



Revista de Derecho Civil
<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
ISSN 2341-2216
vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015)
Ensayos, pp. 181-205

LOS OBSTÁCULOS PARA EL EXAMEN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN: PUNTOS CIEGOS Y ZONAS DE DESPROTECCIÓN EN EL RÉGIMEN VIGENTE ¹

Alberto José Lafuente Torralba

Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

RESUMEN: La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, dio un paso decisivo al adaptar nuestro proceso de ejecución a la jurisprudencia del TJUE e instaurar en esta sede un doble control (de oficio y a instancia de parte) de las cláusulas abusivas que pudieran viciar el título. Sin embargo, este control judicial tropieza con una serie de limitaciones (por razón del sujeto y del tipo de título ejecutivo) que lastran los beneficios de la reforma y dejan huérfanos de tutela a un buen número de deudores. En especial, en este trabajo se aborda la situación de los pequeños empresarios, que quedan fuera del ámbito protector de la normativa sobre cláusulas abusivas, y se reflexiona críticamente sobre la decisión del legislador de circunscribir el control de tales cláusulas a la ejecución de títulos extrajudiciales.

ABSTRACT: *The 1/2013 Bill, May 14th, establishing measures to reinforce protection for defaulting mortgagors, debt restructuring and social rent, took a decisive step by adapting the spanish enforcement procedure to the jurisprudence of the ECJ and establishing a double control («ex officio» and «ex parte») of the unfair terms which could be included in the contract. However, this judicial control finds several limitations (on grounds of the subject and the sort of enforceable instrument) wich jeopardize the benefits of the reform and deprive many debtors of legal protection. Especially, the present study tackles the situation of small entrepreneurs, who are excluded from unfair terms regulation, and we reflect critically about the legislative decision of confining the control of those terms to the enforcement of authentic instruments.*

PALABRAS CLAVE: Contratos con consumidores; cláusulas abusivas; ejecución forzosa; proceso monitorio; jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

KEY WORDS: *Consumer contracts; unfair contract terms; enforcement procedure; order for payment procedure; jurisprudence of the European Court of Justice.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS DESTINATARIOS DEL CONTROL DE ABUSIVIDAD. 2.1. *Primer problema: el consumidor como único beneficiario de dicho control. La exclusión del adherente empresario o profesional.* 2.2. *Segundo problema: la delimitación del concepto de consumidor y la prueba de este carácter.* 2.3. *Tercer problema: los supuestos fronterizos.* 2.3.1. El consumidor «camuflado». 2.3.2. El consumidor mixto. 2.3.3. El consumidor subrogado. 2.3.4. El garante no profesional de una deuda profesional. 3. LOS TÍTULOS EJECUTIVOS SUSCEPTIBLES DE CONTROL. 3.1. *La (discutible) opción legislativa de limitar el control de abusividad a los títulos extrajudiciales.* 3.2. *¿Exclusión de los laudos arbitrales?* 3.3.

¹ Este trabajo es fruto del proyecto de investigación «Obstáculos y restricciones del acceso a la justicia y de la solución jurídica de los conflictos» (DER2013-44385-R), del Ministerio de Economía y Competitividad, que dirige el Profesor Juan F. Herrero Perezagua.

¿Exclusión de todos los títulos procesales? El problema de las ejecuciones derivadas de procesos monitorios. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Probablemente, la novedad más significativa de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, fue la inserción de trámites específicos en el seno de la ejecución para controlar las cláusulas abusivas que pudiera contener el título, en vez de relegar la apreciación de éstas —como anteriormente sucedía— a un proceso declarativo ajeno a la ejecución en curso y desprovisto de cualquier incidencia en ella. La citada norma erigió una doble barrera de protección del deudor frente a tales cláusulas, estableciendo tanto un control de oficio² —que el juez estaría llamado a practicar con carácter previo al despacho de ejecución (art. 552.1.II LEC)—, como uno a instancia del ejecutado —que se instrumentó mediante la incorporación de una nueva causa a la lista tasada de motivos de oposición (arts. 557.1.7º y 695.1.4ª LEC).

No debe menospreciarse la incidencia de estas mejoras en la posición jurídica de unos deudores que han sufrido con especial crudeza el azote de la actual —y persistente— crisis económica, al proveerles de instrumentos antaño impensables para reaccionar frente a imposiciones abusivas del acreedor predisponente y restablecer el equilibrio contractual. No en vano, las modificaciones aludidas han alterado profundamente el diseño de un proceso —la ejecución forzosa— que tradicionalmente ha discurrido de espaldas al Derecho del Consumo y en el que el juez, reducido a mero comprobador de formalidades, venía obligado a ignorar las patologías contractuales más severas. Sin embargo, incurriríamos en un conformismo desmedido si no denunciáramos los obstáculos existentes en la regulación actual; obstáculos que impiden dispensar una protección eficaz a *todos* los deudores que a menudo se enfrentan a situaciones de

² La incorporación de este control de oficio a nuestro ordenamiento procesal no es sino la respuesta tardía del legislador español a una doctrina largamente mantenida por el TJUE. En efecto, el deber del juez de apreciar por sí la existencia de cláusulas abusivas tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello viene siendo proclamado por la jurisprudencia comunitaria desde hace años, mucho antes del «revulsivo» representado por la sentencia del caso *Aziz* (STJUE de 14 de marzo de 2013). Ya la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso *Océano*), en su apartado 26, declaró que «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas», ya que a juicio del Tribunal de Luxemburgo «existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula». Esta idea es recalcada y desarrollada en pronunciamientos posteriores, como son las SSTJCE de 21 de noviembre de 2002 (caso *Cofidis*), 26 de octubre de 2006 (caso *Mostaza Claro*), 4 de junio de 2009 (caso *Pannon*) y 6 de octubre de 2009 (caso *Asturcom*), así como las SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 (Caso *VB Pénzügyi Lízing*) y 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*).

asimetría contractual y, con ello, a eventuales excesos del contratante «fuerte». El presente trabajo tiene por objeto analizar tales obstáculos, mediante un examen crítico del ámbito sobre el que se proyecta el control de abusividad. Dicho ámbito se delimitará atendiendo a una doble perspectiva: primero, a qué deudores o colectivo de éstos va destinado aquel control; segundo, qué concretos títulos ejecutivos se encuentran sometidos a él. A la vista de las exclusiones que se observan en uno y otro caso, se podrán constatar los abundantes supuestos en que el clausulado contractual va a quedar exento de un verdadero control de contenido, privando de tutela a un nutrido número de deudores.

2. LOS DESTINATARIOS DEL CONTROL DE ABUSIVIDAD

2.1. *Primer problema: el consumidor como único beneficiario de dicho control. La exclusión del adherente empresario o profesional*

Para enfocar debidamente el tema de la abusividad en la contratación adhesiva, es preciso recordar que las únicas cláusulas abusivas que nuestro ordenamiento regula se proyectan en el ámbito del consumo. Aunque en las relaciones entre profesionales también puede haber asimetría o desequilibrio (y los contratos bancarios son buen ejemplo de ello), esas relaciones quedan al margen de la regulación sobre cláusulas abusivas contenida en los arts. 82 y ss. del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre)³. En la contratación entre empresas, el denominado control material o de contenido de las cláusulas no negociadas no se canaliza a través de la legislación sobre cláusulas abusivas, sino que se remite a las reglas generales de la nulidad contractual⁴. Esto

³ En adelante, TR-LGDCU.

