

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2023 (1215/2023)**

**Exención total de la preclusión
para consumidores que alegan cláusulas abusivas**

Comentario a cargo de:
ENRIQUE VALLINES GARCÍA
Profesor Titular de Derecho procesal
Universidad Complutense

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE SEPTIEMBRE DE
2023**

RoJ: STS 3597/2023 – **ECLI:ES:TS:** 2023: 3597

ID CENDOJ: 28079119912023100011

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: El Tribunal Supremo exime totalmente a los consumidores de la preclusión derivada de una falta de oposición a la ejecución de título no judicial, permitiéndoles invocar extemporáneamente la existencia de cláusulas abusivas tanto en la ejecución en curso como en un proceso declarativo independiente. De este modo, el Tribunal aplica correctamente la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la materia, en especial, la doctrina de la Sentencia *Ibercaja* (C-600/19). El Tribunal aclara que la exención de la preclusión no puede menoscabar el derecho a percibir el remanente que, conforme a los arts. 672 y 692 LEC, corresponde a los acreedores que tienen derechos inscritos con posterioridad a la carga que determinó la realización forzosa de un bien determinado en el seno de la ejecución seguida contra el consumidor.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Introducción.* 5.2. *El punto de partida: la Sentencia Banco Primus.* 5.3.. *Fundamento de la decisión: la Sentencia Ibercaja.* 5.4. *El fundamento a mayor abundamiento que la Sala no utilizó: la Sentencia Unicaja.* 5.5. *Una precisión adicional: los acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad no deben verse perjudicados en su derecho a percibir el remanente tras la realización forzosa.* 5.6 *Reflexiones finales.* 6. Bibliografía

1. Resumen de los hechos

BBVA interpuso demanda de ejecución de título no judicial contra dos consumidores, D. Valentín y D.^a Coro. El título ejecutivo consistía en una escritura pública de préstamo sin garantía hipotecaria con un interés remuneratorio del 10,50 % y un interés de demora diez puntos superior (20,50 %). La resolución que despachó ejecución no contenía motivación expresa sobre el examen de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo.

D. Valentín y D.^a Coro –los consumidores-ejecutados– formularon oposición a la ejecución en la que únicamente alegaron el carácter abusivo de la cláusula que regulaba la liquidación de la deuda, sin aludir a la eventual abusividad de la cláusula que establecía un interés de demora del 20,50%. El Juzgado desestimó la oposición mediante Auto de 2 de abril de 2015.

Unos días más tarde, en el marco de un asunto distinto, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la STS1.^a 265/2015, de 22 de abril, rec. 2351/2012, que consideró abusiva la cláusula de los contratos de préstamo sin garantía hipotecaria que establecía un interés de demora superior al interés remuneratorio en más de dos puntos.

El 22 de septiembre de ese mismo año 2015, estando aún en trámite el proceso de ejecución de título no judicial, D. Valentín y D.^a Coro presentaron una demanda de juicio ordinario contra BBVA en la que solicitaron que se declarara la nulidad de la cláusula de interés de demora del préstamo por entender que era abusiva.

BBVA se opuso a la demanda alegando cosa juzgada (en realidad, preclusión), que, según la entidad demandada, derivaría (i) de la existencia entre las mismas partes un proceso de ejecución de título no judicial basado en el mismo contrato que contenía la cláusula supuestamente abusiva y (ii) del hecho de no haber interesado los ejecutados –ahora demandantes– la nulidad de la citada cláusula en dicho proceso de ejecución.

2. Solución dada en primera instancia

En primera instancia, el Juzgado rechazó la excepción de cosa juzgada y estimó íntegramente la demanda interpuesta por D. Valentín y D.^a Coro (SJPI 5 de Arenys de Mar 26/2018, de 6 de enero).

3. Solución dada en apelación

En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y, apreciando la existencia de cosa juzgada esgrimida por BBVA, rechazó íntegramente la demanda de D. Valentín y D.^a Coro (SAP Barcelona, Secc. 15, 1468/2019, de 24 de julio, rec. 1046/2018, FFJJ 11-13).

La Audiencia concluyó que era inadecuado el cauce procedimental elegido por los consumidores para denunciar la abusividad de la cláusula que fijaba el interés de demora y que su demanda debía de ser rechazada con base en la regulación del art. 400.2 LEC.

