

Voto particular que formula el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1086-2018.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente Voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 1086-2018. En ella se dicta doctrina sobre el alcance del derecho de la parte ejecutada para exigir el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, a partir de una interpretación que entiendo errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este tema, y con un resultado que, de propagarse en el foro, puede suponer un riesgo fundado para la necesaria seguridad jurídica de los procesos ejecutivos en nuestro país, no solo de los hipotecarios. En todo caso, además, el recurso de amparo debió ser desestimado porque de ningún modo se reunían las condiciones para reconocer vulnerado el derecho fundamental objeto de invocación, como tuve ocasión de explicar en el Pleno.

La demanda de amparo se refiere a un procedimiento hipotecario cuya parte ejecutada es la recurrente, que fue instado contra ella en octubre de 2013, por un impago acumulado de diez (10) cuotas mensuales de devolución del préstamo (capital e intereses). Una vez despachada ejecución en noviembre de 2013 y debidamente notificada, la recurrente se aquietó, sin plantear incidente de oposición -por ningún motivo- dentro del plazo concedido, dejando transcurrir todas las fases del procedimiento, hasta que tres años y medio después y cuando solamente restaba por poner en posesión de la entidad adquirente el bien inmueble realizado en subasta, la demandante presentó a finales de mayo de 2017 un escrito al Juzgado executor impetrando el control de oficio de una de las cláusulas del contrato, la de vencimiento anticipado, que figuraba como cláusula sexta bis, aduciendo que la misma era abusiva con base en los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de ese año, dictada en el asunto *C-421/14, Banco Primus SA y Jesús Gutiérrez García*. El órgano judicial contestó a esta petición, que calificó como incidente de nulidad de actuaciones, mediante una providencia motivada de inadmisión a trámite que es la impugnada en amparo, indicando entre otros extremos que la petición así formulada era extemporánea; que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no considera incompatible con la Directiva 93/13/CEE el principio de seguridad jurídica y la eficacia

de cosa juzgada contenida en normas de nuestro ordenamiento procesal; y que de todas formas el control de oficio sobre dicha cláusula ya se había efectuado al despachar el auto de ejecución en noviembre de 2013, por lo que no resultaba procedente realizarlo de nuevo.

Lo debatido en el recurso de amparo, como es de ver, no ha sido un problema sustantivo en torno a una cláusula abusiva (no se ha entrado a dilucidar si la cuestionada lo era ciertamente o no), sino procesal: si existe un pretendido derecho a provocar la nulidad de actuaciones, total o parcial, de un proceso de ejecución prácticamente finalizado, pese a no haber sufrido la parte ejecutada indefensión alguna y haber desaprovechado sin motivo justificado los trámites de defensa que tenía a su disposición para obtener una respuesta judicial sobre el carácter abusivo de la cláusula, amparándose en el último momento en el supuesto incumplimiento de un control de oficio de la misma. El examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia, incluyendo la sentencia dictada el 26 de enero de 2017, que se alegó, no permite alcanzar la tesis afirmativa que postula la demanda y que asume la Sentencia aprobada por la mayoría.

1. El control de oficio de la cláusula abusiva a instancia de la parte interesada, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: es pacífico que una de las consecuencias que se derivan del carácter de norma imperativa del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, “sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, a tenor del cual no vinculan al consumidor las cláusulas abusivas incluidas en un contrato celebrado entre éste y un profesional, es precisamente la exigencia de un control de oficio de dicha ilicitud por los órganos judiciales, sin que deba depender de una petición previa del interesado, como ha reconocido el Tribunal de Justicia desde su sentencia de 27 de junio de 2000, *asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Océano Grupo Editorial SA, Rocío Murciano Quintero y Salvat Editores SA y otros* (apartados 26, 28 y 29); siendo la STJUE de 4 de junio de 2009, *asunto C-243/08, Pannon GSM Zrt. y Erzsébet Sustikné Györfi*, a su vez, la que lo configura en simultáneo como facultad y obligación del juez, que éste debe cumplir en cuanto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello (apartado 32).

