



EL CONSTITUCIONAL SE MANTIENE FIEL A SU DOCTRINA SOBRE EL LÍMITE TEMPORAL PARA INSTAR EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA*

Sheila Martínez Gómez
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 16 de noviembre de 2021

Desde que la STC (Pleno) núm. 31/2019 de 28 de febrero¹ se pronunciara sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y su vinculación con el control judicial de la abusividad del clausulado de los títulos ejecutivos no judiciales, el Constitucional viene reiterando² que la negativa del órgano judicial a pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, so pretexto de (i) la preclusión del plazo de oposición a la ejecución; (ii) la improcedencia de la vía procesal (incidente excepcional de nulidad de actuaciones) utilizada por el demandado para instar el control judicial; y (iii) la revisión de oficio de las cláusulas con arreglo al art. 552.1, párrafo segundo, LEC -sin referencia expresa o con una vaga declaración de su realización en el auto de despacho de ejecución-, infringe el principio de primacía del

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2021-COB-10466-003 con cargo a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN-31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC); en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) 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" dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; y en el marco de la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

¹ ECLI:ES:TC:2019:31.

² Véanse las SSTC 30/2020 de 24 febrero (ECLI:ES:TC:2020:30); 48/2020 de 15 junio (ECLI:ES:TC:2020:48); 140/2020 de 6 octubre (ECLI:ES:TC:2020:140); 7/2021 de 25 enero (ECLI:ES:TC:2021:7); 8/2021 de 25 enero (ECLI:ES:TC:2021:8); 12/2021 de 25 enero (ECLI:ES:TC:2021:12); 24/2021 de 15 febrero (ECLI:ES:TC:2021:24); 50/2021 de 3 marzo (ECLI:ES:TC:2021:50) y 102/2021 de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:102).



Derecho de la Unión y, consiguientemente, conculca el art. 24.1 CE dado que el límite temporal a la posibilidad de instar dicho control ha de fijarse en el momento en el que el adquirente tome posesión del bien inmueble, salvo que hubiera sido realizado de oficio, y así constara suficientemente motivado, en el marco de una resolución con fuerza de cosa juzgada, de conformidad con la doctrina sentada en la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, *Banco Primus*)³.

Prueba de ello son las dos últimas SSTC 150/2021⁴ y 154/2021⁵ de 13 de septiembre, las cuales, a la luz de la doctrina sentada en la pionera STC 31/2019, otorgan amparo constitucional a dos consumidores que vieron desestimados, con fundamento en las tres causas señaladas anteriormente, sendos incidentes de nulidad en los que se interesaba la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado con posterioridad a los diez días para oponerse a la ejecución y antes del lanzamiento.

El Pleno del TC declaró, en virtud de la Directiva 93/13/CEE y la interpretación llevada a cabo por el TJUE en el asunto *Banco Primus*, que «[e]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente. Y, por supuesto, permite que el consumidor pueda formular un incidente de oposición cumpliendo con lo que disponga la norma (...). De ahí, que no quepa considerar que el plazo para denunciar la existencia de cláusulas abusivas precluya por el solo hecho de que la parte ejecutada no formule oposición a la ejecución en el plazo legal de diez días» (FJ 6.4), máxime cuando (i) «[l]a recurrente denunció su abusividad “cumpliendo con lo exigido en la norma”, a excepción del plazo (...) previsto en el art. 556.1 LEC» (FJ 6.4); y (ii) «[l]a STJUE de 21 de noviembre de 2002 (asunto C-473/00, *Cofidis*) declaró que “la Directiva 93/13/CEE se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato”; doctrina aplicada en el asunto *Banco Primus*» (FJ 6.7).

Asimismo, rechazó que cupiera tenerse por realizado y justificado el examen de oficio previo al requerimiento de la parte si no constaba suficientemente motivado en el despacho de ejecución, pues «el hecho de que en la resolución (...) se afirme que la demanda ejecutiva cumple los requisitos establecidos en el art. 685 LEC [o -añado- se

³ EU:C:2017:60.

⁴ ECLI:ES:TC:2021:150.

⁵ ECLI:ES:TC:2021:154.



declare que se procedió a revisar de oficio las cláusulas contractuales denunciadas con arreglo al art. 552.1 LEC] (...) es insuficiente a los efectos de considerar que, sin género de dudas, se realizó dicho control, sobre todo cuando de dicha argumentación se va hacer depender el acceso a un pronunciamiento de fondo... » (FJ 8, párrafos 2º, 3º y 4º).