Concretamente, la Audiencia interpretó la STJUE *Banco Primus* (fecha el 26 de enero de 2017; C-421/14) y la STC 31/2019, de 28 de febrero, en el sentido de que los ejecutados en un proceso de ejecución de títulos no judiciales únicamente podían denunciar la existencia de cláusulas abusivas en el seno del proceso de ejecución en curso, mediante cualquiera de los mecanismos procesales disponibles en ese proceso de ejecución (por ejemplo, la impugnación de la liquidación de intereses, el incidente de oposición o, incluso, un incidente de nulidad de actuaciones).

De esta interpretación, la Audiencia dedujo que cualquier intento de denunciar cláusulas abusivas en un proceso declarativo independiente –que era, precisamente, lo que habían hecho D. Valentín y D.^a Coro– debía ser rechazado en virtud de la litispendencia –si la ejecución seguía pendiente– o de la cosa juzgada –si la ejecución ya había concluido–, de conformidad con lo previsto en el art. 400.2 LEC en materia de preclusión, litispendencia y cosa juzgada.

Finalmente, la Audiencia cerró su argumentación negando que la existencia de nueva jurisprudencia fuera causa suficiente para desconocer la cosa juzgada. Singularmente, la Audiencia subrayó que no era “admisible que el dictado posterior de una sentencia por parte del Tribunal Supremo sobre los intereses de demora pueda justificar la no apreciación de los efectos de cosa juzgada”.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

Contra la sentencia de segunda instancia, se alzó D. Valentín y D.^a Coro ante la Sala Primera del Tribunal Supremo con dos motivos de infracción procesal y uno de casación.

Como primer motivo de infracción procesal, alegaron la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por cuanto la Audiencia habría apreciado indebidamente la excepción de cosa juzgada, contraviniendo los arts. 207.4, 222.1 y 2 y 400.2 LEC, en relación con el art 24 CE.

Como segundo motivo de infracción procesal, adujeron nuevamente la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, esta vez por infracción de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, inter-

pretados conforme a la doctrina del TJUE sobre la necesidad de que las normas procesales nacionales –en este caso, las relativas a la preclusión y a la cosa juzgada– cedan ante las necesidades de efectividad de los dos artículos citados de la Directiva 93/13/CEE. Concretamente, los recurrentes habrían centrado este motivo de infracción procesal en una interpretación de la STJUE *Banco Primus* (C-421/14) diferente a la realizada por la Audiencia Provincial de Barcelona, a saber, que los consumidores estarían autorizados a denunciar la existencia de cláusulas abusivas sin sujeción a un plazo o a una forma específicos.

Finalmente, como motivo de casación, los recurrentes invocaron la infracción de las normas que determinarían la nulidad, por abusiva, de la cláusula que fijaba un interés de demora superior en diez puntos al interés remuneratorio, en particular, los arts. 81 y 83 LGDCU, el art. 8.2 LCGC y el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, todos ellos en relación con el art. 4bis LOPJ y el art. 9.3 CE, así como con la STS1.^a 265/2015, de 22 de abril, rec. 2351/2012, la STS1.^a 705/2015, de 23 de diciembre, rec. 2351/2012, y distintas sentencias del TJUE que enfatizan el “principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas”.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Introducción

La Sala Primera del Tribunal Supremo analizó los dos motivos de infracción procesal de manera conjunta, en la medida en que consideró que existía una “estrecha relación” entre ambos (FJ 2.º, ap. 5). Y es que, ciertamente, determinar si habían sido aplicadas correctamente las normas en materia de cosa juzgada –motivo primero– no podía fácilmente desvincularse de la cuestión de si la cosa juzgada establecida por las normas procesales nacionales debían inaplicarse por mor de la efectividad del Derecho de la UE –motivo segundo–.

La Sala decidió finalmente estimar los dos motivos de infracción procesal. En consecuencia, entendió que no concurría cosa juzgada y, sin entrar a analizar el motivo de casación, procedió a revocar la sentencia de segunda instancia y a confirmar la sentencia de primera instancia.

Desde una perspectiva de estricto respeto y acatamiento a las sentencias del TJUE (cfr. art. 4bis LOPJ), las razones de la Sala para estimar los motivos de infracción procesal son impecables. Veamos.