A falta de jurisprudencia del TJUE que haya dispuesto otra cosa, se deduce de sus pronunciamientos que dicho deber oficial existe en tanto no se ejercite dentro del procedimiento respectivo. El apartado 32 de la STJUE de 26 de enero de 2017, cit., señala que nuestro proceso hipotecario no se tiene por finalizado mientras el bien subastado no haya sido puesto en posesión del adquirente. Aunque la puesta en posesión no es un acto necesario y de ella puede prescindir el nuevo propietario (lo que, desde luego, no equivaldría a considerar abierto el proceso *sine die*),

si así lo pide han de practicarse las actuaciones coercitivas que marca el art. 675 LEC. Esto es a lo que se refiere el apartado 32 de aquella STJUE, pero ni ese ni ningún otro de sus fundamentos jurídicos señala que el juez esté obligado a responder a una petición de la parte ejecutada para que lleve a cabo el control de oficio, cuando está a punto de finalizar el procedimiento, ya otorgado el decreto de adjudicación, y sin importar las cargas procesales que pesan sobre la ejecutada y por tanto si ha podido solicitarlo antes. La STJUE de 26 de enero de 2017 se enmarca en un caso en el que, conviene advertirlo ya, la ejecutada no había tenido la oportunidad de defenderse de la cláusula abusiva, lo que, como luego veremos, no es lo que acaece con la aquí demandante.

Fuera del caso de que sea el propio consumidor quien renuncie al control incluso de oficio de la cláusula abusiva, derecho que es renunciable siempre que se conozca el carácter no vinculante de aquélla, según reiterada doctrina del TJUE (STJUE de 14 de abril de 2016, *asuntos acumulados C-381/14 (Jorge Sales Sinués y Caixabank, S.A.) y C-385/14 (Youssouf Drame Ba y Catalunya Caixa, S.A.)*; apartado 25, con cita de la anterior STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, apartado 35; y la de 4 de junio de 2009, *cit.*, apartado 33), importa detenerse en dos causas que pueden impedir que la parte exija al juez el control (de oficio):

A) *Que el órgano judicial se haya pronunciado ya sobre el carácter abusivo de la cláusula*: el Tribunal de Luxemburgo declara que “con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para el ejercicio de dichos recursos” (STJUE de 6 de octubre de 2009, *asunto C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, S.L.*, y *Cristina Rodríguez Nogueira*, apartado 36; también STJUE de 26 de enero de 2017, *cit.*, apartado 46). Ello supone que “el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del Derecho comunitario por la resolución en cuestión” (STJUE de 6 de octubre de 2009, *asunto C-40/08, cit.*, apartado 37; también SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, *cit.*, apartado 68; y 26 de enero de 2017, *cit.*, apartado 47).

En conexión estrecha con esto, en cuanto al principio de cosa juzgada formal de nuestro art. 207 LEC, asevera que “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez

nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente” (STJUE de 26 de enero de 2017, cit., apartado 49).

Respeto a la cosa juzgada, por tanto, y posibilidad ofrecida al juez de exponer en un juicio global, no necesariamente pormenorizado cláusula a cláusula, el control de verificación de su posible carácter abusivo. De este modo, solamente aquellas cláusulas que no hubieran sido todavía examinadas (que no es lo mismo, se insiste, que no haber expresado una motivación separada de ellas en la resolución dictada, si se ha hecho en su conjunto), son las que siguen pendientes de verificarse de oficio (STJUE de 26 de enero de 2017, apartados 52 y 54).

Pero es más: tratándose de procesos civiles y a diferencia de lo que sostiene para los de carácter administrativo, la STJUE de 6 de octubre de 2015, dictada en Gran Sala, en el *asunto C-69/14, Dragoș Constantin Târșia y Statul român, Serviciul public comunitar regim permise de conducere și înmatriculare a autovehiculelor*, apartado 35, enseña que “el principio de equivalencia no se opone a que un juez nacional no tenga la posibilidad de revisar una resolución judicial firme dictada en un procedimiento civil, cuando esta resolución resulta incompatible con una interpretación del Derecho de la Unión adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la fecha en la que dicha resolución ha devenido firme” (también apartado 41). Esto es, incluso si esa nueva interpretación fundara *ex novo* el carácter abusivo de la cláusula.

