadrable la abusividad de una de las cláusulas determinantes de la determinación de la cantidad exigible, dentro de la genérica causa de oposición de “*error en la determinación de la cantidad exigible, ...*”, hubiera proporcionado mayor seguridad jurídica a un ordenamiento jurídico que es capaz de evolucionar de manera integradora, evitado situaciones de indefensión para el ejecutado, habiéndole permitido en origen alegar la abusividad como causa de oposición, y reducido, mediante la exigencia de la diligencia mínima que le resulta exigible en defensa de sus derechos, expectativas y complicaciones procedimentales, a veces de muy difícil solución, y sometidas a sucesivos regímenes transitorios de aplicación con cierto grado de eficacia retroactiva, en contra del principio de certeza y seguridad jurídica.

### *5.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el efecto de cosa juzgada de los pronunciamientos recaídos en un proceso ejecutivo en un proceso declarativo posterior*

No puede cuestionarse en vía declarativa lo que quedó definitivamente resuelto en sede de procedimiento ejecutivo.

Es cierto que la actual LEC prevé en su art 564 la posibilidad de un juicio declarativo posterior donde se pueda hacer valer causas de oposición que no pudieron plantearse en el juicio ejecutivo previo, provenientes de hechos o actos posteriores a la conclusión de dicho procedimiento.

Pero esta previsión legal no puede desconocer la doctrina y jurisprudencia sobre los efectos de la excepción de cosa juzgada, sancionada por el mismo TS a partir de la sentencia de 20 de diciembre de 2002 al afirmar la imposibilidad de que en un eventual juicio ordinario posterior pueda conocerse de las

mismas cuestiones resueltas por la sentencia firme del juicio ejecutivo o que en éste hubieran podido plantearse por el ejecutado al formular su oposición.

De manera muy clarificadora la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 2006 viene a señalar que aquello que puede ser opuesto en el ámbito del proceso de ejecución no puede ser luego alegado en un proceso declarativo posterior. A estos efectos el proceso ejecutivo se comporta como si fuese un proceso declarativo respecto de la posibilidad de entablar otro a posteriori de manera que lo que pudo oponerse en el primero no puede esgrimirse después en el segundo.

Aun cuando el artículo 564 de la vigente LEC prevé la posibilidad de un ulterior proceso, el mismo se refiere a hechos o actos nuevos después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio, distintos de los admitidos como causas de oposición y jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, pero sin instaurar una causa extraordinaria de oposición a la ejecución ya tramitada o de permisión de revisión de lo ya examinado con anterioridad limitándose a establecer la posibilidad de un juicio declarativo sobre la eficacia jurídica de esos hechos o actos nuevos posteriores a la posibilidad de alegación.

La jurisprudencia del TS en esta materia es reiterada: el efecto de cosa juzgada es aplicable no solo respecto de aquellas alegaciones que se realizaron en el propio juicio ejecutivo, sino también respecto de las que, pudiendo haberse efectuado, no se alegaron. Jurisprudencia que se ha mantenido tanto respecto del anterior art 1479 de la LEC de 1881 (sentencias de 4 de noviembre de 1997, recurso 2784/1993; sentencia 820/1998 de 29 de julio, sentencia 234/2003 de 11 de marzo, sentencia 1161/2003 de 10 de diciembre, sentencia 324/2006 de 5 de abril y sentencia 309/2009 de 21 de mayo; como respecto del actual art. 564 de la vigente LEC de 2001, en sentencia de pleno 462/2014 de 24 de noviembre.

La última de las sentencias citadas distingue dos supuestos de hechos posibles. En el primero de ellos del deudor ejecutado no ha planteado oposición alguna en el procedimiento de ejecución concluido, existiendo trámite de oposición. En el segundo supuesto el deudor ejecutado formuló oposición en dicho procedimiento ejecutivo previo, pero la misma fue rechazada única y exclusivamente porque las circunstancias que constaban en el propio título no podían oponerse en el proceso de ejecución.

Según la sentencia de pleno 462/2014 de 24 de noviembre, en el primero de los supuestos resulta improcedente el juicio declarativo posterior, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el art 400-2 LEC en relación con su art 222. Mientras que solo en el segundo de los supuestos entiende, que el declarativo posterior debe ser admitido al amparo art 564 LEC.

La sentencia de pleno 462/2014 exige un mínimo de diligencia en la defensa de sus intereses al deudor ejecutado a los efectos de poder formular nueva demanda declarativa sobre el mismo contrato ya resuelto y salvar la ex-

cepción de cosa juzgada, y es cuando mínimo haber manifestado su oposición por el carácter abusivo de la cláusula debatida, y ello aun cuando dicha oposición tuviera que ser necesariamente desestimada por falta de cauce o causa procedimental.