5.2. *El punto de partida: la Sentencia Banco Primus*

En el momento de interponerse el recurso, la Sentencia *Banco Primus* (C-421/14) había dejado claro que, en materia de cláusulas abusivas, solo cabía cosa juzgada *explicita*, es decir, solo cabía impedir a un consumidor plantear la abusividad de una cláusula cuando existía un efectivo pronunciamiento

expreso, motivado y firme del tribunal sobre dicha abusividad (cfr. CEDEÑO HERNÁN, *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 171). En ausencia de un pronunciamiento de este tipo, según el TJUE, la efectividad de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE imponía la necesidad de continuar permitiendo, de oficio o a instancia de parte, la posibilidad de un examen de abusividad (Sentencia *Banco Primus*, paras 49-54).

Lo que no dejaba claro el TJUE en su Sentencia *Banco Primus* (ni tampoco terminó de aclarar el TC en su Sentencia 31/2019) es si esa posibilidad se agotaba en el marco del procedimiento en curso –como interpretó la Audiencia Provincial del Barcelona al dictar la sentencia de apelación en el caso que nos ocupa– o si, por el contrario, se extendía también a otros procesos independientes –como argumentaron D. Valentín y D.^a Coro en su recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera–.

Pues bien, durante la pendencia del recurso de D. Valentín y D.^a Coro, el TJUE resolvió las dudas que existían al respecto. Hay, en este punto, dos sentencias clave, ambas fechadas el 17 de mayo de 2022 y dictadas por la Gran Sala del Tribunal de Luxemburgo, a saber: la Sentencia *Ibercaja* (C-600/19) y la Sentencia *Unicaja* (C-869/19).

5.3. *Fundamento de la decisión: la Sentencia Ibercaja*

La Sala Primera del Tribunal Supremo fundamentó su decisión en la Sentencia *Ibercaja* (C-600/19), que resolvía un supuesto de hecho muy similar al que se planteó en el caso de D. Valentín y D.^a Coro y que, en esencia, establece que los consumidores están exentos de la preclusión cuando alegan cláusulas abusivas.

En el asunto *Ibercaja*, el banco había dirigido demanda de ejecución hipotecaria contra dos consumidores. Dicha demanda había sido notificada en forma y los ejecutados habían comparecido con abogado y procurador en los momentos iniciales del procedimiento, dejando pasar el plazo de diez días para plantear incidente de oposición a la ejecución (cfr. arts. 695, 557.1, *in limine* y 556.1, *in limine* LEC). Después de subastarse la finca, adjudicársela el banco en pago y cederse el remate a un tercero (cfr. arts. 691.4, 655.2, 671, 651.2 y 647.3 LEC), cuando habían transcurrido ya casi 21 meses desde la notificación de la demanda de ejecución y el banco había solicitado la tasación de los intereses y costas devengados durante la ejecución, uno de los consumidores alegó la existencia de cláusulas abusivas. La cuestión de si dicha alegación extemporánea debía ser atendida por el tribunal ejecutor llegó hasta el TJUE, quien respondió de manera afirmativa.

Siguiendo la línea de la Sentencia *Banco Primus*, la Sentencia *Ibercaja* confirma que, con base en las necesidades de efectividad de los art. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, la preclusión y la cosa juzgada establecidas en la legislación procesal nacional no pueden impedir que un tribunal pueda analizar y

pronunciarse motivadamente sobre la abusividad de una cláusula existente en un contrato firmado por un consumidor cuando –como en el asunto *Ibercaja* y como en el asunto resuelto en la STS objeto de este comentario– no existe ninguna resolución judicial que contenga ese análisis y ese pronunciamiento. Y, desarrollando la doctrina de *Banco Primus*, el TJUE aclara que ese análisis y ese pronunciamiento puede producirse “en ese procedimiento [de ejecución en curso] o en un procedimiento declarativo posterior” [la cursiva es mía] (Sentencia *Ibercaja*, paras 52 y 56); y, es más, añade el TJUE que ese procedimiento declarativo posterior sería especialmente procedente cuando la ejecución hubiera terminado con la venta de los bienes del ejecutado y los derechos de propiedad hubieran sido transmitidos a un tercero. Concretamente, dice el TJUE que, “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”, “el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria” todavía tiene acción para “hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva [93/13/CEE], de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas” (Sentencia *Ibercaja*, paras 58 y 59). Finalmente, para cerrar el círculo y terminar de perfilar la doctrina de *Banco Primus*, el TJUE aclara que, la cosa juzgada –solo la cosa juzgada, nunca la preclusión– sí impediría atender la petición extemporánea del consumidor de examinar la abusividad de una cláusula cuando el juez (i) hubiera examinado de oficio el carácter abusivo de esa cláusula al comienzo del proceso, (ii) hubiera emitido un pronunciamiento expreso y motivado, al menos sucintamente, y, (iii) en su resolución, hubiera puesto de manifiesto que, “si no formula oposición dentro del plazo establecido en el Derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dicha cláusula” (Sentencia *Ibercaja*, paras. 51, 52 y 56).