B) Que la parte haya desaprovechado los trámites otorgados por la ley para exigir al juez el control de oficio, dentro del procedimiento: en su sentencia de 21 de noviembre de 2002, *asunto C-473/00, Cofidis SA y Jean-Louis Fredout*, citada por la sentencia aprobada por la mayoría del Pleno de este Tribunal, en un caso en el que se discutía si resultaba contrario a la Directiva 93/13/CEE la fijación en la norma nacional de un plazo de dos años para formular reclamaciones de consumo y, en lo que ello conllevase también de plazo límite, para oponer como demandado la nulidad por abuso de la cláusula, el Tribunal de Justicia señaló en su apartado 36, que “una norma procesal, que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, puede hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores en los litigios en los que éstos sean demandados”. Ahora bien, justo en el apartado siguiente y contestando a un

argumento de la entidad comparecida y del Gobierno francés, el propio Tribunal reconoció haber declarado “en repetidas ocasiones que unos plazos más breves que el que se cuestiona en el asunto principal no son incompatibles con la protección de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los particulares”; y que en realidad “cada caso (...) debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición [nacional] dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales” (apartado 37). Pero además y sobre todo, realmente aunque esta sentencia habla de un plazo de preclusión, se trataba de una norma de derecho nacional que imponía al consumidor la carga de impugnar en un plazo de dos años la introducción de una cláusula considerada abusiva, transcurrido el cual no podía oponerse en los procesos instado por el profesional, para obligarle a cumplir el acuerdo en el que dicha cláusula se había sustentado. Es decir, al profesional le bastaba con constatar que habían pasado más de dos años de suscrito el contrato, para exigir el cumplimiento sin trabas de dichas cláusulas. Esto nada tiene que ver con el caso que se nos plantea en el amparo, pues sin importar el tiempo transcurrido desde la celebración del préstamo, si se solicita la ejecución forzosa de título extrajudicial por su incumplimiento, la parte puede oponerse dentro de dicho procedimiento.

Con los años y desde luego actualmente, el criterio del Tribunal se ha situado claramente del lado de admitir que “según jurisprudencia reiterada, la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho comunitario (...). En efecto, plazos de este tipo no hacen imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario” (STJUE de 6 de octubre de 2009, cit, apartado 41; también STJUE de 21 de diciembre de 2016, cit., apartado 69).

En virtud de ello es el propio Tribunal de Justicia el que impone a la parte que pretende exigir al juez el control de oficio de la cláusula abusiva, cumplir con la legalidad procesal vigente, a fin de preservar la seguridad jurídica y, con ello también pues no debe olvidarse, los derechos de las demás partes. Por tanto, ha de emplear los concretos trámites instrumentados en su favor dentro del procedimiento, no fuera de ellos y a su libre conveniencia, debiendo sujetarse al efecto preclusivo derivado de su no utilización (art. 136 LEC). Con palabras de la STJUE de 26 de enero de 2017, cit., en relación con nuestro proceso ejecutivo hipotecario: “dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, *cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición*, la obligación de 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 las demás cláusulas de dicho contrato” (apartado 52; también el apartado 54 y el fallo, 2, recalcan que la parte ha de cumplir con lo exigido por la norma, a través del incidente de oposición). De donde resulta que el juez queda relevado del deber de dar una respuesta de fondo a una petición de la parte formalizada por ésta sin cumplir con lo exigido por la/s norma/s; lo que no impide que la nulidad pueda ser planteada en un proceso declarativo posterior.