⁴ La exigencia de que el contratante sea un consumidor para poder beneficiarse del control de abusividad es recalcada por la jurisprudencia que, con carácter general, se niega a efectuar ese control cuando la relación litigiosa se desenvuelve entre profesionales. Entre los pronunciamientos más destacables, cabe referirse a la STS (Sala 1ª) de 24 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7431), que en su FD 3º declara contundentemente que «el control de abusividad sólo es posible para la contratación seriada predisuelta por un profesional en su relación con los consumidores», carácter que no concurría en la recurrente, sociedad cooperativa dedicada a la promoción de viviendas de protección oficial. Con la misma claridad se manifiesta la STS (Sala 1ª) de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), que entre los requisitos necesarios para calificar una cláusula como abusiva exige que el desequilibrio perjudique al consumidor y rechaza de plano la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario (FD 14º, apartado 233). No obstante, en la jurisprudencia menor encontramos algunas resoluciones que, en interpretación forzada, extienden el concepto de cláusula abusiva más allá de las relaciones de consumo. Así lo hace, por ejemplo, el AAP Tarragona (Sec. 3ª) de 20 de abril de 2012 (JUR 2012, 261692), que declara el carácter abusivo de los intereses moratorios fijados en un contrato de préstamo a pesar de que el deudor carecía de la condición de consumidor. Para fundamentar su decisión, y ante la imposibilidad de acudir a la regulación contenida en el TR-LGDCU, la Audiencia se basa en la doctrina del abuso de derecho (art. 7 CC) y en el canon interpretativo de la realidad social (art. 3.1 CC), considerando que en el actual contexto histórico no se aprecian diferencias significativas entre la tutela que deba darse a los consumidores y la que ha de prestarse a las pequeñas y medianas empresas. Eso sí, el citado Auto puntualiza que, al no ser el prestatario un consumidor, el juez no tiene facultades para apreciar la abusividad de oficio, sino que ha de ser el ejecutado el que la ponga de manifiesto. Sin negar el valor que se les pueda reconocer desde los parámetros de la justicia material, considero que

—habida cuenta de las limitaciones del concepto legal de consumidor⁵— está originando en la práctica situaciones injustas cuyo sentido cuesta vislumbrar.

Ya sabemos que el tejido productivo de este país está compuesto fundamentalmente por pequeñas empresas, frecuentemente autónomos o sociedades de base familiar con un modesto volumen de negocio. Estos pequeños empresarios tienen una fuerte dependencia del crédito para poder subsistir, mucho mayor que los consumidores, y su capacidad para influir en el contenido del contrato es igual de reducida o incluso inexistente: si quieren financiación tienen que pechar con las cláusulas que se les impongan, sin apenas margen para negociar, sobre todo en una época de escasez de crédito como la que atravesamos. En definitiva, estas personas están igual de expuestas que los consumidores a los posibles abusos del predisponente, pero sus medios de defensa (cuando los hay) son mucho más limitados⁶.

Para adquirir una idea cabal de esta desprotección, puede resultar útil el siguiente ejemplo tomado de nuestra realidad forense: pensemos en el dueño de un bar que concierta un préstamo con una entidad financiera para mantener a flote su negocio. Como garantía de la operación, el prestatario constituye hipoteca sobre la vivienda que comparte con su esposa. El empresario se retrasa en el pago de tres plazos de la hipoteca, pero remonta como puede sus dificultades y consigue ingresar dinero

resoluciones como la que acaba de citarse confunden lo que sería *deseable* en una futura reforma con lo que resulta *posible* a la luz de la normativa vigente. A mi juicio, es clara la intención del legislador de excluir del control de contenido las condiciones generales utilizadas en el tráfico empresarial. Así resulta de la literalidad del art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y los antecedentes de esta norma, que evidencian los recelos de un legislador temeroso de que una excesiva protección en este ámbito pudiera abocar a «rigideces empresariales no deseadas» (vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 149 y ss.).

⁵ Los consumidores aparecen definidos en el art. 3 TR-LGDCU (en la redacción dada por la reciente Ley 3/2014, de 27 de marzo) como «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». También tienen esta consideración (y ello constituye la principal diferencia con respecto al concepto de consumidor manejado en la normativa comunitaria) «las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

⁶ El perjuicio que de ahí puede derivarse para el adherente-empresario es considerable. A este respecto, poco importa la forma jurídica bajo la que se ejerza la actividad empresarial y, en concreto, que aquélla se lleve a cabo a través de una sociedad mercantil. Es verdad que la forma societaria proporciona un evidente atractivo para el estímulo de la iniciativa empresarial como es la limitación de responsabilidad, que permite a los socios y administradores mantener su patrimonio personal fuera del riesgo inherente a toda empresa. Lo que sucede es que esa responsabilidad limitada se torna en algo más teórico que real desde el momento en que la empresa se propone acceder al mercado del crédito, porque las entidades financieras necesitan garantías y, en nuestro caso, esas garantías sólo pueden provenir de las personas físicas que están detrás de la sociedad. Frecuentemente, los administradores y/o socios aparecen al mismo tiempo como garantes de los préstamos o créditos contraídos en nombre de la sociedad y acaban respondiendo con sus propios bienes —incluida su vivienda— en caso de impago. Es lo que se ha dado en llamar «responsabilidad limitada imperfecta», en el sentido de que detrás de toda PYME suele haber un patrimonio personal que se está arriesgando para el futuro (vid. CUENA CASAS, M., «El impacto económico del *fresh start* o Ley de segunda oportunidad», en *El notario del siglo XXI*, marzo-abril de 2013, p. 24).

suficiente para abonar las cuotas atrasadas. No obstante, la entidad financiera no aplica ese dinero al pago del préstamo, sino al pago de un *swap* que el mismo cliente había suscrito con ella. Para ello, el banco se ampara en una cláusula de imputación de pagos recogida en el contrato de préstamo, en cuya virtud se autoriza al prestamista para aplicar los saldos positivos del prestatario a la satisfacción de cualesquiera deudas que éste tenga con la entidad. La consecuencia no se hace esperar: el banco da por vencida la totalidad del préstamo e insta la ejecución sobre la vivienda habitual ofrecida como garantía. En este momento, además, entra en juego otra cláusula que cae como una losa sobre el maltrecho empresario, en virtud de la cual se le imponen unos intereses de demora del 25 %.

En una situación como la descrita, el deudor poco puede hacer: no puede oponer la causa 4ª del 695 LEC (cláusulas abusivas) porque él no es consumidor⁷; tampoco puede apoyarse en el reformado art. 114 de la Ley Hipotecaria⁸, que limita los intereses por mora al triple del interés legal, porque este precepto sólo se aplica a los préstamos para adquisición de vivienda. Lo único que puede hacer es plantear la nulidad de aquellas cláusulas no por abusivas, sino por contravención de las normas generales de la contratación (arts. 1255 y 1258 CC, etc.). En cualquier caso, para ello tendrá que acudir al correspondiente juicio declarativo que, por supuesto, no producirá ningún efecto suspensivo sobre la ejecución (art. 698.1 LEC), de modo que cuando le den la razón —si es que se la dan— su vivienda ya habrá sido subastada y entregada al mejor postor. Paradójicamente, si el mismo sujeto hubiese dedicado el préstamo, no a sostener el negocio que constituye su medio de vida, sino a un fin superfluo (v. gr., adquirir un coche de lujo o una residencia de veraneo), se habrían activado todos los resortes que la ley habilita para la protección del consumidor. Este tipo de situaciones, asumidas por nuestro ordenamiento como normales, pugnan con la lógica más elemental y confirman el empeño del legislador en cerrar los ojos a lo evidente: que las normas sobre cláusulas abusivas están pensadas para proteger al adherente que tiene cercenada su capacidad para negociar los términos del contrato, y los consumidores no son los únicos que pueden verse en esa tesitura. A mi juicio, urge extender esta protección a otros ámbitos en los que la desigualdad de posiciones contractuales, y por

⁷ Ciertamente, cabría pensar en la posibilidad de fundar la oposición en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, cuyo ámbito de aplicación está acotado precisamente a las relaciones entre empresas o entre éstas y la Administración (art. 3.1) y que prevé expresamente un control de cláusulas abusivas relativas a plazos de pago o intereses de demora (art. 9). Sin embargo, un examen más atento nos obliga a descartar esta opción: aunque la citada Ley está claramente orientada a la protección del empresario que pueda considerarse «parte débil» en la contratación mercantil (en especial, autónomos y PYMES), esa protección se le confiere en cuanto acreedor, no en cuanto deudor. Así lo evidencia el propio tenor del art. 9, que se refiere a las cláusulas sobre fecha de pago o consecuencias de la mora que tengan «un contenido abusivo en perjuicio del acreedor», y la presunción de abusividad que el mismo precepto establece (que la cláusula sirva «principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor»). Por todo ello, no resulta viable la invocación de esta norma como fundamento de la oposición del ejecutado, ni su art. 9 está pensado para proteger al empresario en los contratos de préstamo o crédito suscritos con entidades financieras.