Con los mimbres de la Sentencia *Ibercaja*, la Sala Primera arma la *ratio decidendi* de la sentencia objeto de este comentario:

- a) En primer lugar, constata que no ha existido un pronunciamiento expreso sobre la abusividad de la cláusula que fijaba el interés de demora y que los consumidores-ejecutados no cuestionaron esa cláusula al formular el incidente de oposición a la ejecución (FJ 3, ap.1).
- b) En segundo lugar, considera que la “razón jurídica” de la Sentencia *Ibercaja* era la misma que en el caso que estaba llamado a resolver, al tratarse de “procesos de ejecución en los que el título consiste en un préstamo integrado por cláusulas no negociadas concertado con consumidores, en los que el examen del carácter abusivo de las cláusulas puede realizarse tanto de oficio como a instancia del ejecutado” (FJ 3, ap. 3).
- c) En tercer lugar, aclara que la Sentencia *Ibercaja* permite al consumidor que dejó pasar el plazo para alegar la abusividad en el marco de la ejecución hacer

dicha alegación tanto en el mismo proceso de ejecución –si es que éste sigue pendiente– como en un “*procedimiento declarativo posterior*”, siendo esta última la opción por la que se habían decantado D. Valentín y D.^a Coro. Asimismo, argumenta que ese procedimiento declarativo *posterior* puede ser tanto posterior a la finalización de la ejecución (que no era el caso) como posterior a la pérdida del derecho a formular oposición a la ejecución (que sí era el caso). Basa este argumento en dos consideraciones: (i) la falta de precisiones de la Sentencia *Ibercaja* en relación con el *dies a quo* respecto del cual debe determinarse el carácter “posterior” del procedimiento (viniendo así a decir que “donde el TJUE no distingue, tampoco debe distinguir el Tribunal Supremo”); y, sobre todo, (ii) el hecho de que, en opinión de la Sala, carecería de sentido rechazar en este momento la demanda porque ésta se hubiera interpuesto mientras la ejecución estaba en curso y, al mismo tiempo, permitir que los mismos consumidores pudieran volver a interponer esa misma demanda tras la finalización de la ejecución (FJ 4, ap. 4).

d) Como colofón, concluye el Tribunal Supremo que la sentencia de segunda instancia erró al apreciar (preclusión y) cosa juzgada, estimó los motivos de infracción procesal y confirmó la sentencia de primera instancia (FJ 3, aps. 5 y 8).

5.4. *El fundamento a mayor abundamiento que la Sala no utilizó: la Sentencia Unicaja*

Existe otra sentencia de TJUE que la Sala Primera podía haber invocado en su resolución, a saber, la Sentencia *Unicaja* (C-869/19), la cual, entre otros extremos, viene a decir que los consumidores que alegan cláusulas abusivas están exentos de la cosa juzgada cuando aparece nueva jurisprudencia que les favorece.

En el asunto *Unicaja*, un consumidor había demandado al banco solicitando la nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo de su contrato de préstamo hipotecario y había solicitado la restitución íntegra de todas las cantidades indebidamente percibidas por el banco en virtud de la citada cláusula. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, al declarar la nulidad de la cláusula suelo, pero, siguiendo el criterio de la STS1.^a 241/2013, de 9 de mayo, condenar solo a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por el banco a partir de 9 de mayo de 2013. A pesar de la estimación parcial, las costas se impusieron al banco demandado. El banco recurrió en apelación, pero solamente el pronunciamiento sobre las costas. El consumidor, por su parte, dejó pasar los plazos de interposición e impugnación del recurso de apelación. Como consecuencia de la falta de recurso de ninguna de las partes contra los pronunciamientos sobre las acciones ejercitadas (la de nulidad por abusividad y la de condena a la restitución), estos pronunciamientos adquirieron firmeza y fuerza de cosa juzgada material, sin perjuicio del recurso de apelación del banco contra el pronunciamiento sobre las costas.