Sin embargo, esta doctrina del Tribunal Supremo sobre el ámbito y efectos de la excepción de cosa juzgada resulta cuestionada a la vista de la reciente sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 en el asunto C-421/14 Banco Primus.

Según la citada sentencia del Banco Primus, el TJUE reconoce la importancia que tiene tanto para el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada. La estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas, como la correcta administración de la justicia, exigen que sea necesario que no puedan impugnarse resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos.

Reconoce el TJUE que la protección que la Directiva 93/13 otorga al consumidor no es absoluta, ni exige que exista una doble instancia judicial en su aplicación.

De todo ello se desprende que dicha protección no se opone a una disposición nacional como la que resulta del art. 207 LEC que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Sin embargo, el TJUE va mas allá y sin referencia alguna al principio de preclusión de alegaciones también reconocido en nuestro derecho en el art 400 LEC, puntualiza el hecho de que para que la excepción de cosa juzgada, de la previa resolución judicial, sea aplicada, debe quedar acreditado que el control de la abusividad del clausulado ha sido total respecto de todas y cada una de las cláusulas en él comprendidas; estableciendo que en el supuesto de que en un anterior examen de un contrato controvertido, que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, ante el cual el consumidor interponga incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato.

Las consecuencias de esta doctrina del TJUE asustan, y resultan totalmente contrarias al principio de seguridad jurídica y de recta administración de la justicia por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Una interpretación literal de esta doctrina, implicaría que dentro de un procedimiento de ejecución en tramitación, ante un incidente de oposición

por causa de la abusividad de una determinada cláusula del contrato, resuelto afirmativa o negativamente; es indiferente, el consumidor demandado en una ejecución de contrato podría interponer sucesivamente incidentes de oposición por cada una de las restantes cláusulas contenidas en el contrato, sobre las que no hubiera recaído resolución expresa de no abusividad, retrasando así de manera casi indefinida la consecución del procedimiento de ejecución en tramitación por su incumplimiento.

Pero, es más, aún concluido dicho procedimiento, la interpretación del TJUE legitimaría al consumidor demandado a formular demanda del art 564 LEC alegando dicha abusividad de todas y cada una de las cláusulas de manera sucesiva.

En este punto el TJUE ha hecho una interpretación del principio de cosa juzgada, su ámbito y efectos, olvidando que el mismo va íntimamente unido al principio de preclusión de alegaciones, que en nuestro Derecho está recogido el art 400 LEC al establecer: **Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos 1.** *Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.*

El ámbito y efectos del principio de cosa juzgada no sólo se aplica a aquellos aspectos sobre los que ha recaído resolución expresa sino sobre todos aquellos que hubieran podido ser alegados en el mismo procedimiento, haya recaído o no resolución expresa al respecto de los mismos.

Sin esta precisión la eficacia del principio de cosa juzgada queda vaciado de gran parte de su contenido, como pilar fundamental del sistema de seguridad jurídica requerido por todo ordenamiento jurídico.

5.4. *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el ámbito material y temporal del control de oficio por el Juez nacional del carácter abusivo del clausulado de los contratos con consumidores*

Partiendo de todo lo expuesto, y de la posición mayoritaria, aunque controvertida para este comentarista, de que el demandado no pudo oponer la abusividad de parte del clausulado del préstamo hipotecario en el procedimiento ejecutivo previo; queda por determinar si el Juez que conoció del mismo pudo o debió controlar de oficio dicho carácter abusivo en la tramitación del procedimiento ejecutivo seguido.

Es este el punto de discrepancia del Tribunal Supremo con la instancia inferior, que motiva la estimación del recurso planteado.

Si repasamos las resoluciones del TJUE sobre esta materia, su doctrina ha sido uniforme y reiterada desde la trascendental cuestión prejudicial C-240/98 *Oceano Grupo Editorial y Salvat Editores*. Se planteaba en ella de manera clara y determinante, si el ámbito de protección al consumidor de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, permitía al juez nacional, ya en 1998, apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda ante los Juzgados ordinarios, aunque no estuviera traspuesta dicha Directiva al ordenamiento jurídico nacional.

La respuesta del alto Tribunal fue también clara y precisa: “1.- la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, implica que el juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales”.

Doctrina que fue reiterada en todas las ocasiones en las que el Alto Tribunal de Luxemburgo se pronunció sobre la misma materia, casos *Mostaza Claro* C-168/05, *Asturcom Telecomunicaciones* C-40/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* C-484/08. Pronunciamientos todos ellos anteriores a la formulación del procedimiento de ejecución hipotecaria de nuestro supuesto.

