

**EL TS PERMITE A LOS CONSUMIDORES EL INICIO DE UN PROCESO  
DECLARATIVO PARA ANULAR CLÁUSULAS ABUSIVAS DURANTE UN PROCESO  
DE EJECUCIÓN\***

**(Comentario a la STS, sala 1ª, pleno, núm. 1.215/2023 de 4 de septiembre de 2023)**

***Pascual Martínez Espín\*\****  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 5 de octubre de 2023*

**Resumen:** El TS declara la inexistencia de litispendencia o de cosa juzgada respecto de un proceso declarativo sobre nulidad de cláusula abusiva si en el proceso de ejecución no se ha examinado, de oficio o a instancia del ejecutado, el carácter abusivo de la cláusula. 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.

**Abstract:** The Supreme Court (TS) declares the absence of lis pendens or res judicata with respect to a declaratory process regarding the nullity of an abusive clause if, in the execution process, the abusive nature of the clause has not been examined, either ex officio or at the request of the executing party. However, this possibility of initiating a declaratory process regarding the abusive nature of a clause in a contract that is currently

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

\*\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4466-7128>

undergoing or has been the subject of an execution process should not entail any prejudice to the rights recognized in the execution process for holders of subsequent rights registered or annotated on the mortgaged or seized property with respect to any remainder that may exist after delivering the auction price to the executing party.

**Palabras clave:** cláusulas abusivas, consumidores, procedimiento de ejecución no hipotecaria, procedimiento declarativo, examen de oficio, Directiva 93/13.

**Key words:** abusive clauses, consumers, non-mortgage foreclosure procedure, declarative procedure, ex officio examination, Directive 93/13.

**COMENTARIO:** 1. Antecedentes de hecho. 2. Cuestiones jurídicas controvertidas. 3. Deber de revisión de oficio por el juez del carácter abusivo en un procedimiento de ejecución. 4. Alegación del carácter abusivo en el procedimiento de ejecución. 5. Alegación del carácter abusivo en un procedimiento declarativo posterior. 6. Excepción de cosa juzgada en el declarativo posterior respecto a un proceso ejecutivo anterior. 7. Derechos de terceros anotados con posterioridad sobre el bien. 8. La abusividad de la cláusula de intereses moratorios. 9. Conclusiones

## 1. Antecedentes de hecho

Los antecedentes de hecho del caso son los siguientes:

- Catalunya Banc S.A. (hoy, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en adelante, BBVA) interpuso contra D. Valentín y D.<sup>a</sup> Coro una demanda de ejecución de título no judicial, consistente en una escritura pública de préstamo sin garantía hipotecaria en el que, entre otras estipulaciones, se había establecido un interés ordinario del 10,5% y un interés de demora del 20,5%. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar, al que correspondió el conocimiento de la demanda, despachó ejecución contra D. Valentín y D.<sup>a</sup> Coro.

- La resolución en la que se despachó ejecución no contenía motivación expresa sobre el examen de oficio del carácter abusivo de la cláusula que establecía el interés de demora.

- El 8 de enero de 2014, D. Valentín y D.<sup>a</sup> Coro formularon oposición a dicha ejecución en la que alegaron el carácter abusivo de la cláusula que regulaba la liquidación de la deuda.

- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la oposición basada en tal causa en un auto dictado el 2 de abril de 2015.
- Con posterioridad a que se formulara esta oposición a la ejecución y a que se dictara el auto que la desestimó, fue dictada la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 265/2015, de 22 de abril, que consideró abusiva la cláusula de los contratos de préstamo sin garantía hipotecaria que establecía un interés de demora superior en más de 2 puntos respecto del interés remuneratorio.
- El 22 de septiembre de 2015, esto es, en un momento posterior a que se dictara el auto que desestimó la oposición basada en el carácter abusivo de la cláusula de liquidación de la deuda pero estando aún en trámite el proceso de ejecución de título no judicial, D. Valentín y D. <sup>a</sup> 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 cuya escritura pública estaba siendo objeto de ejecución.
- BBVA se opuso a la demanda y alegó, entre otros argumentos, la excepción de cosa juzgada con base en el proceso de ejecución que se seguía entre las mismas partes.
- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de cosa juzgada y estimó la demanda. BBVA interpuso un recurso de apelación contra esa sentencia en el que volvió a plantear la excepción de cosa juzgada.
- La entidad bancaria demandada interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Barcelona. al considerar "*que los efectos de la cosa juzgada o litispendencia deben de extenderse a este procedimiento de conformidad con lo prevenido en el artículo 400.2 de la LEC, puesto que tuvo la oportunidad de haberlo suscitado en el marco de aquel procedimiento [el proceso de ejecución de título no judicial] junto con la alegación relativa a la liquidez de la deuda, y no lo hizo*".
- Los demandantes interpusieron un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, toda vez que la resolución impugnada aprecia indebidamente la excepción de cosa juzgada. El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 82.1 y 83 del texto refundido de la Ley general de consumidores y usuarios, del artículo 8.2 de la Ley de condiciones generales de la contratación, artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, artículo 4 bis de la LOPJ y 9.3 de la Constitución Española y su interés casacional se justifica por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial representada por la STS nº 265/2015, Sala 1ª de lo Civil, de 22 de abril; la STS nº 705/2015, Sala 1ª de lo Civil, de

23 de diciembre y especialmente con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas según la jurisprudencia del TJUE.

- El Tribunal Supremo resolvió el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Valentín y D. <sup>a</sup> Coro contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, estimando el recurso y declarando la nulidad de la cláusula que fija el interés de demora en el 20% del crédito no hipotecario. El Tribunal Supremo concluyó que no existía litispendencia ni cosa juzgada respecto al proceso declarativo sobre la nulidad de la cláusula abusiva. Además, estableció que el consumidor tiene la posibilidad de promover un proceso declarativo sobre el carácter abusivo de una cláusula no negociada, incluso si existe un proceso de ejecución en curso.

## **2. Cuestiones jurídicas controvertidas**

Las cuestiones jurídicas controvertidas en este caso son las siguientes:

1. ¿Puede el juez examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución no hipotecaria?
2. ¿Puede el consumidor invocar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en un procedimiento declarativo posterior si el juez ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas en el procedimiento de ejecución no hipotecaria?
3. ¿Puede la excepción de cosa juzgada o de prejudicialidad civil ser alegada en un proceso declarativo sobre nulidad de cláusula abusiva si en el proceso de ejecución no se ha examinado, de oficio o a instancia del ejecutado, el carácter abusivo de la cláusula?

## **3. Deber de revisión de oficio por el juez del carácter abusivo en un procedimiento de ejecución**

El art. 517 de la LEC establece que la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. Uno de esos títulos ejecutivos no judiciales son las pólizas de contratos mercantiles del art. 517.2. 5º de la LEC, como sucede en el presente caso.

El proceso judicial de ejecución de títulos no judiciales regulado en la LEC permite al acreedor de que una vez verificado que se ha producido el incumplimiento de la obligación de pago que corresponde al deudor prestatario puede aquella parte acudir al proceso judicial regulado en los Títulos III del Libro III de la LEC con el objetivo de poder conseguir el cobro de lo debido, lo que realizará mediante la oportuna demanda ante el Juzgado de Primera Instancia competente.

Una vez iniciado el proceso judicial la parte ejecutada y requerida de pago tendrá tres opciones: proceder al pago, oponerse al mismo en base a las causas legalmente tasadas en la LEC o no realizar acto alguno ni tendente a cumplir con el requerimiento de pago ni a oponerse a la ejecución despachada. En cualquiera de los casos, el juez de primera instancia debe examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, se haya o no personado en la causa la parte ejecutada, y haya o no la misma indicado como causa de oposición dicho carácter abusivo.