2. *El recurso de amparo debió ser desestimado*: la aplicación de los criterios que resultan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el control de oficio de la cláusula abusiva, en los términos que se han transcrito, llevaban necesariamente a desestimar la demanda interpuesta:

A) *El Juzgado executor tenía la obligación de controlar el clausulado del contrato de préstamo garantizado con hipoteca, objeto de la demanda ejecutiva, antes de despachar ejecución*: a resultas de la STJUE de 14 de marzo de 2013, *asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa D’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, que formuló una severa censura al diseño del proceso ejecutivo hipotecario español, al no preverse la posibilidad de control, de oficio o a instancia de parte en el incidente de oposición, del carácter abusivo de las cláusulas en contratos con consumidores (apartado 64 y fallo, 1), para paliar estas carencias se dictó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, “de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”; la cual introdujo precisamente el control de oficio, añadiendo un nuevo párrafo al apartado 1 del art. 552 LEC, fijando desde entonces que antes de despachar ejecución, el juez que aprecie que alguna de las cláusulas es abusiva dará audiencia a las partes y “[o]ídas éstas, acordará lo procedente”. El preámbulo de la Ley deja clara esta finalidad al señalar que: “Este Capítulo [III] recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, *de oficio* o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”, y refiere que esta modificación es consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013.

El referido precepto fue ajustado ese mismo año (por Ley 8/2013, de 26 de junio) para ampliar el plazo de audiencia, pero no ha cambiado sustancialmente desde la entrada en vigor de aquella Ley 1/2013, lo que tuvo lugar el 15 de mayo de 2013 (fecha de su publicación en el BOE,

según su disposición final cuarta). Por tanto, no hay duda de que cuando el Juzgado despachó ejecución contra la recurrente, por auto de 25 de noviembre de 2013, estaba obligado a aplicar el art. 552 ya vigente, lo citara expresamente o no en el auto, y ello a su vez le exigía verificar no solamente la existencia de “los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución”, sino la eventual exclusión de aquellas cláusulas que fuesen abusivas.

B) *El Juez, al tiempo de despachar ejecución, se encontraba ya en posesión de elementos de hecho y de Derecho para juzgar el carácter abusivo de la cláusula sexta bis de vencimiento anticipado*: no es la STJUE de 26 de enero de 2017, como sostiene la recurrente y asume la sentencia aprobada por la mayoría, la sentencia que fija los parámetros para ponderar el carácter abusivo de la cláusula de referencia. En realidad, como de manera expedita hace constar dicha sentencia en su apartado 66, en este punto se limitó a reproducir los cuatro parámetros que ya había establecido el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de marzo de 2013, cit., en su apartado 73, y en los que no hace falta entrar aquí. Nada innova pues la sentencia de 2017, lo que es tanto como decir que el análisis *ad casum* pudo cumplirse con la misma efectividad en noviembre de 2013, cuando se despachó ejecución, y cuando a la recurrente le fue notificado dicho auto.

C) *La recurrente pudo haber pedido la aclaración y, en su caso, el complemento del auto despachando ejecución, ex art. 267 LOPJ y arts. 214-215 LEC*: si albergaba dudas de que se hubiera efectuado el control de oficio del carácter abusivo de la cláusula sexta bis, a partir de la lectura del auto, o incluso si entendía “sin género de dudas” –término que utiliza la sentencia aprobada- que tal control no había tenido lugar (falta de enjuiciamiento), la ejecutada y aquí recurrente podía haber solicitado la aclaración o, en su caso, el complemento de dicho auto. Un incidente sencillo y rápido que permite precisamente depurar defectos de motivación e incongruencia omisiva respecto de sentencias y autos.

D) *Contaba siempre con el incidente de oposición a la ejecución para instar dicho control*: la mencionada Ley 1/2013 completó la reforma del modelo procesal, ampliando el control a instancia de parte, tanto en el proceso común de ejecución de título no judicial (nuevo apartado 7º al art. 557 LEC), como en el hipotecario (nuevo art. 695.4ª LEC). De allí que la jurisprudencia del TJUE mencione el incidente de oposición a la ejecución expresamente, pues con carácter general es el trámite previsto por la ley para que el ejecutado impugne el despacho

de ejecución (arts. 556 y ss, y 695 LEC), como lo es para el ejecutante interponer recursos contra el auto que lo deniegue (art. 552.2 LEC). En este caso, del mismo modo como el órgano judicial disponía de los elementos de hecho y de derecho para juzgar si la cláusula sexta *bis* era abusiva, la recurrente también lo estaba para oponerse y pedir su exclusión, valiéndose de los criterios de la STJUE de 14 de marzo de 2013, *asunto Aziz*. La STJUE de 26 de enero de 2017 no le servía para justificar una solicitud tardía.