⁸ En adelante, LH.

tanto el riesgo de abuso de una parte sobre la otra, es tanto o más acusada, como acontece con la contratación entre entidades financieras y pequeños empresarios o profesionales⁹. En este sentido, sería deseable que nuestro legislador siguiera la senda trazada por los proyectos de unificación del Derecho contractual europeo, cuya reglamentación en materia de cláusulas abusivas posee una vocación general y comprensiva de todo adherente¹⁰. También merecería la pena estudiar una posible generalización a nivel estatal de soluciones como la adoptada recientemente por el legislador catalán, que ha dado el paso de incluir en la normativa de consumo ciertas relaciones interprofesionales¹¹.

⁹ A este respecto, no puedo sino sumarme a las críticas formuladas por la doctrina frente a la opción de limitar el control de contenido de las cláusulas predispuestas a las relaciones de consumo. Diversos autores denuncian la situación de indefensión en que este sistema deja el pequeño empresario o profesional frente a las cláusulas contrarias a la buena fe que le causen un perjuicio injustificado. Vid., sin ánimo exhaustivo, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica...*, cit., pp. 146 y ss.; PASTOR VITA, F. J., «Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios», en *Diario La Ley*, núm. 6367, 25 de noviembre de 2005, pp. 9 y ss.; MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales. Sobre la necesidad de protección de los adherentes profesionales», en *Bases de un Derecho Contractual Europeo* (eds.: ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 132 y ss. Este último autor, con todo, subraya las dificultades de índole práctica que podrían surgir a la hora de articular la protección de los empresarios adherentes frente a las cláusulas abusivas: siendo evidente que algunos de ellos están más próximos a la situación del consumidor que otros, habría que realizar algún tipo de discriminación a efectos de otorgar protección a unos —los pequeños y medianos— en detrimento de los demás. Llegados a este punto, tropezaríamos con la falta de criterios objetivos claros para trazar esa línea divisoria. El aspecto cuantitativo (tamaño de la empresa) podría ser un índice, pero entonces el problema sería cómo medir ese tamaño y dónde poner el límite.

¹⁰ Vid. el art. 4:110 de los *Principles of European Contract Law*, fruto de los trabajos de la denominada «Comisión Lando» y publicados entre 1995 y 2002. Allí se contiene una única definición de cláusula abusiva aplicable con carácter general a todo contrato con cláusulas no negociadas individualmente, sin distinguir según el adherente sea un consumidor o un empresario. También hay que referirse al *Draft Common Frame of Reference* (Proyecto de Marco Común de Referencia), documento académico publicado en 2009 y elaborado por el *Study Group on a European Civil Code (Study Group)* y el *Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*, dando así cumplimiento al mandato de la Comisión Europea del año 2003 (*European Commission's «Action Plan on a More Coherent European Contract Law»*). Apartándose del criterio adoptado por los *Principles*, este último texto opta por establecer nociones diferenciadas de cláusula abusiva según se trate de un contrato celebrado con consumidores o entre empresarios. Para estos últimos, establece el art. II.-9:405 que la cláusula se considerará abusiva si es una de las cláusulas estándar predispuestas por una de las partes «y resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos». Para un estudio más detenido, puede consultarse BLANDINO GARRIDO, M. A., «Comentario al art. II.-9:405», en *Derecho Europeo de los Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia* (coords.: VAQUER, A.; BOSCH, E.; y SÁNCHEZ, M.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 661 y ss.

¹¹ Se trata de una de las novedades introducidas por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. Dicha Ley añade un nuevo apartado al art. 111-1 del Código de Consumo catalán de 2010, en cuya virtud los derechos y obligaciones establecidos por el citado código se extienden, en la medida en que sean compatibles, a: a) las relaciones entre personas físicas empresarias que estén dentro del régimen especial de trabajadores autónomos y las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado; b) las relaciones entre estas mismas

2.2. Segundo problema: la delimitación del concepto de consumidor y la prueba de este carácter

Como hemos visto en el epígrafe anterior, y a pesar de las críticas que esta limitación merezca, la alegación y examen de posibles cláusulas abusivas queda circunscrita a los casos en que la relación jurídica deducida sea un contrato de consumo; lo cual implica que el adquirente del bien o el beneficiario del servicio ha de actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, según reza el art. 3 TR-LGDCU. Por consiguiente, la ajenidad de la operación crediticia a una actividad empresarial —o, si se quiere, la no aplicación de los fondos obtenidos a dicha actividad— se convierte en elemento clave para otorgar al deudor la calificación de consumidor. Deben entenderse superadas, en este sentido, lecturas restrictivas basadas en la literalidad de la legislación derogada, en la cual se exigía que el contratante actuase como *destinatario final*, esto es, que el uso del bien o servicio se agotase en su esfera personal o familiar, sin reingresar en el circuito económico¹². Esto originó problemas a la hora de conceptuar como consumidores a los particulares que adquirirían inmuebles —contratando el correspondiente préstamo hipotecario para financiar dicha adquisición— a modo de inversión y con evidente ánimo de lucro; esto es, no para destinarlos a su propio uso o el de su entorno familiar, sino al uso de terceros (v. gr., mediante la ulterior reventa o arrendamiento del bien)¹³. Con la actual redacción del art. 3 TR-LGDCU, como decimos, este tipo de interpretaciones deben ser descartadas. Ciertamente, en casos como el apuntado el beneficiario del crédito reintroduce el bien financiado en el tráfico económico pero, al hacerlo al margen de una actividad empresarial o profesional, no cabe negarle la condición de consumidor ni la protección que como tal merece. De todos modos, habrán de tenerse en cuenta factores como la habitualidad con la que el supuesto consumidor lleva a cabo esta clase de actos, el número de inmuebles que está recolocando en el mercado o el volumen de

empresas y los entes que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo.

Para delimitar el ámbito en el que se produce esta equiparación entre consumidores y empresarios, interesa destacar que según el art. 2.3 de la citada recomendación europea se consideran microempresas aquellas que ocupan a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o balance general anual no supera los 2 millones de euros. En cuanto a las empresas prestadoras de servicios básicos, se tratará de aquellas que ofrezcan alguno de los servicios enumerados en el art. 251-1.c) del Código de Consumo (suministros, transportes, medios audiovisuales de radiodifusión y de televisión, de comunicaciones, asistenciales y sanitarios, financieros y de seguros).

¹² Así lo establecía el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que consideraba consumidores a «las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como *destinatarios finales*, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones... », añadiendo a continuación que carecían de esta condición «quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

¹³ Da cuenta de estos problemas y de su superación con el actual concepto de consumidor CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de *consumidor* en el Derecho Privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. III, núm. 1, marzo de 2011, p. 94.

los ingresos que dichas operaciones le reportan, para, en función de tales extremos, determinar si nos hallamos ante una verdadera actividad profesional.

Pese a la claridad de la noción de consumidor que acaba de esbozarse, no cabe desconocer los problemas prácticos que pueden plantearse en relación con la prueba de tal carácter. A este respecto, debe tenerse en cuenta que en ocasiones la condición de consumidor del ejecutado no consta en los autos, ni existen datos en la escritura que permitan identificar la finalidad para la que se solicitó el préstamo o el destino efectivo del bien financiado¹⁴. Este problema se agrava si tenemos en cuenta las limitaciones probatorias existentes en el proceso de ejecución¹⁵, así como la indeterminación de la carga de la prueba sobre los extremos señalados. Ninguna norma indica sobre quién recae el *onus probandi* cuando no resulte claro si el préstamo se destinó al consumo privado o a una actividad empresarial, lo que, como hemos visto, constituye un *príus* para poder analizar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales. No hay, pues, un criterio seguro que nos permita saber cuál de los litigantes habrá de soportar las consecuencias de una posible falta o insuficiencia de prueba sobre tales extremos.