En la sentencia de 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que cuando se ha adoptado una resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria habiendo efectuado un juez con anterioridad un examen de oficio del carácter abusivo de las cláusulas del título que dio lugar a ese procedimiento, pero esa resolución no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del plazo establecido al efecto, no será posible oponer al consumidor, en fases ulteriores de dicho procedimiento -como una reclamación de pago de los intereses adeudados a la entidad bancaria debido al incumplimiento, por el consumidor, del contrato de préstamo hipotecario de que se trate- o en un procedimiento declarativo posterior, ni la autoridad de cosa juzgada ni la preclusión para privarle de la protección contra las cláusulas abusivas conferida en los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Por tanto, el consumidor debe poder invocar en un procedimiento posterior distinto el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo (hipotecario) para poder ejercer efectiva y plenamente sus derechos en virtud de la citada Directiva, con el fin de obtener la reparación del perjuicio económico causado por la aplicación de dichas cláusulas.

Y la sentencia concluye que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo. Lo anterior es aplicable de igual manera a la ejecución de títulos no judiciales.

La preclusión opera dentro del proceso de ejecución cuando en él ya había existido un control de las cláusulas abusivas (de oficio o a instancia de parte) y se había dictado resolución desestimatoria, tanto respecto de las que fueron rechazadas y el ejecutado pretendiera alegarlas con posterioridad como incluso respecto de las que no hubieran sido examinadas (de oficio o a instancia de parte), pero pudieron ser planteadas en el incidente de oposición.

En el presente caso, el eventual carácter abusivo de la cláusula del contrato de préstamo que establece el interés de demora en un 20,5% anual, siendo el interés ordinario del 10,5% anual, no ha sido objeto de examen en el proceso de ejecución del título judicial. No fue objeto de control de oficio, pues el auto que despacha ejecución no contiene ninguna motivación expresa, siquiera sea sucinta, sobre el examen de esa cláusula, y no fue objeto del incidente de oposición a la ejecución, en el que solo se examinó el eventual carácter abusivo de otra cláusula, la de liquidación de la deuda.

#### **4. Alegación del carácter abusivo en el procedimiento de ejecución**

Hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el control de oficio de las cláusulas abusivas se venía ejerciendo por algunos tribunales, al amparo de la reiterada jurisprudencia comunitaria que así lo imponía, incluso aunque no hubiese solicitud de parte, siempre con la debida contradicción, en aplicación de la Directiva 93/13 (SSTJUE de 4 de junio de 2009 [caso Pannon GSM, C-243/08], de 14 de junio de 2012 [caso Banco Español de Crédito, C-618/10], de 21 de febrero de 2013 [caso Banif Plus Bank, C-472/11], de 14 de marzo de 2013 [caso Aziz c. CatalunyaCaixa, C-415/11] y de 30 de mayo de 2013 [caso Jfirs c. Aegon, C-397/11]; STS 241/2013, de 9 de mayo; AAP Valencia, Secc. 7ª, 185/2012, de 4 de diciembre).

La disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, reguló un incidente extraordinario de oposición a la ejecución (en curso), con fundamento en la existencia de cláusulas abusivas, otorgando al ejecutado el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado, de 15 de mayo de 2013.

Con la redacción vigente, interpuesta una demanda ejecutiva (art. 549 LEC), el tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo (art. 557 LEC) puede ser calificada como abusiva (art. 552, II LEC). Cuando se despache ejecución fundada en títulos no judiciales, el ejecutado sólo podrá oponerse a ella, en el tiempo y en la forma prevista en el art. 556 (esto es, mediante escrito firmado por Abogado y Procurador, y presentado “dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despacha ejecución”), si se funda en alguna de las causas mencionadas y, entre ellas, que el título contenga cláusulas abusivas (art. 557 LEC). Dado que se trata de un



incidente que se suscita de oficio y que es previo al despacho de la ejecución, éste se entiende sólo con la parte ejecutante, a quien el órgano judicial oírán por quince días sobre la nulidad apreciada. Estamos, por tanto, ante una causa de oposición de las que la LEC denomina “por motivos de fondo”, que puede ser alegada como causa única de oposición o como una causa unida a otras causas de oposición tanto de fondo como de forma. Y que una vez alegada por la parte ejecutada, conllevará la sustanciación del incidente de ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 695.2, en relación con lo dispuesto en el artículo 560 de la LEC.