Por último, y en relación a la preclusión procesal, señaló que «la propia STJUE de 26 de enero de 2017 afirmó (...) que “a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escritas” (apartado 32)» (FJ 7.7).

Comentario:

Después de que la STJUE de 14 de marzo de 2013, (asunto C-415/11, *Aziz*)⁶ censurara el sistema de ejecución hipotecaria español por considerar que el mismo se oponía a la Directiva 93/13/CEE al no prever ni «[l]a posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual... » (apdo. 64 y fallo) ni la obligación del juez de la ejecución de realizar el control de oficio⁷, el legislador español modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introduciendo (i) la obligación del juez ejecutor de apreciar, de oficio (art. 552.1 LEC por remisión del art. 681.1 LEC) o a instancia de parte (art. 695.1.4ª LEC), la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo; y (ii) un régimen transitorio para las ejecuciones hipotecarias que se encontraban *en curso* a la fecha de entrada en vigor de la reforma, es decir, para aquellas en las que el plazo de oposición de diez días del art. 557.1 LEC había empezado a correr o había expirado y el adquirente no había tomado posesión del inmueble (DT4ª, apartados 1 y 2, de la Ley 1/2013).

Este régimen especial, que concedía un plazo preclusivo de un mes a la parte ejecutada, a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de la reforma (16.05.2013), para formular un «incidente extraordinario de oposición» basado en el supuesto carácter abusivo de una cláusula contractual, fue cuestionado por el JPI nº 2 de Santander, quien decidió preguntar al Tribunal de Luxemburgo si el plazo de un mes de la DT4ª y el principio de cosa juzgada formal del art. 207 LEC se adecuaban a las previsiones de la Directiva 93/13/CEE.

⁶ EU:C:2013:164.

⁷ CORDERO LOBATO, E.: «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5/2013, págs. 26-34.



La STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, *Banco Primus*) puso de manifiesto que, si bien el plazo de oposición de un mes era razonable y proporcionado, el *dies a quo* del cómputo del plazo era contrario al principio de efectividad porque, en la medida en que los consumidores «... no eran informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución (...), existe un riesgo elevado de que ese plazo expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial» [apdo. 39 y 40 de la STJUE de 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/14, *BBVA*)]⁸.

Sobre el principio de cosa juzgada como límite a la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de examinar *ex officio* la existencia de cláusulas abusivas, señaló que la Directiva 93/13/CEE «... debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 LEC (...), que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas» (apdo. 54).

Además, y puesto que las cuestiones planteadas por el órgano remitente se inscribían en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que *el ejecutado-consumidor instó el incidente extraordinario de oposición previsto en la DT4ª de la Ley 1/2013 después de que la vivienda fuera subasta y adjudicada a la entidad bancaria*, el Tribunal europeo tuvo que pronunciarse, con carácter previo a entrar en el fondo del asunto, sobre el momento en el que debía entenderse finalizado dicho procedimiento, pues de ello dependía la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez santanderino (art. 267 TFUE⁹).

⁸ EU:C:2015:731.

⁹ «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

[...]



Tras ponerse en duda por parte del Gobierno español la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales presentadas, al entender que el procedimiento del que conocía el órgano jurisdiccional remitente concluyó con el lanzamiento del deudor y de los ocupantes de la vivienda mediante Auto de 8 de abril de 2014 (apdo. 27), el Alto Tribunal europeo adujo que, «tal como señaló el Abogado General en el punto 30 de sus conclusiones (...), *a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente*, el procedimiento de ejecución hipotecaria de que se trata en el litigio principal no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente (...). Así, la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable “a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente”» (apdo. 32).

En términos prácticos, la STJUE de 26.01.2017 abrió la posibilidad a que los consumidores *inmersos en ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013* pudieran oponerse a la ejecución, sobre la base de la existencia de una cláusula abusiva, a través del «incidente extraordinario de oposición» de la DT4ª en tanto no concluyera el procedimiento con la puesta en posesión del bien al adquirente, salvo que ya existiera un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada¹⁰.