Tal y como valora María José García Valdecasas Dorrego en su libro “Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE, en la sentencia de *Oceano Grupo Editorial*, el Tribunal de Justicia desarrolla los principios que se convertirán en pilares básicos de su jurisprudencia posterior sobre la Directiva 93/13/CEE.

La idea fundamental, el desequilibrio entre consumidor y profesional al tiempo de la contratación que solo puede compensarse mediante una intervención positiva ajena a las partes del contrato. El sistema de protección de la Directiva “*se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en la referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a la condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas.*”

Partiendo de esta idea el TJUE considera que el objetivo del artículo 6 de la Directiva por el que: “*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 éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*”, y que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores; solo puede alcanzarse si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio la abusividad de una cláusula contractual.

Según la propia sentencia del caso *Oceano*, este control de oficio es necesario aun cuando los particulares tuvieran medios procedimentales para defenderse por si mismos, dado el riesgo de que el consumidor no invoque el



carácter abusivo de la cláusula. Si esto es así, imaginemos cuánto más consideraría el TJUE necesario este control de oficio judicial, desde el primer momento de su doctrina, cuando el procedimiento debatido, vetara cualquier posible oposición por razón de abusividad al deudor ejecutado, como así ocurría en ese momento en el juicio ejecutivo hipotecario.

Y además es también una ayuda para lograr el objetivo del artículo 7 de la Directiva, de que los Estados miembros arbitren las medidas necesarias para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, por el efecto disuasorio que su nulidad absoluta, falta de producción de efectos e imposibilidad de integración alguna, conlleva la declaración de abusividad de una cláusula contractual,

Esta misma doctrina del TJUE se reitera no solo en las sentencias relacionadas en los Fundamentos de las distintas instancias del caso que nos ocupa, sino igualmente en la dictada el 21 de noviembre de 2002 en el asunto *Cofidis* y en la sentencia de 4 de octubre de 2007 dictada en el asunto *Rampion y Godard*.

Cuando tiene lugar la resolución del contrato de préstamo que contiene la cláusula declarada abusiva de intereses moratorios, que nos ocupa y se inicia su ejecución por el procedimiento ejecutivo hipotecario establecido en la LEC, nuestro país, había traspuesto, la Directiva 93/13 a nuestro derecho nacional por medio de la ley 7/1998 de 13 de abril, sobre las condiciones generales de la contratación, recogiendo en sus artículos 8 a 10 el régimen de nulidad y efectos de las cláusulas declaradas abusivas, en los términos exigidos en la propia Directiva.

Partiendo de estos antecedentes, la sentencia en apelación, entiende que el control de oficio por el juez que conoció de la ejecución hipotecario, existió y por lo tanto declara la excepción de cosa juzgada y desestima la pretensión del apelante.

Sin embargo, la sentencia comentada entiende que el propio TJUE ha puntualizado recientemente, en la sentencia de 28 de julio de 2016, que solo a partir de la sentencia de 4 de junio de 2009 caso *Pannon GSM*, el Tribunal de Justicia indicó claramente que el papel que el derecho de la Unión atribuye al Juez nacional, no se limita a la mera facultad de pronunciarse sobre el posible carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Si estudiamos el texto de la sentencia del caso *Pannon GSM*, la misma se remite como fundamento a la sentencia *Oceano* antes referida y reconoce que en la misma, en su apartado 26, ya establecía el TJUE que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que solo podrá alcanzarse una protec-



ción efectiva del consumidor si el juez nacional esta facultado para apreciar de oficio dicha clausula.

La precisión que en esta materia introduce la sentencia del caso Pannon es la de subrayar que el consumidor no está vinculado por una cláusula contractual abusiva aunque no haya presentado demanda explícita en este sentido, para reforzar la competencia de oficio del juez para declarar dicha abusividad aun cuando no sea a requerimiento del demandado o ejecutado.

Se refiere también la sentencia del caso Pannon GSM a la previa cuestión prejudicial Mostaza Claro C-168/05 en cuyo apartado 36 se estableció que la no vinculación de las cláusulas abusivas al consumidor, es una disposición imperativa; carácter imperativo que no puede quedar supeditado a lo que dispongan los derechos nacionales, por lo que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y no es necesario que áquel haya impugnado previamente con éxito tal clausula.