Para resolver esta cuestión (y centrándonos en el ámbito que aquí interesa, el de la contratación bancaria), considero que hay que atender a la práctica habitual de las

¹⁴ El único apoyo legal, en este sentido, viene dado por el art. 21.3 LH que, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, ordena insertar en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a ésta, mención que tendrá un valor presuntivo (susceptible de prueba en contrario) en una eventual ejecución posterior. Con todo, la eficacia de esta norma de cara a probar el destino de la financiación contratada y la condición de consumidor del prestatario es relativa. Varias razones vienen a sustentar esta afirmación: en primer lugar, debe tenerse en cuenta que esta mención obligatoria del carácter del inmueble únicamente es aplicable a la escrituras de préstamo hipotecario que se hayan formalizado tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, no a las anteriores, especialmente las otorgadas en plena «burbuja» inmobiliaria, que son las más numerosas y suponen el grueso de las ejecuciones hipotecarias en trámite; en segundo lugar, es posible que el prestatario, sin utilizar el inmueble como vivienda habitual ni conferirle tal carácter en la escritura, lo destine a otros fines personales o familiares (v. gr., residencia de veraneo) cuya constancia no viene exigida por la ley; en tercer lugar, el hecho de que la hipoteca se constituya sobre la vivienda habitual no significa que el préstamo se destine a un acto de consumo, pues es perfectamente posible que la vivienda se ofrezca como garantía de una deuda empresarial. Finalmente, a lo dicho cabría añadir las acertadas observaciones de Espejo Lerdo de Tejada, que advierte que la protección especial dispensada al inmueble hipotecado cuando en él radica la vivienda habitual del deudor implica un sobre coste financiero que las partes (incluido el propio deudor) se sentirán tentadas de esquivar. En este sentido, señala el autor que si las últimas reformas propician un coste más barato para el préstamo no destinado a adquisición de vivienda, puede declararse falsamente que la vivienda adquirida no se empleará como residencia habitual. En tal caso, cabe preguntarse si se habrán de aplicar las normas protectoras al deudor hipotecario que no declaró el uso como vivienda habitual, habida cuenta de que el reformado art. 21.3 LH establece la obligación de declarar el uso pretendido, pero no señala las consecuencias de una declaración falsa o incorrecta (vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Contenido financiero del préstamo y protección del deudor hipotecario», en *La protección del deudor hipotecario* [coords.: ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., y MARTOS CALABRÚS, M. A.], Ed. Comares, Granada, 2014, p. 49).

¹⁵ Dicha prueba está circunscrita, con carácter general, a la documental, existiendo escaso margen para la práctica de otros medios probatorios. Esto es especialmente manifiesto en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria (vid. art. 695.2 LEC).

entidades financieras en la concesión de crédito. Éstas, sobre todo tras las últimas innovaciones normativas tendentes a impulsar el crédito responsable, acostumbran a recabar información de sus potenciales clientes (situación profesional, fuentes de ingresos y otros datos con trascendencia patrimonial) con carácter previo a la celebración del contrato, a fin de evaluar la viabilidad de la operación. Dichas entidades cuentan, pues, con elementos de los que cabe inferir el destino probable de la financiación contratada. Por ello, a mi juicio, no es descabellado entender que el prestamista profesional posee facilidad probatoria para acreditar que el deudor ejerce una actividad empresarial a la que pudiese haber destinado el préstamo (art. 217.7 LEC). Esto supone que, para «desactivar» la objeción de abusividad, a la entidad financiera no le bastará con alegar que no consta la condición de consumidor del ejecutado, sino que habrá de ofrecer argumentos y fuentes de prueba de los que, razonablemente, se deduzca que el crédito se destinó a un uso empresarial¹⁶.

2.3. Tercer problema: los supuestos fronterizos

La delimitación conceptual realizada en el epígrafe anterior, tan diáfana en apariencia, se torna oscura y ofrece no pocas dudas interpretativas cuando el jurista se enfrenta al caso concreto. En efecto, la limitación del control de abusividad a los contratos suscritos por consumidores deviene problemática ante la posible —y frecuente— existencia de supuestos fronterizos o limítrofes, esto es, de deudores «en tierra de nadie» cuyo encaje en el concepto de consumidor resulta dudoso. Sin pretensiones de agotar toda la casuística, variada y compleja, expondré a continuación algunos de estos supuestos.

2.3.1. El consumidor «camuflado»

En primer lugar, pensemos en el caso del administrador de una sociedad limitada que utiliza como residencia particular un inmueble adquirido e hipotecado en nombre de la sociedad; es decir, se trata de un sujeto que ha comprado el bien para un uso exclusivamente privado, si bien lo ha hecho escudándose en la empresa que dirige y representa con el fin de obtener ventajas (sobre todo de tipo fiscal) vedadas a los consumidores. A mi juicio, este consumidor «camuflado» no debería gozar de la protección dispensada por la regulación sobre cláusulas abusivas: si ha contratado en

¹⁶ En la literatura jurídica, también aboga por trasladar la carga de la prueba al ejecutante FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 44. Considera el autor que, al formularse oposición fundada en la existencia de cláusulas abusivas, la condición de consumidor del ejecutado se presupone como base de esta oposición y, por ello, se traslada al ejecutante la carga de acreditar que el deudor carece de tal cualidad. Similar conclusión, aunque con otros argumentos, alcanza CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de *consumidor*... », cit., p. 117. A juicio del civilista, es el empresario quien, para evitar la aplicación de la especial tutela que dispensa el TR-LGDCU, habrá de probar el hecho positivo de que su contraparte actuó *dentro* del ámbito propio de una actividad empresarial o profesional, pues constituiría una difícil prueba de hecho negativo que el consumidor hubiese de demostrar que *no* actuó en ese contexto; podría probar que obró con fines de consumo privado, pero no que además no empleó el bien o servicio en el contexto de sus actividades profesionales.

calidad de empresario, creando con ello una *apariencia de vinculación* del bien adquirido a su actividad económica, no puede luego contravenir sus propios actos y colocarse bajo un régimen jurídico —el de los consumidores— distinto del que voluntariamente asumió. Tampoco resulta lícito el intento de apropiarse sólo de los beneficios derivados de la integración de ese bien en el patrimonio empresarial —v. gr., deducción de gastos en la contabilidad a efectos del impuesto de sociedades— y desechar los inconvenientes que tal integración conlleva —en especial, la exclusión del ámbito protector del Derecho del Consumo—. Semejante conducta puede calificarse de oportunista y contraria a las reglas de la buena fe. En definitiva, en supuestos como el descrito puede entenderse que el particular, al inducir en el otro contratante la impresión de que actuaba con fines profesionales, está renunciando a la protección prevista para los consumidores¹⁷, lo que debería comportar la imposibilidad de impugnar por abusivas las cláusulas contractuales.