Fuera de la DT4ª, es decir, en las ejecuciones hipotecarias iniciadas tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el ejecutado ya podía (y puede) invocar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo a través del incidente de oposición del art. 695.1.4ª LEC y dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto de despacho de ejecución (art. 557.1 LEC).

Transcurrido dicho plazo, habrá precluido el derecho del ejecutado y no podrá formular extemporáneamente el incidente de oposición del art. 695.1.4ª LEC, pues de lo contrario, extrapolar la doctrina *Banco Primus* a las ejecuciones post-Ley 1/2013 y permitir que el ejecutado pueda formular oposición en cualquier fase del procedimiento sobre la base de la existencia de una cláusula abusiva -como así lo entiende la doctrina constitucional tras una interpretación extensiva y defectuosa de la STJUE de 26 de enero de 2017-, significaría, tal y como se pone de manifiesto en el voto particular a la STC 31/2019 firmado por el Magistrado Enríquez Sancho¹¹, «prescindir del ordenamiento procesal que

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

[...].»

¹⁰ SABATER BAYLE, E.: «Ejecución hipotecaria: incidentes de oposición, plazo de preclusión y derechos de los consumidores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.6/2017, págs. 135-145.

¹¹ ECLI:ES:TC:2019:31.



regulaba la actuación del juez y de las partes en el proceso de ejecución hipotecaria, otorgando a la recurrente un derecho, el de exigir sin sujeción a plazo alguno el control del carácter abusivo de una cláusula, que las leyes no le concedían». Y ello, cuando el propio Tribunal de Luxemburgo viene admitiendo la compatibilidad de la fijación de plazos de carácter preclusivo, en interés de la seguridad jurídica, con la protección dispensada por la Directiva 93/13/CEE, siempre y cuando aquellos respeten los principios europeos de equivalencia y efectividad¹² -juicio que el TJUE no ha llevado a cabo sobre el plazo de diez días del art. 557.1 LEC¹³-.

En efecto, el ejecutado-consumidor debe cumplir con lo exigido por la normativa procesal y emplear los concretos trámites instrumentados a su favor, dentro del procedimiento, para hacer valer sus derechos, de tal forma que el principio de efectividad no supla íntegramente su total pasividad [STJUE de 1 de octubre de 2015 (asunto C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*), apdo. 62]¹⁴. En definitiva, y como diría LAFUENTE TORRALBA¹⁵, «lo último que pretende el TJUE es autorizar al consumidor para saltarse a su antojo el orden de los actos procesales, obligando al órgano ejecutor a tramitar incidentes extemporáneos que pueden trastornar seriamente el desarrollo de la actividad ejecutiva y en los que el riesgo de utilización interesada, cuando no manifiestamente maliciosa, es más que evidente».

Ello sin perjuicio de que el ejecutado pueda, posteriormente, invitar al Tribunal a ejercer su facultad de control de oficio. Pero, ¿hasta qué momento puede el juez ejecutor examinar, de oficio, la abusividad de una cláusula?

Como es sabido, y a pesar de que el art. 552.1 LEC (aplicado analógicamente al procedimiento de ejecución hipotecaria) limita el mencionado control al trámite del

¹² Véanse, en este sentido, las SSTJUE de 14 de marzo de 2013 [asunto C-415/11, *Aziz* (EU:C:2013:164)]; 30 de abril de 2014 [asunto C-280/13, *Barclays Bank* (EU:C:2014:279)] y 26 de junio de 2019 [asunto C-407/18, *Addiko Bank* (EU:C:2019:537)].

¹³ Por cuanto se refiere al principio de efectividad, recordemos que el Tribunal de Luxemburgo viene reiterando que en el caso en el que se le plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del DUE, debe tener en cuenta el lugar que ocupa la disposición de que se trate dentro del conjunto del procedimiento, el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales, así como la duración del plazo y el mecanismo de determinación del inicio del plazo [véase la STJUE de 7 de julio de 2014, C-169/14, *Sánchez Morcillo y Abril García* (EU:C:2014:2099) y jurisprudencia citada].

¹⁴ EU:C:2015:637.