La sentencia del caso Pannon procede a continuación a definir cual ha de ser el papel o actuación del juez a la hora de conocer de oficio sobre la abusividad de una de las clausulas del contrato que se le somete. Establece en este sentido que el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente el papel que el Derecho comunitario atribuye al juez nacional no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una clausula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial. A la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, el juez nacional, no tiene en virtud de la Directiva el deber de excluir la aplicación de la clausula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula.

En tales circunstancias, continúa la sentencia, las características específicas del procedimiento judicial que se ventila entre el profesional y el consumidor, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que debe disfrutar el consumidor. Por lo tanto cuando el juez considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.

Vemos pues que no hay punto alguno de inflexión en la jurisprudencia previa del propio TJUE en esta materia, exigiendo el control de oficio por el juez de las posibles cláusulas abusivas, sino simple reiteración del criterio anterior y explicitación de sus efectos y consecuencias.

Sin embargo es cierto que la sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016 en el asunto C-168/15 caso Tomá<sup>^</sup>sová, marca la sentencia Pannon como punto de inflexión, no a la hora de determinar si el Juez nacional debía conocer de oficio o no de la existencia de clausulas abusivas incluidas en los contratos de

los que en cualquier instancia conocía, sino sobre si el hecho de que no hubiera procedido a dicho examen de oficio previo imperativo, podía conllevar responsabilidad patrimonial del Estado por el posible daño causado al consumidor por la resolución judicial recaída en última instancia, sin dicho control de oficio previo.

Se analizan en la sentencia cuáles son los requisitos objetivos y las premisas de interpretación del supuesto de hecho, para la existencia de esa responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños causados por una resolución jurisdiccional nacional que resuelva con violación de una norma del Derecho de la Unión. Estableciendo que dicha responsabilidad patrimonial del Estado sólo existe en el caso excepcional de que el órgano jurisdiccional nacional resuelva en última instancia, infringiendo de manera manifiesta el derecho de la Unión aplicable, teniendo en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se haya sometido al órgano jurisdiccional nacional.

Entre los elementos que deben tomarse en consideración, se encuentra el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada y la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, y el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, con desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión.

Partiendo de estas ideas o principios generales, el Tribunal, valorando su propia jurisprudencia, sanciona que sólo desde la sentencia de 4 de junio de 2009 caso Pannon GSM, el Tribunal indicó claramente que el papel que el derecho de la Unión atribuye al juez nacional no se limita a la mera facultad de pronunciarse sobre el posible carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión en cuanto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Y partiendo de ello entiende que no cabe considerar que un órgano jurisdiccional nacional que, antes de la sentencia Pannon, se abstuvo de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 a pesar de que disponía de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, haya inobservado manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, y por lo tanto, haya cometido una violación suficiente del Derecho de la Unión, para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado por los posibles daños causados por la misma

Se trata pues de un criterio temporal establecido por el TJUE para calificar una de las premisas de las que pudiera resultar la responsabilidad patrimonial del Estado, “el incumplimiento manifiesto y suficiente del Derecho de la Unión”, sin variar el criterio del propio Tribunal de la obligación del Juez

nacional de haber conocido de oficio el carácter abusivo del clausulado contractual a él sometido en los términos y con los efectos reiterados por la propia jurisprudencia del TJUE en sus sentencias previas reseñadas todas ellas anteriores a la ejecución del préstamo hipotecario debatido en nuestro supuesto de hecho.

Partiendo de esta última sentencia de 2016 caso *Tomášová*, el TS traslada a la fecha de la sentencia del Caso Pannon, 4 de junio de 2009, el límite temporal a partir del cual el juez nacional debió conocer de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales a él sometidas, y ello aunque el TJUE establece que la obligación existía antes, pero que sólo a partir de ese momento se puede calificar su incumplimiento de suficientemente grave como para originar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños posiblemente causados por la resolución judicial dictada sin dicho control de oficio previo.

La sentencia comentada extiende sus efectos a la inexistencia de obligación clara del Juez nacional de control de oficio de las cláusulas abusivas con anterioridad a la sentencia Pannon, y por lo tanto concluye que dado que cuando se inició el procedimiento de ejecución hipotecaria y se despachó la ejecución todavía no se había dictado la sentencia del caso Pannon GSM, no puede afirmarse incondicionalmente que el juzgado de primera instancia debió haber apreciado de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales controvertidas.

Se traslada el requisito excepcional para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por incumplimiento manifiesto del derecho aplicable, al régimen ordinario de determinar en qué momento resulta aplicable dicho control previo de oficio sin atender a los demás requisitos de apreciación fijados por el propio TJUE.