2.3.2. El consumidor mixto

Una segunda hipótesis en la que la condición del deudor resulta incierta se produce cuando aquél actúa con un doble carácter, destinando el bien financiado mediante el préstamo hipotecario tanto a fines particulares como empresariales (v. gr., el fotógrafo profesional que utiliza como estudio una o varias estancias de su vivienda; o el abogado que instala su despacho y atiende a sus clientes en el propio piso en el que reside). Se trata de la conocida figura del *consumidor mixto*, cuya inclusión en el ámbito subjetivo de la legislación de consumo ha sido y sigue siendo discutida¹⁸. Este tipo de fenómenos se dan sobre todo respecto de créditos concedidos a pequeños y medianos empresarios, en los que la línea que separa lo profesional y lo personal no siempre se distingue con nitidez¹⁹ y cuyo modesto nivel económico aboca a utilizar determinados bienes en sendos ámbitos de actuación. Estos sujetos parecen *a priori* excluidos de la noción de consumidor delineada por el art. 3 TR-LGDCU, pues no actúan con un propósito ajeno, sino directamente ligado (aunque sólo sea en parte) a su actividad empresarial. La desprotección que ello supone para personas cuya situación resulta *de facto* asimilable a la de los consumidores debiera conducir, tal vez, a una interpretación más flexible y aconsejaría atender al destino principal o preponderante que se haya dado a la financiación obtenida²⁰. No obstante, y dejando a un lado la inseguridad jurídica que implica discernir entre lo principal y lo accesorio²¹, no parece que éste sea el camino seguido por el TJUE en sus pronunciamientos sobre la materia: para reconocer el *status* de consumidor, el Tribunal comunitario exige que el uso profesional al que

¹⁷ Así lo entendió el TJCE en su Sentencia de 20 de enero de 2005 (caso *Gruber*), apartados 48 a 54, en un asunto relativo a la aplicabilidad de los arts. 13 a 15 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial.

¹⁸ Una completa exposición de las diferentes posturas al respecto puede verse en CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de *consumidor*... », cit., pp. 111 y ss.

¹⁹ Vid. AGUILAR RUIZ, L., *La protección legal del consumidor de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 65.

²⁰ Por este criterio aboga, entre otros, AGUILAR RUIZ, L., op. cit., pp. 67 y ss.

²¹ A ello se refiere, en relación con el ámbito subjetivo del arbitraje de consumo, HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 195.

parcialmente se destina el bien sea, no ya secundario o menos relevante que el uso privado, sino comparativamente insignificante, mínimo o residual²².

2.3.3. El consumidor subrogado

Otro supuesto que puede generar dudas es el relativo al préstamo hipotecario suscrito por una empresa promotora en el que posteriormente, y con ocasión de la compra de alguna de las viviendas construidas, se subroga un particular. Aquí contrasta la finalidad netamente empresarial para la que se concedió el préstamo —financiar las obras de edificación de viviendas destinadas a la venta— y el fin privado de quien, finalmente, pasa a ocupar la posición del prestatario. Básicamente, la cuestión que se plantea es si las cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario, plenamente válidas en su origen dado el carácter profesional de los sujetos contratantes, pueden devenir abusivas y, por ende, nulas cuando en ese mismo contrato se subroga un particular. En una primera aproximación podría considerarse que ello no es posible, dado que en estos casos se produce una mera modificación de los elementos subjetivos del contrato original —la persona del deudor—, contrato que subsiste y se mantiene inalterado tanto en su contenido obligacional como en su eficacia²³: no cabría, pues, que aquello que en un principio gozaba de validez la perdiera de forma sobrevenida. Además, por virtud de la subrogación el nuevo deudor adquiere la misma posición jurídica de la parte a la que sustituye, con idénticos derechos y obligaciones, por lo que difícilmente podría impugnar las cláusulas del contrato invocando derechos —en nuestro caso, los reconocidos en la normativa de consumo— de los que el primitivo deudor carecía²⁴.

No obstante, y a pesar de los argumentos expuestos, considero que no hay óbice para calificar al deudor subrogado como consumidor y otorgarle, en consecuencia, la tutela legalmente prevista frente a las cláusulas abusivas. A mi juicio, el hecho de subrogarse

²² A este respecto la ya citada STJCE de 20 de enero de 2005 (caso *Gruber*) declaró que quien dedica el bien objeto del contrato en parte a un uso profesional y en parte a un uso doméstico no puede invocar las reglas de competencia específicas de los arts. 13 a 15 del Convenio de Bruselas de 1968 (fuero del domicilio del consumidor), «salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional».

²³ Lo expresa paladinamente ARBESÚ GONZÁLEZ, V., «La subrogación del comprador de vivienda en la hipoteca del promotor-vendedor», en *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 2009, vol. I, p. 28, al afirmar que «ante la subsistencia de la obligación, lo único que se modifica es el sujeto pasivo de dicha obligación, el promotor-vendedor es sustituido por el comprador de la vivienda (...). Únicamente cambia la persona del deudor, el comprador en el lugar del promotor-vendedor, manteniéndose íntegra la misma obligación que contrajo en un principio el promotor-vendedor con la entidad bancaria acreedora».

²⁴ Ésta fue la solución acogida por la SAP Madrid (sec. 28ª) de 5 de junio de 2008 (JUR 2008, 287557), en virtud de la cual «la subrogación no impide al nuevo deudor pretender la nulidad de las cláusulas del contrato en las que se subroga si las mismas tuvieran originariamente la consideración de condiciones generales de la contratación nulas, sin que queden sanadas por el hecho de la subrogación, pero ésta tampoco puede transmutar lo que inicialmente era válido y eficaz respecto del primitivo contratante en nulo respecto del subrogado por el mero hecho de la novación subjetiva. La subrogación no convierte en condición general nula la que no lo fuera originariamente».

en la posición de la promotora no puede entenderse como una renuncia al régimen tuitivo propio de los consumidores. Tampoco debe hacerse de peor condición al adquirente de vivienda que decide subrogarse en la hipoteca ya existente que al que opta por constituir una distinta con otra entidad. Tales consideraciones resultan reforzadas si se advierte que, en casos como el reseñado, el prestamista no resulta ajeno al cambio de deudor: este tipo de operaciones entre bancos y empresas dedicadas a la promoción inmobiliaria se realizan dando por sentada esa posibilidad de subrogación de los futuros compradores y asumiendo que, muy probablemente, será un consumidor quien afrontará la devolución de lo prestado. Dicho cambio, además, no puede producirse sin el consentimiento de la entidad financiera (arts. 1205 CC y 118 LH), por lo que, si ésta acepta como prestatario a un consumidor, no puede luego desconocer este carácter²⁵.

2.3.4. El garante no profesional de una deuda profesional

Finalmente, merece una especial atención el caso de los garantes personas físicas que, ya sea constituyéndose como fiadores solidarios o gravando con hipoteca inmuebles de su propiedad, aseguran las obligaciones financieras contraídas por una sociedad mercantil. La jurisprudencia menor ha rechazado la condición de consumidor de estos sujetos y, por ende, su posibilidad de acogerse a la legislación protectora en materia de cláusulas abusivas. Para ello, nuestros tribunales se basan en el carácter accesorio de la garantía otorgada, declarando que, al no ser consumidora la sociedad prestataria, la obligación del garante no se puede dissociar de la del obligado principal, estableciendo para ambos diferente régimen jurídico²⁶. El TJUE adopta una posición análoga a la expuesta. En su ya lejana Sentencia de 17 de marzo de 1998 (caso *Dietzinger*), relativa a la interpretación de la Directiva 85/577/CEE sobre protección de los consumidores en contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, el Tribunal comunitario

²⁵ También se muestra favorable a la consideración del deudor subrogado como consumidor (con los derechos que le son inherentes) la Audiencia Provincial de Pontevedra. Según el Acuerdo adoptado por la Sala de Magistrados de lo Civil de dicha Audiencia el 7 de junio de 2013, la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia del TJUE es de aplicación a los «supuestos en que el consumidor se subroga en la hipoteca previamente concertada por promotor u otro profesional con la entidad financiera o la entidad prestamista». Por otra parte, hay que señalar que el propio Tribunal Supremo, en su conocida sentencia sobre las «cláusulas-suelo», ha considerado irrelevante a los efectos de valorar la abusividad el hecho de que, en ocasiones, el consumidor se subrogue en la posición que antes ocupaba un profesional (STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088], FD 14º, apartado 239).