La Audiencia resolvió el recurso del banco en materia de costas procesales y, sorprendentemente, el consumidor interpuso entonces recurso de casación atacando la decisión del Juzgado sobre las acciones ejercitadas y, por tanto, impugnando la eficacia de cosa juzgada de esa decisión. El argumento del consumidor fue que, con posterioridad a la sentencia de primera instancia, el TJUE había dictado una sentencia nueva –la Sentencia *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15–, la cual había operado un cambio jurisprudencial que le era favorable. En concreto, ese cambio consistía en la declaración del TJUE de que la STS1.^a 241/2013, de 9 de mayo –que era la sentencia del Tribunal Supremo en la que se había basado el Juzgado para no conceder la restitución íntegra de todas las cantidades indebidamente percibidas por el banco– era contraria al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. El Tribunal Supremo reaccionó preguntando al TJUE si la efectividad del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE también requería tramitar y resolver ese peculiar recurso de casación del consumidor, aun a riesgo de quebrantar principios procesales básicos del ordenamiento español, entre ellos, el de cosa juzgada. Y la respuesta del TJUE, en su Sentencia *Unicaja*, fue afirmativa, en la medida en que entendió que los principios procesales nacionales no debían impedir que el tribunal analizara el carácter abusivo de una cláusula contractual conforme a nueva jurisprudencia dado que “la falta de impugnación (...) por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de éste”.

La utilidad de la Sentencia *Unicaja* para el caso sobre el que versa la sentencia objeto de este comentario es que, si el TJUE ha bendecido eximir de la cosa juzgada a los consumidores cuando hay nueva jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas, es razonable entender que esa misma exención también opera respecto de la preclusión. Recuérdese que, en la ejecución instada por BBVA, después de que los consumidores-ejecutados hubieran dejado pasar la oportunidad de alegar la abusividad de la cláusula de interés moratorio mediante el incidente de oposición, el Tribunal Supremo dictó una nueva sentencia –la STS1.^a 265/2015, de 22 de abril, rec. 2351/2012– de la que se deducía con claridad que la cláusula de interés moratorio suscrita por D. Valentín y D.^a Coro era abusiva. Y, dado que, según la Sentencia *Unicaja*, la nueva jurisprudencia sobre cláusulas abusivas permite al consumidor atacar la cosa juzgada (la cosa juzgada explícita), debía entenderse también que la nueva jurisprudencia recogida en la STS1.^a 265/2015, de 22 de abril, rec. 2351/2012, debía haber permitido a D. Valentín y D.^a Coro obtener la exención de cualquier efecto preclusivo derivado de una falta de alegación en el momento procesal oportuno.

Con todo, la Sala Primera no esgrimió este argumento, ni siquiera a mayor abundamiento. Las razones para no hacerlo son, hasta cierto punto, comprensibles desde un punto de vista técnico-jurídico, toda vez que, mientras que en el asunto que tenía que resolver el Tribunal Supremo y el asunto *Ibercaja* el problema estaba realmente en la preclusión y en las consecuencias de una falta de alegación tempestiva, en el asunto *Unicaja* el problema estaba en la

cosa juzgada explícita y en las necesidades de respeto a una decisión judicial expresa que no había sido recurrida. Ello explicaría que el Tribunal Supremo eligiera centrarse en la sentencia del TJUE que resolvía el caso más parecido al que tenía entre manos (*Ibercaja*) y dejar de lado la sentencia que decidía un asunto que no era tan similar (*Unicaja*).

5.5. *Una precisión adicional: los acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad no deben verse perjudicados en su derecho a percibir el remanente tras la realización forzosa*

Más allá de la aplicación al caso de la Sentencia *Ibercaja* (y de no necesitar mencionar la Sentencia *Unicaja*), la Sala se preocupa por hacer una precisión de tipo general con la finalidad de que la exención de la preclusión de la que se benefician los consumidores que alegan cláusulas abusivas no perjudique el derecho a percibir el remanente que, conforme a los arts. 672 y 692 LEC, corresponde a los acreedores que tienen derechos inscritos con posterioridad a la carga que determinó la realización forzosa de un bien determinado en el seno de la ejecución seguida contra el consumidor (FJ 3, ap. 6).