¹⁵ LAFUENTE TORRALBA, A.J.: «El plazo extraordinario de la oposición fundada en cláusulas abusivas: Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58/2016, págs. 143-170.



despacho de ejecución, «las competencias judiciales de apreciación de oficio»¹⁶ no pueden quedar condicionadas «al cumplimiento formal de las normas que regulan la tramitación del proceso judicial de ejecución»¹⁷, debiéndosele permitir al juez declarar la nulidad de una cláusula abusiva hasta la finalización del procedimiento, el cual se produce, a ojos del Tribunal Constitucional y siguiendo la STJUE de 26.01.2017, con la puesta en posesión del inmueble al adquirente.

Sin embargo, el Tribunal europeo no determinó que sea ese el momento en el que debe entenderse finalizado el procedimiento de ejecución hipotecaria, sino que únicamente se remitió a la legislación nacional aplicable al caso del que conocía (DT4^a) por tratarse de una cuestión de derecho interno sobre la que no es competente para pronunciarse. De ahí que, en los procedimientos post-Ley 1/2013, deba estarse a las normas generales y ver en qué momento concluye el proceso y el consiguiente control de oficio [AAP de Barcelona (Sección 4.^a) núm. 47/2017 de 14 de febrero¹⁸]. A este respecto, si bien no existe ningún precepto que anude, expresamente, la finalización del procedimiento a un momento determinado, se barajan dos opciones: *el decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC)* y *la toma de posesión del inmueble (art. 675 LEC)*, opciones que fueron introducidas por el legislador en la DT5^a (ventas extrajudiciales) y en la DT4^a (ventas judiciales) de la Ley 1/2013, respectivamente, para fijar el límite temporal al control de la abusividad en las ejecuciones extrajudiciales y judiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la mencionada ley¹⁹.

¹⁶ CARRASCO PERERA, A.: «La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6/2013, págs. 58-65.

¹⁷ GÓMEZ AGUILERA, A.M.: «El control judicial de la existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución del contrato de préstamos hipotecarios concertados con consumidores: análisis del estado actual de la cuestión», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 161/2021, págs. 181-204.

¹⁸ AC 2017\830.

¹⁹ El propio Tribunal europeo respaldó, en la sentencia de 7 de diciembre de 2017 (asunto C-598/15, *Banco Santander*), el proceder del legislador al considerar que los art. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE «no resultan de aplicación a un procedimiento [para ejercitar derechos reales inscritos], iniciado por quien obtuvo la adjudicación de un bien inmueble en un proceso de ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria constituida sobre ese bien por un consumidor en beneficio de un acreedor profesional y que persigue la protección de los derechos reales legalmente adquiridos por el adjudicatario, en la medida en que, por una parte, ese procedimiento es independiente de la relación jurídica que une al acreedor profesional y al consumidor y, por otra parte, la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el bien inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre el mismo han sido transmitidos sin que el consumidor haya hecho uso de los recursos legales previstos en este contexto» (apdo. 50 y fallo). Es decir, el TJUE rechaza que el procedimiento previsto en el art. 41 LH y en el art. 250 LEC constituya una continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial y, por tanto, que el control de la abusividad decaiga con la toma de posesión del inmueble por el adquirente, lo que ha sido denunciado por MARTÍN FABA, J.M.: «De cómo una hipotética protección de la seguridad jurídica relega la obligación del juez de apreciar de oficio cláusulas abusivas», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, febrero 2018. Disponible en:



Partiendo de que la finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la realización del bien gravado con garantía real para satisfacer el crédito del acreedor, no resulta descabellado sostener que el procedimiento finaliza cuando el LAJ expide el testimonio del decreto de adjudicación, pues, una vez vaya acompañado del mandamiento de cancelación de cargas, es el que determinará (i) la consumación de la transmisión del inmueble subastado al adjudicatario (STS núm. 414/2015 de 14 de julio²⁰); (ii) la inscripción de la finca a favor del adjudicatario en el Registro de la Propiedad (art. 133, párrafo primero, LH); y (iii) la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella (art. 134, párrafo primero LH). De esta forma, y simultáneamente, decaería la obligación de control de oficio del juez ejecutor, protegiéndose los derechos de *terceros adquirentes* de buena fe.