²⁶ Vid. SAP Cantabria (sec. 4ª) de 5 de diciembre de 2013 (ROJ: SAP S 2155/2013). Declaraciones similares encontramos en otras resoluciones: así, la SAP Ciudad Real (Sec. 2ª) de 4 de abril de 2002 (JUR 2002, 62352) considera inadmisibles que en un contrato con dos o más deudores solidarios se apliquen legislaciones distintas según la condición de deudor principal o de fiador. Por su parte, la SAP Alicante (sec. 9ª) de 11 de julio de 2013 (ROJ: SAP A 2817/2013) entiende que, habiéndose celebrado un contrato de *renting* entre dos entidades mercantiles como obligadas principales, «no puede mudar la condición de las partes de modo que, según frente a quien se opongan las obligaciones dimanantes del contrato, esto es, la mercantil arrendataria o sus fiadores solidarios, las cláusulas del contrato podrían ser o no calificadas de abusivas». En la misma línea se orientan otros pronunciamientos, como la SAP Huesca de 25 de junio de 2006 (AC 2006, 1536); AAP Murcia de 6 de febrero de 2007 (AC 2007, 1711); y SAP Madrid de 6 de noviembre de 2007 (AC 2008, 81).

declaró que «un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional» (apartado 23).

No obstante, en su jurisprudencia más reciente la Corte de Luxemburgo parece sostener una postura más matizada, como cabe colegir a la luz de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso *Feichter*). Esta sentencia trae causa de una reclamación de deuda formulada por una sociedad checa frente a otra de la misma nacionalidad. Dicha deuda se hallaba documentada en un pagaré emitido por ésta última y avalado personalmente por uno de sus directivos, que era además titular de una participación mayoritaria y residente en Austria. Iniciado el correspondiente procedimiento judicial en Praga para hacer efectivo el aval, el demandado alegó la falta de jurisdicción de los tribunales checos, amparándose en el art. 16.2 del Reglamento 44/2001, que fija la competencia para conocer de determinados litigios en el lugar del domicilio del consumidor. De ahí dimana la cuestión prejudicial, que el tribunal comunitario resuelve en el siguiente sentido: en primer lugar, considera que la mera circunstancia de que el avalista sea una persona física no basta para determinar su condición de consumidor; en segundo lugar, y enlazando con lo anterior, declara que «una persona física *que tiene estrechos vínculos profesionales con una sociedad, como su gestión o una participación mayoritaria en ella*, no puede considerarse consumidor en el sentido de dicha disposición cuando avala un pagaré emitido para garantizar las obligaciones asumidas por esta sociedad en virtud de un contrato relativo a la concesión de un crédito» (apartados 38 y 40). Así pues, el TJUE niega la calificación de consumidor a la persona física que respalda con su patrimonio la deuda asumida por una sociedad mercantil, pero haciendo hincapié en la existencia de «estrechos vínculos profesionales» entre ambas (v. gr., y por ser el supuesto más común, el administrador de la sociedad deudora). Lo que significa que, *a sensu contrario*, los garantes que no pertenezcan al círculo o entorno empresarial del deudor (v. gr., familiares del administrador que no participan ni tienen intervención alguna en la gestión de la sociedad) podrían merecer la protección prevista para los consumidores. El Tribunal comunitario no cierra esta posibilidad; de hecho, y dados los términos en que se expresa, podría entenderse que la asume implícitamente.

A mi juicio, la solución que acaba de apuntarse resulta adecuada. No en vano, es la que viene defendiendo un cualificado sector de la doctrina civilista²⁷. Es razonable excluir de la normativa de consumo a aquellas personas físicas que controlan o tienen una

²⁷ A este respecto, se ha señalado que, evidentemente, no cabe conceptuar como acto de consumo la fianza prestada por un administrador de la sociedad cerrada que controla, y tampoco la prestada por el socio o socios de la sociedad familiar deudora; sin embargo, no hay ninguna objeción en tratar como consumidor a quien, sin ser socio, presta una fianza por deudas de una sociedad familiar. En definitiva, la exclusión del fiador persona física de la noción de consumidor sólo tiene sentido cuando se comprueba que aquél es un *insider* de la sociedad deudora (vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 108 y 109).

presencia relevante en la sociedad deudora, pues son ellas quienes «dan cuerpo» a la entidad y exteorizan la voluntad de ésta en el tráfico mercantil; no es tan razonable, en cambio, dispensar ese mismo tratamiento a personas no dedicadas a una actividad empresarial, por más que intercedan como garantes de una sociedad. Por ello, considero que la tendencia que se observa en nuestra jurisprudencia menor, excesivamente centrada en el carácter accesorio de la fianza, debería ser revisada. Ciertamente, en supuestos como los examinados el garante —fiador o hipotecante no deudor— está asegurando una operación netamente mercantil concluida entre dos profesionales y destinada a la financiación de un negocio, por lo que en principio no parece posible aplicarle las normas protectoras de los consumidores. Se dirá, además, que no es de recibo que en un mismo procedimiento, y partiendo del mismo título ejecutivo, una determinada cláusula se reputa válida para unos ejecutados y nula para otros. Sin embargo, si bien se mira, esta tesis tan «lógica» en apariencia puede conducirnos a la paradoja de aplicar las reglas de contratación entre empresas a sujetos no profesionales y totalmente ajenos al mundo empresarial, que no poseen ningún ánimo de lucro ni pretenden operar en el mercado, sino que actúan normalmente impelidos por razones afectivas o de solidaridad familiar. La protección de estos sujetos está tanto más justificada si tenemos en cuenta que, en su calidad de garantes de una deuda ajena, asumen todos los riesgos de la operación sin obtener ninguna utilidad a cambio. Por otra parte, su libertad contractual y capacidad negociadora suelen hallarse más debilitadas que las del propio deudor al que garantizan, lo que les coloca en una posición especialmente vulnerable y, por ello, merecedora de una tutela más intensa²⁸.

3. LOS TÍTULOS EJECUTIVOS SUSCEPTIBLES DE CONTROL

3.1. *La (discutible) opción legislativa de limitar el control de abusividad a los títulos extrajudiciales*

El juego conjunto de los arts. 552.1.II y 557.1 LEC determina que los únicos títulos sujetos a control de abusividad, ya sea de oficio o mediante oposición del ejecutado, son los títulos extrajudiciales²⁹ y ni siquiera todos ellos, pues, por más que así se diga, está claro que las obligaciones representadas mediante títulos nominativos o al portador o mediante anotaciones en cuenta (números 6º y 7º del art. 517.2 LEC) no son susceptibles de semejante control: ¿acaso una sociedad de capital puede denunciar la existencia de cláusulas abusivas en los títulos de deuda que ella misma ha emitido y

²⁸ En este sentido, no les falta razón a BALDUS, C. y BECKER, R., «Garantías del crédito en el ámbito familiar a la luz del Derecho comunitario», en *Estudios sobre consumo*, núm. 49, 1999, p. 37, cuando advierten que el pariente que pide una garantía es incluso más peligroso que el empleado de un banco, porque es mucho más difícil negar un favor a una persona a la cual uno se siente unido.

²⁹ Al regular el control de oficio, el art. 552.1.II se remite a los títulos ejecutivos citados en el art. 557.1 LEC, que a su vez se refiere a los enunciados en los números 4º, 5º, 6º y 7º del art. 517.2 LEC, así como los demás documentos con fuerza ejecutiva previstos en esta u otra ley a que alude el número 9º del mismo precepto. Los títulos previstos en aquellos ordinales son, por orden: las escrituras públicas; las pólizas de contratos mercantiles intervenidas notarialmente; los títulos al portador o nominativos que representen obligaciones vencidas; y los certificados expedidos respecto de valores representados mediante anotaciones en cuenta.

oponerlas a los tenedores de esos títulos? Obviamente, la mera hipótesis de un control de abusividad en estos casos roza el disparate jurídico, por lo que aquel control queda virtualmente reducido a las escrituras públicas y las pólizas intervenidas por notario (números 4º y 5º del art. 517.2).