E) *La recurrente presentó su solicitud sin someterse a plazo alguno*: no parece correcta la apreciación del Juzgado en la providencia de inadmisión, de calificar el escrito de la recurrente como un incidente de nulidad de actuaciones de los arts. 241 LOPJ y 228 LEC, y no como una pretensión de anulación de actuaciones, *ex* 227 LEC, como sostiene esta última, lo que encajaría con el hecho de que el procedimiento de ejecución (en la óptica ya reseñada) no había finalizado. Consiguientemente no regirían los plazos estrictos de caducidad de aquellos preceptos ni su restricción a la denuncia de lesión de derechos fundamentales. Dicho esto, carece de toda justificación sin embargo que se acuda al órgano judicial invocando una resolución que se dice aperturista del TJUE dictada a finales de enero de 2017, esperando a los últimos días del mes de mayo para hacerlo (cuatro meses), que por la falta de la debida representación procesal no fue proveído hasta el mes de diciembre. Incluso si a efectos meramente dialécticos se aceptara que la causa para impetrar el control de oficio se contenía en la STJUE de 26 de enero de 2017 y no antes (ya se ha dicho que no es así), la pasividad mostrada después, prescindiendo de la seguridad jurídica y del derecho de tutela judicial efectiva de la contraparte del proceso, vista la estimación del amparo plantea el lógico interrogante de cuántos meses o años habrían tenido que transcurrir para considerar su petición fuera de plazo, la suya y la presentada por otra persona en una situación similar.

F) *Traslación de la STJUE de 26 de enero de 2017 al caso de autos, por la sentencia aprobada*: como consta en los FFJJ 7 a 9, la sentencia estima el amparo básicamente porque considera que la situación de la recurrente es equiparable a la enjuiciada en la STJUE de 26 de enero de 2017. Como ya hemos advertido antes, tal identidad no existe. En esta última resolución, se trataba de un proceso hipotecario iniciado en el año 2010 pero todavía abierto a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de modo que la articulación sobrevenida de la oposición a la cláusula abusiva de vencimiento anticipado se sujetaba a las reglas de su disposición transitoria cuarta, que otorgaba plazo de un mes para formalizar en ese caso la impugnación. Sucede, sin embargo,

que tal plazo fue objeto de censura por el TJUE en su sentencia de 29 de octubre de 2015, *asunto C-8/14, BBVA SA y Pedro Peñalva López, Clara López Durán y Diego Fernández Gabarro* (apartados 39 a 41, y fallo), y no porque el mismo fuera demasiado breve, sino porque se contaba desde el día siguiente a la publicación de la ley según dicho precepto, sin exigir una notificación judicial a la parte dentro de cada procedimiento, lo que se consideró contrario al principio de efectividad de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE. Esto y no otra cosa es lo que toma en cuenta la STJUE de 26 de enero de 2017 para considerar que la parte ejecutada del proceso *a quo* no había podido promover el incidente de oposición para el control de la cláusula (apartados 35 a 37), lo que abría la alternativa a poder exigir el control de oficio mediante un incidente de nulidad instado con posterioridad.

El procedimiento de la aquí recurrente en amparo, como se ha dicho, se abrió en noviembre de 2013, ya con la vigencia de las normas que posibilitaban, de manera normal, su control en el incidente de oposición a la ejecución, que sin embargo no se interpuso. La traslación de la solución dada por la STJUE en aquel otro caso, no está correctamente justificada por la sentencia de la que discrepo, pues se ha prescindido del ordenamiento procesal que regulaba la actuación del juez y de las partes en este proceso de ejecución hipotecaria núm. 1134/2013, 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. Se sienta con ello una doctrina cuyas consecuencias generales, de mantenerse en estos términos en los demás recursos de amparo de esta serie, serán perjudiciales para nuestro sistema de justicia civil ejecutiva.

Y en tal sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a seis de marzo de dos mil diecinueve