No obstante, también podría vincularse el fin del procedimiento con la toma de posesión del inmueble cuando el adjudicatario sea el acreedor-ejecutante, pues, aunque ello podría dar lugar a que el procedimiento permanezca abierto *sine die* y, por ende, se establezca un control *ad infinitum* del carácter abusivo de las cláusulas si se suspendiera el lanzamiento por un plazo de once años (art. 1 de la Ley 1/2013 tras la reforma operada por el RD-ley 6/2020²¹) o si se formalizara un contrato de arrendamiento de vivienda con el acreedor-ejecutante-adjudicatario (art. 1.1 de la Ley 1/2013 tras el RD-ley 5/2017²²), en cuyos casos no procede la entrega de la posesión al adjudicatario por disponer el ejecutado de un título judicial o contractual -respectivamente- que le legitima en el uso de la vivienda subastada y adjudicada, en palabras de MARTÍN FABÁ²³, «es el banco el que dispuso la cláusula abusiva en el contrato, y [por tanto, el que] debe correr con el riesgo de ver sobreseído el procedimiento de ejecución de la garantía hasta su culminación» con la toma de posesión del inmueble.

Estas mismas opciones han sido sopesadas por la AP de Zaragoza en el marco de una ejecución hipotecaria post-Ley 1/2013 en el que el consumidor no formuló oposición en virtud del art. 695.1.4^a LEC y **el bien hipotecado fue adjudicado a la entidad bancaria ejecutante por un importe de 179.574€ y cedido por ésta a una S.A.**, quien ingresó la

<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2017.pdf>

²⁰ RJ 2015\3002.

²¹ Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública («BOE» núm. 62, de 11/03/2020).

²² Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social («BOE» núm. 66, de 18 de marzo de 2017).

²³ MARTÍN FABÁ, J.M.: «De cómo una hipotética...», *op.cit.*, pág. 5.



referida cantidad (cesión de remate a un tercero, art. 647.3 LEC). Ante las dudas suscitadas, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Luxemburgo, entre otras cuestiones, si es conforme con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE el hecho de que, en caso de que la garantía hipotecaria haya sido ejecutada, el bien hipotecado haya sido vendido y los derechos reales sobre él hayan sido transmitidos, un órgano jurisdiccional nacional pueda, de oficio o a instancia de la parte contra la cual se insta la ejecución, realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario hasta el momento en que dicha parte sea desposeída del bien.

El Abogado General de la Unión Europea, el Sr. Evgeni Tanchev, ha declarado, en sus Conclusiones de 15 de julio de 2021 (asunto C-600/19, *Ibercaja Banco*)²⁴, que «[u]na vez que la garantía hipotecaria haya sido ejecutada, el bien hipotecado 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, lo cual conllevaría la anulación de los actos de transmisión de la propiedad y, de este modo, tendría consecuencias negativas para terceros y mermaría la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas» (apdo. 72). No obstante, ello no es óbice para que «[u]n consumidor que se encuentre en tal situación invoque, en el marco de un procedimiento posterior distinto, el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario a fin de poder ejercer sus derechos de forma efectiva y útil sobre la base de la Directiva 93/13 y, en consecuencia, solicitar reparación al acreedor por las consecuencias económicas sufridas por razón de esas cláusulas» (apdo. 73).

Por consiguiente, concluye que ***«los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, interpretados a la luz del principio de efectividad, no se oponen a una normativa nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional realice un control de las cláusulas abusivas, de oficio o a instancia de parte, una vez que la garantía hipotecaria haya sido ejecutada, el bien hipotecado haya sido vendido y los derechos reales sobre él hayan sido transmitidos 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»*** (apdo. 74).

Esto, *a contrario sensu*, significaría que, en el supuesto de que no aparezca la figura del tercer adquirente de buena fe (art. 34 LH) por ser la entidad acreedora-ejecutante la adjudicataria y propietaria del bien, el juez executor podrá declarar la nulidad de una cláusula abusiva que hubiera constituido el fundamento de la ejecución o determinado la

²⁴ ECLI:EU:C:2021:614.



cantidad exigible después de la transmisión de la propiedad del bien, pero antes de que el deudor sea desposeído de él. Y ello porque no existen terceros que puedan verse perjudicados por la apreciación de la abusividad -y consiguiente nulidad- de las cláusulas del préstamo hipotecario.

Sin embargo, habrá que esperar a conocer la respuesta del Alto Tribunal europeo para conocer hasta dónde llega la protección del consumidor dispensada por la Directiva 93/13/CEE y, más en concreto, hasta qué momento puede el órgano jurisdiccional examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del título ejecutivo.