Quedan fuera, por tanto, los títulos ejecutivos de origen procesal y los asimilados a éstos (laudos arbitrales). En la doctrina, esta limitación se ha justificado considerando que en los títulos de factura judicial —o arbitral— la sustanciación del proceso declarativo habrá brindado al juez —o al árbitro— la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas, en cuyo caso habrá dictado sentencia —o laudo— en consonancia con la exclusión de aquéllas³⁰. Desde este punto de vista, habría que negar sin ambages la posibilidad de examinar en la ejecución forzosa aquello que el juez o el árbitro ya tuvo ocasión de controlar en el declarativo previo. La validez o nulidad de las cláusulas contractuales es un tema que se valoró o pudo valorarse en el proceso de declaración y, en consecuencia, quedaría cubierto por la cosa juzgada de la sentencia o laudo correspondiente: no cabría discutir, ni en la ejecución forzosa ni en ningún otro procedimiento, lo que ya ha quedado fijado de modo irrevocable.

El planteamiento expuesto resulta dogmáticamente intachable, pero a mi juicio no puede ser aceptado para la *totalidad* de los supuestos: el legislador ha errado al limitar el control de abusividad a la ejecución derivada de títulos extrajudiciales, pues, como vamos a ver, hay determinados títulos de carácter procesal o arbitral que también merecerían este control. Aunque esta aseveración parezca un tanto aventurada, debe señalarse que la casuística es compleja y se resiste a ser encerrada en esquemas conceptuales rígidos.

3.2. ¿Exclusión de los laudos arbitrales?

Pensemos, en primer lugar, en aquellos supuestos en que el título que sirve de base a la ejecución es un laudo arbitral. A este respecto, llama la atención que la Ley 1/2013 haya dejado al margen del control de abusividad uno de los títulos que más han evidenciado la necesidad de ese control, como son los laudos fundados en cláusulas arbitrales abusivas insertas en contratos de adhesión. Aludimos aquí a aquellas cláusulas predispuestas en cuya virtud el adherente se somete a arbitrajes distintos del de consumo, que son abusivas por previsión expresa del art. 90.1 TR-LGDCU. La práctica ha demostrado que determinados empresarios pueden aprovechar su superior posición negociadora y la falta de información del consumidor (que no suele ser consciente de que al someterse al arbitraje renuncia a la tutela de los tribunales) para imponer sedes arbitrales de su conveniencia, obligando al consumidor a desplazarse fuera del lugar de su domicilio para participar en el procedimiento arbitral. Asimismo, la inserción de tales cláusulas ha servido con frecuencia para predeterminar a la

³⁰ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», en *La protección del deudor hipotecario* (coords.: ESCARTÍN IPIÉNS, J. A. y MARTOS CALABRÚS, M. A.), Ed. Comares, Granada, 2014, p. 153.

institución administradora del arbitraje y, con ello, a los propios árbitros, quebrantando así la imparcialidad e independencia que conforman su estatuto jurídico³¹.

En supuestos como el que acaba de describirse, el principal argumento para defender la exclusión de los laudos arbitrales del control de abusividad —que el árbitro ya habrá tenido la posibilidad de apreciar la cláusula abusiva y habrá dictado un laudo en consonancia con la exclusión de la misma— es difícilmente sostenible. En estos casos resulta ilusorio confiar en que los propios árbitros aprecien la abusividad de la cláusula que fundamenta su competencia, al tener un más que presumible interés en el mantenimiento de ésta³². Tampoco parece adecuado arrojar todo el peso sobre el consumidor y hacer depender la apreciación de la cláusula arbitral abusiva de la impugnación tempestiva del laudo, pues tal entendimiento ignora la doctrina consolidada del TJUE que exige al juez controlar la abusividad en cuanto tenga la

³¹ El problema cobró especial virulencia años atrás en relación con contratos de telefonía móvil. Cierta institución privada ofrecía servicios de asesoramiento a empresas del sector e incluso confeccionaba para ellas los correspondientes modelos contractuales, incluyendo en éstos una cláusula arbitral en cuya virtud la resolución de futuras controversias se encomendaba a árbitros designados por la propia institución. Esta práctica recibió un fuerte rechazo tanto en la doctrina (vid., en especial, PICÓ I JUNOY, J., «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales», en *Diario La Ley*, núm. 6198, 25 de febrero de 2005) como en los tribunales. A este respecto, resulta muy ilustrativa la SAP Madrid (sec. 14^a) de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005, 178204), que anuló un laudo arbitral derivado de una cláusula como la descrita. En dicha sentencia queda reflejado con nitidez el carácter abusivo de semejantes cláusulas de sumisión a arbitraje, ya que «la asociación prepara los contratos para las empresas del sector a instancias de esas mismas empresas, lo hace bajo la fórmula de contratos de adhesión con efecto obligatorio para todos los contratantes, sin posibilidad alguna de discusión; (...) se erige como única institución competente para arbitrar el conflicto, sin dar lugar a que pueda existir otra, elige y nombra a los árbitros (...) Dicho de otro modo; la asociación administradora del arbitraje juzga a través de sus árbitros contratos que ella misma ha confeccionado». Sobre esta base, la Audiencia concluye con una reflexión demoledora al señalar que «es fácilmente adivinable la crítica que merecería el Poder Judicial si asesorase previamente a un litigante en materia que luego se sometiera al conocimiento de los jueces, preparase los modelos de contratos y demás actos jurídicos que se hubieran de someter a litigio, y pudiese nombrar libremente para cada caso los Jueces que hubieran de decidir sobre aquellas materias y sobre esos actos; habríamos retrocedido muchos siglos en la defensa de las garantías ciudadanas».

Este tipo de cláusulas arbitrales irrumpieron con posterioridad en el mercado del alquiler, ofreciéndose a los arrendadores como una alternativa más ágil y económica que el proceso de desahucio por falta de pago. La respuesta de la jurisprudencia menor en este supuesto también ha sido contundente: vid., en este sentido, la SAP Córdoba (sec. 1^a) de 31 de julio de 2009 (JUR 2010, 47314) y la SAP Alicante (sec. 5^a) de 18 de marzo de 2010 (JUR 2010, 195850), que anularon sendos laudos arbitrales que condenaban al inquilino al desalojo de la vivienda arrendada y al pago de las rentas debidas.

³² Resultan expresivas, en este sentido, las conclusiones de la Abogada General Verica Trstenjak de 14 de mayo de 2009, que sirvieron de base a la STJCE de 6 de octubre de 2009 (caso *Asturcom*). En el apartado 66, señala la Abogada que «en el supuesto de que los tribunales arbitrales estuvieran obligados o facultados para ello, existirían serias dudas de que un tribunal arbitral pudiera ser considerado siempre independiente y neutral, habida cuenta de que, en determinadas circunstancias, el árbitro puede tener interés personal en el mantenimiento de una cláusula arbitral en la que basa su competencia (...). Así sucede, por ejemplo, en un caso como el del procedimiento principal, en el que el convenio arbitral ha sido redactado por la misma entidad encargada del procedimiento arbitral. Por consiguiente, el examen de la nulidad de una cláusula arbitral nula no puede quedar exclusivamente en manos del árbitro. Al contrario, hay que encomendar esta tarea a un juez que ofrezca todas las garantías de independencia judicial propias de un Estado de Derecho».

posibilidad de hacerlo y sin esperar a la denuncia del consumidor³³. El grado de diligencia exigible a éste se reduce si tenemos en cuenta que, a menudo, la propia configuración de estas cláusulas arbitrales dificulta la comparecencia del consumidor y disminuye su margen de reacción: así, es evidente que la designación como lugar del arbitraje de localidades distintas del domicilio del consumidor hará más gravosa y, por tanto, desincentivará la participación de aquél en el procedimiento arbitral; de modo reflejo, también obstará al ejercicio de la acción de anulación ante el tribunal competente, pues éste viene determinado por el lugar donde el laudo se dictó (art. 8.5 de la Ley de Arbitraje). La actuación del profesional puede agravar este estado de cosas si, antes de pedir la ejecución del laudo, deja transcurrir el plazo para impugnarlo: en el momento de la ejecución y del embargo de bienes, cuando el laudo despliega una fuerza con la que el consumidor probablemente no contaba, éste ya habrá perdido las posibilidades de defensa que el cauce de la impugnación le ofrecía.