Conforme a la jurisprudencia europea, a partir de la sentencia del asunto Lintner (C-511/17), el Juez que se encuentra conociendo de un asunto entre un consumidor y un empresario o profesional debe entrar a analizar de oficio la aplicabilidad de la Directiva 93/13/CEE, y el posible carácter abusivo de aquellas cláusulas no impugnadas por el consumidor que planteen “serias dudas” en cuanto a su validez y sean el “objeto” de la controversia. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha vuelto a mencionar en su reciente Sentencia de 17 de mayo de 2022, Asunto C-869/19, que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, en el mismo sentido: *“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”...* *“Además, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, a establecer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia de 26 de junio de 2019, Addiko Bank, C-407/18, EU:C:2019:537, apartado 44 y jurisprudencia citada). A falta de regulación en el Derecho de la Unión, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, establecer en su ordenamiento jurídico interno los procedimientos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos, que ese Derecho confiere a los justiciables. No obstante, dichos procedimientos no deben ser menos favorables que los aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni estar concebidos de modo que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (sentencia de 26 de junio de 2019, Addiko Bank, C-407/18, EU:C:2019:537, apartado 46 y jurisprudencia citada)”.*

La Sentencia 141/2022, de 14 de noviembre de 2022, recurso de amparo 5094-2021, dictada por el Tribunal Constitucional, admite a trámite el recurso de amparo interpuesto frente a sendos autos dictados por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Fuenlabrada (Madrid) dictados en un procedimiento de ejecución hipotecaria, por los que



se inadmitían la solicitud de revisión de diversas cláusulas abusivas y se confirmaba dicha decisión al desestimarse el recurso de reposición. En el fallo de esta sentencia señala que *“recae en el juez nacional la obligación de apreciar de oficio o a instancia de parte el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente... La respuesta del órgano judicial además de frustrar la expectativa revisora de la recurrente, con quiebra de las exigencias de motivación derivadas del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y de la propia doctrina anteriormente expuesta, se enfrenta con nuestros pronunciamientos relativos a la obligación de control de oficio por el órgano judicial de la eventual abusividad de las cláusulas, que únicamente se exceptúa en el caso de que el carácter abusivo hubiera sido examinado en un anterior control judicial. En efecto, de la doctrina expuesta resulta que recae en el juez nacional la obligación de apreciar de oficio o a instancia de parte el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente. Sin embargo, el órgano judicial rechaza realizar ese control pese a que no ha existido un anterior control judicial en relación con el eventual carácter abusivo de las otras cláusulas contractuales referidas por la recurrente. La resolución rechaza el control de abusividad argumentando que existió un pronunciamiento que resolvió la oposición a la ejecución, que alcanzó firmeza y fuerza de cosa juzgada, pero omite, pese a la insistencia de la recurrente, que ese pronunciamiento solo se refirió a la cláusula de vencimiento anticipado, de intereses moratorios y de pacto de liquidez, y no a las restantes cláusulas del contrato. Con ello el órgano judicial incumplió el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y nuestros reiterados pronunciamientos, en los que hemos afirmado que el órgano judicial está obligado a apreciar, a instancia de parte o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho o de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas (entre otras muchas SSTC 31/2019, FJ 5; 140/2020, de 6 de octubre, FJ 3; 8/2021, de 25 de enero, FJ 3; 12/2021, de 25 de enero, FJ 3; 101/2021, de 10 de mayo, FJ 3; 150/2021, de 13 de septiembre, FJ 3, y 44/2022, de 21 de marzo, FJ 4 ) y con ello vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE)”*.