Por el carácter cuasi legislativo de esta parte de la sentencia que comentamos, merece la pena reproducir literalmente las palabras de la Sala Primera:

“No obstante, esta posibilidad de promover un proceso declarativo sobre el carácter abusivo de la cláusula de un contrato que esté siendo o haya sido objeto de un proceso de ejecución no debe suponer ningún perjuicio para los derechos que en el proceso de ejecución se reconocen a los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado o embargado respecto del remanente que pueda existir una vez entregado el precio del remate al ejecutante (arts. 672 y 692 LEC).

Debe existir una coordinación entre ambos procesos para evitar que, en caso de que en el proceso declarativo se dicte una sentencia que declare el carácter abusivo de la cláusula de interés de demora (o de otra cláusula que dé derecho a la restitución, como puede ser la cláusula suelo o la de gastos) y la restitución por el predisponente (ejecutante en el proceso de ejecución y demandado en el proceso declarativo sobre la nulidad de la cláusula abusiva) de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula abusiva (que en realidad deberían haber minorado en el proceso de ejecución la cantidad que debe entregarse al ejecutante), resulte perjudicado el derecho de esos terceros con derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado o embargado respecto del remanente que habría existido en el proceso de ejecución de haberse apreciado en el mismo el carácter abusivo de la cláusula.

Por tanto, para que en ese proceso declarativo pueda hacerse entrega al consumidor de las cantidades cuya restitución tiene su causa en la declaración de nulidad de la cláusula abusiva realizada en la sentencia, habrá de acreditarse que en el proceso de ejecución no existen terceros con derechos

posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado o embargado, que tengan derecho a la entrega del remanente en el proceso de ejecución y cuyo derecho no haya sido satisfecho.”

Pongamos un ejemplo, simplificando al máximo. Imaginemos que en la ejecución instada por BBVA contra D. Valentín y D.^a Coro, se embarga un bien inmueble de los ejecutados y dicho embargo se anota en el Registro de la Propiedad indicándose que el bien responde de una cantidad que asciende a 50.000 euros. Poco después, Banco Sabadell inicia otra ejecución contra los mismos consumidores y obtiene un segundo embargo del mismo bien inmueble, que también se anota en el Registro, esta vez para responder de una deuda de 10.000 euros. En este escenario, si el bien se vende en la ejecución instada por BBVA por un importe de 55.000 euros, 50.000 euros irían a BBVA y los restantes 5.000 euros se pagarían a Banco Sabadell (art. 672 LEC).

Imaginemos ahora que D. Valentín y D.^a Coro demandan a BBVA alegando el carácter abusivo de una cláusula del contrato contenido en el título ejecutivo de que se esgrimió en la ejecución y solicitan la condena al pago de 5.000 euros, por ser esta la cantidad indebidamente percibida por BBVA en virtud de la cláusula supuestamente abusiva. Pues bien, lo que dice la Sala Primera en el FJ 3, ap. 6, de la sentencia que comentamos es que, si la demanda de D. Valentín y D.^a Coro prosperase, BBVA no tendría que entregar los 5.000 euros a los demandantes, sino a Banco Sabadell (esto es, al acreedor que tiene “su derecho inscrito o anotado con posterioridad”; cfr. art. 672 LEC). Ello es debido a que, si la abusividad se hubiera alegado en la ejecución forzosa en lugar de en un proceso declarativo independiente, el importe de la deuda reclamada en la ejecución se habría minorado en el importe de la cantidad indebidamente cobrada en virtud de la cláusula abusiva (es decir, los 50.000 euros reclamados inicialmente por BBVA se habrían minorado en 5.000 euros y la cantidad objeto de ejecución habrían quedado reducida a 45.000 euros), de forma que, correlativamente, habría aumentado el importe del remanente que quedaba a disposición de los acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad (esto es, si se vendió el bien en 55.000 euros y finalmente BBVA solo percibió 45.000 euros en lugar de 50.000 euros, el remanente a disposición del Banco Sabadell habría aumentado de 5.000 a 10.000 euros).