Se trata de un criterio que pretende clarificar la situación creada por la aplicación del Derecho de la Unión y la jurisprudencia del TJUE en procesos concluidos mucho antes de la revisión de la normativa procedimental nacional, realidad confusa y que no ha dejado de plantear problemas hasta la fecha, y que mucho nos tememos continuará siendo una materia debatida y fundamento de reclamaciones y demandas.

Pero este criterio tan contundente y sólo basado en dicho límite temporal fijado a efectos de responsabilidad patrimonial del Estado, puede también tener quizá un efecto no deseado. Es cierto que cierra las puertas a posibles reclamaciones de responsabilidad al Estado por resoluciones judiciales anteriores a la fecha de la sentencia Pannon, pero puede servir de sustento o fundamento para futuras demandas de responsabilidad patrimonial del Estado en todos aquellos supuestos de resoluciones judiciales dictadas con posterioridad a dicha fecha, sin control de oficio de las cláusulas abusivas; por lo que hubiera resultado más que conveniente haber acompañado dicho fundamento de la valoración del resto de circunstancias de hechos concurrentes en el caso de las que resultara perfecta e individualizadamente justificado al caso, el criterio final adoptado.

El criterio adoptado blindo temporalmente la posible responsabilidad patrimonial del estado, pero conlleva necesariamente el traslado de la responsabilidad derivada de la falta de dicho control de oficio previo a una de las partes contratantes, que se verá responsable de hacer frente a la indemnización solicitada por el consumidor contratante como consecuencia de la declaración de abusividad por sentencia judicial posterior, en un marco normativo totalmente distinto a aquel en el que contrató, que ahora le deviene aplicable por circunstancias sobrevenidas que no pudo valorar ni prever, con el correspondiente quiebro de la seguridad jurídica que debe garantizarse a todo contratante en el momento del acuerdo de voluntades del que derivan las recíprocas obligaciones asumidas.

### 5.5. *Conclusión*

Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico la regulación del control de oficio por el juez de las cláusulas abusivas de los contratos a él sometidos, se introdujo por la ley 1/2013 de 14 de mayo, incluyéndolo en el apartado 1º del art. 552 LEC, el Tribunal Supremo fija la obligatoriedad de dicho control de oficio judicial en un momento temporal anterior, el 4 de junio de 2009, fecha de la sentencia del TJUE en el caso Pannon.

Se trata de una sentencia congruente con la previa jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito de aplicación y efectos de la protección que otorga la Directiva 93/13 al consumidor, que intenta fijar un límite temporal a la jurisprudencia del TJUE en cuanto al carácter obligatorio de dicho control judicial de oficio, extrapolando el límite fijado por el Tribunal Europeo para calificar la posible responsabilidad patrimonial del Estado por una resolución dictada con flagrante incumplimiento de la normativa europea aplicable, a la obligatoriedad de dicho control de oficio.

El propio TJUE reconoce que la protección del consumidor no puede ser absoluta cuando entra en litigio con intereses superiores como el de seguridad jurídica.

No es la sentencia comentada, sino el posicionamiento reiterado del Tribunal Supremo en esta materia, anteponiendo el ordenamiento jurídico nacional, a la sucesiva jurisprudencia del TJUE, el que debe ser cuestionado, al primar la defensa de un interés legítimo como es el del consumidor en situación de clara situación de inferioridad respecto al profesional con el que contrata, frente al interés superior y colectivo de proveernos de las medidas necesarias que garanticen la seguridad jurídica de nuestras relaciones contractuales, sus efectos y consecuencias en caso de incumplimiento, llegando incluso a mediatizar la eficacia de principios tan consolidados y fundamentales en nuestro ordenamiento como la excepción de cosa juzgada y el de preclusión de alegaciones y fundamentos de derecho, y trasladando a una de las partes contratantes las consecuencias derivadas de la falta de adaptación o de interpretación integradora del ordenamiento jurídico nacional con la normativa y jurisprudencia europea vigente en cada momento.

## **6. Bibliografía**

GARCIA-VALDECASAS DORREGO, M.J. “Diálogo entre los Tribunales Españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al Amparo de la Directiva 93/13/CEE” ed. Centro de Estudios Madrid 2018. Colección Monografías.

ORDUÑA MORENO, F.J. SANCHEZ MARTIN, C. y GUILLEN CATALAN, R. “Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen Jurídico y Doctrina jurisprudencial aplicable” ed. Tirant lo Blanch Valencia, 2016. Colección Tratados.

CALVO, RAFAEL- CALVO, D. “La ejecución hipotecaria problemática registral y procesal” ed. Bosh, 2016.

BALLUGUERA GOMEZ, C. “Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (I y II). Diario la ley números 8088 y 8092, 2013.