De acuerdo con la jurisprudencia tanto del TJUE como del Tribunal Constitucional (sentencias 31/2019, de 28 de febrero, y 23/2023, de 27 de marzo), el consumidor tiene la posibilidad de instar la nulidad de la cláusula abusiva en el propio proceso de ejecución, mientras el mismo no haya finalizado y no se haya dictado una resolución firme que contenga un pronunciamiento expreso y motivado, al menos sucintamente, que enjuicie, de oficio o a instancia de parte, el carácter abusivo de la cláusula.

## **5. Alegación del carácter abusivo en un procedimiento declarativo posterior**

No existiendo una resolución firme, dictada en el proceso de ejecución, que contenga un pronunciamiento expreso y motivado, al menos sucintamente, que enjuicie, de oficio o a instancia de parte, el carácter abusivo de la cláusula de interés de demora ya sea para declarar su carácter abusivo, ya sea para rechazarlo, el consumidor puede invocar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en un procedimiento declarativo posterior. De este modo, no existe litispendencia ni cosa juzgada, ni se ha producido la preclusión respecto de la posibilidad de solicitar la nulidad de tal cláusula, por abusiva, en un proceso ordinario.

¿Y si el proceso de ejecución ha terminado? La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, núm. 468/2019, de 28 de octubre (JUR 2020\100070), señaló que: *«La virtualidad de la declaración de nulidad de las cláusulas formalizadas en la escritura de préstamo hipotecario, una vez extinguida la garantía real, tras dictarse resolución por la que se adjudicaba al ejecutante el inmueble objeto de la garantía hipotecaria, carece de eficacia práctica alguna, precisamente por la pérdida del objeto y de la garantía hipotecaria sobre el mismo constituida —por su realización— y la toma de posesión de la ejecutante»*. El planteamiento (y solución) de la sentencia es incorrecto porque no se trata de la pérdida del objeto del proceso sino del potencial derecho del ejecutado a participar en el juicio declarativo autorizado por el artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la aplicación (o no aplicación) de la preclusión. El artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece considerar el escenario de un juicio declarativo que se inicia mientras está en curso el proceso de ejecución al permitir acordar una medida cautelar de retención de la cantidad que debe ser entregada al ejecutante en el apartado 2 de ese artículo. Por otra parte, esto no impide su planteamiento posterior. Aun terminada la ejecución es posible plantear el declarativo, con dos límites: que el juez no se haya pronunciado, de oficio o a instancia de parte, en el ejecutivo; y que no afecte a los derechos de terceros, lo que se analizara a continuación.

## **6. Excepción de cosa juzgada en el declarativo posterior respecto a un proceso ejecutivo anterior**

El efecto de cosa juzgada formal del art. 207 LEC solo puede afectar a las cláusulas que fueron analizadas de modo efectivo en el procedimiento judicial y sobre las que haya existido un pronunciamiento expreso. No habiéndose producido dicho pronunciamiento expreso sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora, pues el juzgado no la analizó de oficio y en el incidente de oposición solo se debatió sobre el carácter abusivo de otra cláusula del contrato de préstamo, los demandantes optaron por promover un juicio declarativo ordinario para cuestionar la validez de dicha cláusula.

El consumidor puede acudir a un juicio declarativo independiente en vez de habilitar un trámite extraordinario de oposición en el juicio ejecutivo, porque el consumidor debe tener la opción de articular los medios de defensa frente a cláusulas abusivas en el procedimiento que considere oportuno, aunque esté abierto ya el procedimiento de ejecución.

El Tribunal Supremo ha señalado que, para que exista litispendencia o cosa juzgada respecto de un proceso declarativo sobre la nulidad de una cláusula abusiva, es necesario que dicha cláusula haya sido examinada de manera expresa y motivada en el proceso de ejecución. Si no se ha producido dicho examen, el consumidor tiene la posibilidad de promover un proceso declarativo independiente para impugnar la cláusula abusiva, sin que esto perjudique los derechos de terceros con derechos posteriores sobre el bien hipotecado.