Esta precisión de la Sala Primera parece razonable, pues la opción elegida por el consumidor para alegar cláusulas abusivas contra su ejecutante no debe condicionar el alcance del derecho a percibir el remanente de los acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad. Ese derecho debe tener el mismo alcance tanto si el consumidor elige alegar –aunque sea extemporáneamente– la abusividad en el seno de la ejecución en curso, como si elige acudir a un proceso declarativo independiente.

El problema que plantea la razonable precisión de la Sala Primera es cómo hacerla efectiva desde una perspectiva procesal. En este punto, la Sala sostiene que “debe existir una coordinación entre ambos procesos”, es decir,

entre el proceso de ejecución en curso contra el consumidor y el proceso declarativo instado por consumidor. Pero esta pauta (que exista “coordinación”) es demasiado general y necesita de concreción. A tal efecto, pueden hacerse las siguientes sugerencias:

1) Los juzgados que conocen de procesos declarativos sobre abusividad de cláusulas en contratos firmados por consumidores habrían de comunicarse con los juzgados en los se estén tramitando ejecuciones basadas en dichos contratos, para solicitar, vía exhorto, información sobre eventuales acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad.

2) A la vista de esa información, el juzgado que esté tramitando el proceso declarativo debería notificar la pendencia del proceso a esos acreedores en cuanto que son “personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la resolución que ponga fin al procedimiento” (art. 150.2 LEC).

3) Dicha notificación ha de permitir al acreedor con derecho inscrito o anotado con posterioridad realizar dos tipos de actuaciones. Por un lado, intervenir voluntariamente en ese proceso declarativo (cfr. art. 13 LEC) para solicitar que se condene a la entidad demanda a abonarles las cantidades que les correspondan conforme a los arts. 672 y 692 LEC. Por otro lado, alternativamente, solicitar, en el marco de la ejecución instada por ese acreedor contra el consumidor, el embargo, total o parcial, de las cantidades reclamadas por este último en el proceso declarativo, con orden de retención dirigida a la entidad demandada en el citado proceso declarativo para el caso de que se estimara la demanda (cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ, *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, La Ley, 2019, p. 236, donde argumenta que es posible el embargo de derechos litigiosos y otras expectativas jurídicas). Se trataría, en definitiva, de un embargo condicionado a la estimación de la demanda. Este embargo debería comunicarse por exhorto al tribunal que está conociendo del proceso declarativo, con la finalidad de que lo reflejara en las actuaciones y, eventualmente, en el texto de la sentencia estimatoria.

4) Finalmente, si llegara a dictarse sentencia de condena en el proceso declarativo: (i) la sentencia debería dejar constancia de que la existencia o inexistencia de acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad y, en su caso, de las consecuencias que tiene la existencia de ese tipo de acreedores respecto del cumplimiento voluntario o de la ejecución forzosa de la condena; (ii) si no se hizo anteriormente, el acreedor con derecho inscrito o anotado con posterioridad podría solicitar, en el marco de la ejecución instada por él contra el consumidor, el embargo, total o parcial, de las cantidades debidas en virtud de la sentencia de condena, con orden de retención a la entidad condenada; y (iii), en todo caso, el tribunal que eventualmente conozca de la ejecución de esa sentencia de condena deberá asegurarse de que no se perjudican los derechos de los acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad.

5.6 Reflexiones finales

Como hemos adelantado, en la sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo aplica con pulcritud y precisión la doctrina jurisprudencial del TJUE en la Sentencia *Ibercaja* y, hasta cierto punto, también en la Sentencia *Unicaja*. De este modo, se consagra, también por nuestro Tribunal Supremo, la doctrina que proclama una exención total de la preclusión para los consumidores que alegan cláusulas abusivas, de manera que éstos, pasando por encima de lo dispuesto en los arts. 136 y 400 LEC, podrán hacer valer extemporáneamente sus alegaciones tanto en el proceso en curso como en un proceso declarativo independiente.