En relación con la excepción de cosa juzgada, el Tribunal Supremo ha establecido que esta no puede ser apreciada si no existe una resolución firme que haya enjuiciado el carácter abusivo de la cláusula. Además, ha señalado que el consumidor tiene derecho a invocar el carácter abusivo de las cláusulas en un procedimiento posterior, con el fin de obtener la reparación del perjuicio económico causado por su aplicación.

Si el ejecutado no tiene la condición de consumidor no procede plantear en un proceso declarativo posterior (o simultáneo, por existir identidad de razón jurídica) los motivos de oposición a la 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.

## **7. Derechos de terceros anotados con posterioridad sobre el bien**

El artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al prever en su apartado 2 la posibilidad de acordar la medida cautelar de retención de la cantidad que deba entregarse al ejecutante, parece estar teniendo en cuenta el supuesto de un juicio declarativo iniciado cuando está pendiente el proceso de ejecución. Pero ello no excluye su planteamiento con posterioridad, siempre que no resulten afectados los derechos de terceros.

La 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Debe existir 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.

Para que en ese proceso declarativo pueda hacerse entrega al consumidor de las cantidades cuya restitución es consecuencia de 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.

El Abogado General Evgeni Tanchev, en sus conclusiones de 15 de julio de 202 (Asunto C-869/19), admite que se pueda reclamar por cláusulas abusivas después de una ejecución hipotecaria. Considera que una vez que la garantía hipotecaria haya sido ejecutada, el bien haya sido vendido y los derechos reales sobre él hayan sido transmitidos a un tercero, debe considerarse que ya no es posible que una parte plantee el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, o que el órgano jurisdiccional examine de oficio dicho carácter, pues ello conllevaría la anulación de los actos de transmisión de la propiedad, de modo que tendría consecuencias negativas para terceros y mermaría la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas. El Abogado General estima que la Directiva, interpretada a la luz del principio de efectividad, no se opone a una normativa nacional como la española, que no permite al órgano jurisdiccional examinar, de oficio o a instancia de parte, el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario una vez que la garantía hipotecaria haya sido ejecutada, el bien hipotecado haya sido vendido y los derechos reales sobre él se hayan transmitido a un tercero, siempre que los consumidores cuyos bienes hayan sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria puedan hacer valer sus derechos en un procedimiento judicial posterior dirigido a la obtención de una reparación de conformidad con dicha Directiva. Considera, además, que la Directiva, interpretada a la luz del principio de efectividad, se

opone a una normativa nacional como la española, que no permite al órgano jurisdiccional examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, o a un consumidor que no se opuso a la ejecución invocar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en el marco de dicho procedimiento o de un procedimiento declarativo posterior, cuando el carácter abusivo de dichas cláusulas haya sido objeto de un control inicial realizado de oficio por el órgano jurisdiccional que no fue explícito ni fue motivado suficientemente en relación con dicha Directiva.

Por tanto, la única posibilidad de interponer un declarativo posterior al ejecutivo (ya finalizado) es que no haya existido un control efectivo de abusividad por el juez (de oficio o instancia de parte) y que no resulten perjudicados derechos de terceros (lo que será difícil en una ejecución hipotecaria; no tanto en una ejecución no hipotecaria).

## **8. La abusividad de la cláusula de intereses moratorios**

La STS confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que aplicó correctamente la jurisprudencia que, a partir de la sentencia 265/2015, de 22 de abril, estableció sobre el carácter abusivo de la cláusula no negociada que fija el interés de demora en los contratos de préstamo concertados con consumidores en un tipo superior a dos puntos sobre el interés remuneratorio.

## **9. Conclusiones**

El TS declara:

1. La inexistencia de litispendencia o de cosa juzgada respecto de un proceso declarativo sobre nulidad de cláusula abusiva si en el proceso de ejecución no se ha examinado, de oficio o a instancia del ejecutado, el carácter abusivo de la cláusula.
2. La 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.
3. Es abusiva la cláusula no negociada que fija el interés de demora en los contratos de préstamo concertados con consumidores en un tipo superior a dos puntos sobre el interés remuneratorio.