Se trata, ciertamente, una doctrina bastante disruptiva, por cuanto que da al traste con un principio básico de nuestro Derecho Procesal Civil, a saber: el principio de preclusión rigurosa y *ope legis*, que, entre otros fines, persigue obligar a los litigantes a ser diligentes con el ejercicio de sus derechos y asegurar el respeto a la ordenación de actuaciones marcada por la ley. Pues bien, quizá preocupada por evitar mayores interrupciones, generadas por una eventual *vis expansiva* de la doctrina del TJUE, la Sala Primera termina subrayando que la exención de la preclusión solo beneficia a los consumidores, y a nadie más que a los consumidores (FJ 3, ap. 7):

“Lo declarado en la citada sentencia del TJUE y en esta sentencia no obsta [a] que, en los casos en los que el ejecutado no tenga la condición de consumidor, mantengamos la jurisprudencia sobre la improcedencia de plantear en un proceso declarativo posterior (o simultáneo, por existir identidad de razón jurídica) los motivos de oposición a la ejecución que el ejecutado puede oponer en el proceso de ejecución, pues para el ejecutado la posibilidad de alegar esas causas de oposición precluye si no las formula en una demanda incidental de oposición a la ejecución. Así resulta de lo declarado en las sentencias 462/2014, de 24 de noviembre, 576/2018, de 17 de octubre, y 649/2022, de 6 de octubre”.

Con todo, cabría añadir que habría un escenario en el que los consumidores tampoco disfrutarían de la exención de la preclusión, a saber, el escenario de “total pasividad del consumidor afectado” (Sentencia *Ibercaja*, para 44; y Sentencia *Unicaja*, para 28). Sobre el significado de la expresión “total pasividad del consumidor afectado”, podemos buscar algunas indicaciones observando los hechos de los asuntos *Ibercaja* y *Unicaja*. En estos dos asuntos, los consumidores tenían asistencia letrada y habían permanecido pasivos a pesar de habérseles notificado en forma las resoluciones contra las que podían oponerse y recurrir. En *Ibercaja*, el consumidor había comparecido con abogado y procurador en los momentos iniciales del proceso, había dejado pasar el plazo para oponerse a la ejecución y había tardado más de un año y medio en alegar cláusulas abusivas. En *Unicaja*, el consumidor, también con abogado y procurador, había dejado pasar el plazo para recurrir en apelación la sentencia; tam-

bién había dejado pasar el plazo para impugnar el recurso de apelación que había presentado la contraparte para atacar la decisión en materia de costas; y, en fin, incluso había dejado de comparecer ante el tribunal de apelación para invocar la nueva jurisprudencia creada por la Sentencia *Gutiérrez Naranjo*. Pues bien, si para el TJUE ninguna de estas conductas supone un escenario de “total pasividad del consumidor afectado”, no nos queda otra opción que concluir que ese escenario está restringido a situaciones absolutamente residuales y extremas, de dejadez y negligencia patente, consciente y absoluta del consumidor, podríamos decir.

Por último, me gustaría señalar que esta doctrina del TJUE que exime a los consumidores de la preclusión –tan correctamente aplicada por el Tribunal Supremo en la sentencia que es objeto de este comentario– no me parece acertada. Explicar con detalle todos los motivos de este juicio desfavorable excede de los límites de este comentario y constituye el tema de otro trabajo (cfr. VALLINES GARCÍA, “Demolishing procedural autonomy in the name of effectiveness: Unicaja, Ibercaja and SPV Project”, *Yearbook on Procedural Law of the Court of Justice of the European Union Fifth Edition – 2023*, en prensa). Baste aquí apuntar que no comparto el argumento del TJUE de que la efectividad de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE se ve imposibilitada o extremadamente dificultada por un sistema de preclusión rigurosa como el español. En mi opinión, esos preceptos del Derecho europeo pueden ser perfectamente efectivos en un sistema de preclusión rigurosa (i) si la persona que ostenta la condición de consumidora es debidamente informada de sus derechos procesales, (ii) si la ley le permite ejercer esos derechos en plazos razonables, sin costes excesivos y con asistencia letrada y, sobre todo, (iii) si actúa con la misma debida diligencia que se le exigiría a esa misma persona si tuviera que intervenir en un proceso distinto en el que litigara sobre una materia ajena al Derecho del consumo.

6. Bibliografía

- CEDEÑO HERNÁN, *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2023.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, La Ley 2019.
- VALLINES GARCÍA, “Demolishing procedural autonomy in the name of effectiveness: Unicaja, Ibercaja and SPV Project”, *Yearbook on Procedural Law of the Court of Justice of the European Union Fifth Edition – 2023* (en prensa).