En definitiva, el control de oficio de las cláusulas abusivas, control que el Derecho europeo encomienda a los jueces nacionales, resulta factible desde el momento en que aquéllas «entran en contacto» con el sistema jurisdiccional; y, en el caso que planteamos, ese contacto no se produce hasta que la parte favorecida por el laudo —el profesional predisponente de la cláusula arbitral— insta su ejecución ante los tribunales. Desde esta perspectiva, no cabe sino compartir la abundante jurisprudencia menor³⁴ que, desde hace años, viene rechazando la ejecución del laudo cuando la cláusula que le dio origen resulta abusiva. Jurisprudencia que el legislador de 2013 parece desconocer por completo, a pesar de que fue avalada por la importante STJCE de 6 de octubre de 2009 (caso *Asturcom*).

3.3. *¿Exclusión de todos los títulos procesales? El problema de las ejecuciones derivadas de procesos monitorios*

Podría pensarse que las reflexiones anteriores se circunscriben únicamente a los laudos arbitrales. Por el contrario, los títulos de naturaleza procesal no consentirían ningún control de abusividad, al haberse transitado ya por una fase de enjuiciamiento en la que la validez del negocio jurídico se ha discutido o, al menos, ha podido discutirse con plenitud de garantías. Sin embargo, nuevamente hay que matizar. La imposibilidad de controlar la existencia de cláusulas abusivas en el trance de la ejecución tiene sentido cuando ésta arranca del título procesal más significativo, la sentencia firme de condena. Pero sucede que los títulos ejecutivos de carácter procesal albergan una fenomenología muy heterógena de resoluciones que brindan acceso inmediato a la ejecución, algunas de las cuales no sólo no han venido precedidas por una fase de enjuiciamiento propiamente dicha, sino que ni siquiera han contado con ningún tipo de intervención judicial. El error de la Ley 1/2013 ha sido ignorar esa fenomenología y excluir del control de abusividad *todos* los títulos procesales, sin excepción. Tal vez el

³³ Doy por reproducidos aquí los pronunciamientos del TJUE citados en la nota 2 de este trabajo.

³⁴ Vid., entre otros, AAP Barcelona (sec. 15^a) de 8 de febrero de 2006 (AC 2006, 2041); AAP Barcelona (sec. 15^a) de 2 de julio de 2008 (AC 2008, 1690); y AAP Madrid (sec. 20^a) de 28 de octubre de 2008 (JUR 2009, 35299).

legislador se ha dejado llevar por el planteamiento reduccionista de tratar todos estos títulos como a su máximo exponente, la sentencia condenatoria, olvidando que no todos están revestidos de las mismas garantías que ésta.

A este respecto, los problemas se han planteado fundamentalmente con el decreto de terminación del proceso monitorio dictado por el secretario judicial en los supuestos de incomparecencia del deudor (art. 816.1 LEC). Tras la desjudicialización del proceso monitorio acometida por la Ley 13/2009, de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, el mencionado decreto encarna un título ejecutivo en cuya génesis, por lo común, no interviene en absoluto la autoridad judicial: salvo que el secretario entienda que la petición inicial no es admisible o que la cantidad reclamada no es correcta, cuestiones que han de resolverse judicialmente en forma de auto (art. 815.1 y 3 LEC), lo normal es que el juez permanezca ajeno al monitorio y sólo sepa de su existencia una vez que aquél ya ha concluido, cuando se solicita el despacho de ejecución. Este arrinconamiento del juez contrasta sin embargo con los enérgicos efectos del aludido decreto, cuya fuerza se equipara a la de las sentencias de condena en un doble sentido: su ejecución se tramita conforme a lo establecido para éstas y de él se deriva el efecto negativo o excluyente propio de la cosa juzgada, aunque por un prurito terminológico se eluda esta denominación (art. 816.2 LEC)³⁵.

La duda que surge en este supuesto es si el juez, en el momento de decidir sobre el despacho de ejecución, puede revisar las cláusulas del contrato que dio origen al monitorio y dejar sin aplicación aquéllas que estime abusivas; o bien lo impedirá el efecto de cosa juzgada del decreto cuya ejecución se pretende, unido a la previsión legal que limita este tipo de control a los títulos extrajudiciales. Se tratará de casos en los que el secretario no reparó en la cláusula abusiva al admitir a trámite la petición inicial o, sencillamente, consideró que dicha cláusula no merecía reproche alguno³⁶:

³⁵ Según reza el art. 816.2 LEC, «el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere». Como vemos, el legislador evita utilizar la expresión «cosa juzgada» probablemente por la circunstancia de que en el proceso monitorio no hay, propiamente, enjuiciamiento alguno (vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso monitorio*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2000, pp. 216 y 217). Sin embargo, por más que se eluda el término, a nadie se le oculta que la consecuencia que se eslabona por el art. 816.2 no difiere de la descrita en el art. 222.1 LEC al enunciar el efecto excluyente de la cosa juzgada (vid. HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La reforma del proceso monitorio por la Ley 13/2009», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2010, p. 14 de la edición digital).

³⁶ El control preliminar de cláusulas abusivas en el trámite de admisión de la petición monitoria, así como el deber del secretario de dar cuenta al juez de la cláusula sospechosa para que éste adopte la decisión que proceda, carece de previsión expresa en la LEC. A este respecto, el proceso monitorio ha quedado al margen de las reformas introducidas por la Ley 1/2013, que únicamente ha regulado el control de oficio de posibles cláusulas abusivas en el marco de la ejecución ordinaria e hipotecaria. No obstante, el silencio legal no impide a los tribunales llevar a cabo el control de abusividad al inicio del monitorio, al imponerlo así la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*). Precisamente, para dar cumplimiento a la citada sentencia y dotar a ese control de la oportuna cobertura legal, el Proyecto de reforma de la LEC de 27 de febrero de 2015 prevé la adición de un nuevo apartado 4º al art. 815 de nuestra ley procesal.

esto es, por el motivo que sea no hubo dación de cuenta alguna al juez, lo que, unido a la falta de oposición tempestiva de los deudores, comporta que aquél se encuentra por vez primera ante la cláusula abusiva en el momento de autorizar la ejecución. La primera oportunidad del juez de controlar las condiciones del crédito surge cuando éste ya ha cristalizado en una resolución provista de ejecutividad y con fuerza de cosa juzgada.

El problema no es baladí: para comprender su trascendencia en el marco de la protección de los consumidores, basta pensar en el uso masivo del proceso monitorio en nuestra práctica forense y las altísimas cifras que este mecanismo acumula en la estadística judicial³⁷. No puede decirse que el decreto que sirve de «puente» entre el monitorio y la ejecución forzosa tenga, precisamente, una presencia anecdótica o residual en el conjunto de los títulos ejecutivos, pues más del 40% de las ejecuciones civiles traen causa de un proceso monitorio previo³⁸. Por ello, constituye una omisión inexcusable por parte del legislador el haber regulado el control de cláusulas abusivas sin tener en cuenta un supuesto con semejante incidencia práctica.

En la doctrina no han faltado voces contrarias a la posibilidad de que el tribunal, de oficio y tras ser advertido por el secretario, dilucide la existencia de cláusulas abusivas antes de dar curso a la petición monitoria. De tal parecer es DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «El control judicial de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, enero de 2015, p. 21, en cuya opinión este control inicial desvirtúa la técnica monitoria, privando a este procedimiento de la rapidez y sencillez que lo caracteriza, por lo cual parece más adecuado que sea el deudor el que denuncie el carácter abusivo de una cláusula contractual como motivo de oposición al requerimiento de pago.

No comparto la anterior opinión. Considero que si hay un ámbito donde se necesita intensificar la protección frente a posibles cláusulas abusivas, ése es, precisamente, el proceso monitorio: un proceso que, por sí solo, representa un tercio de los asuntos ingresados en el orden civil puede convertirse en un auténtico «coladero» de cláusulas abusivas si se priva al tribunal de una herramienta tan básica para su erradicación como es la posibilidad de inaplicarlas de oficio. El peligro se acrecienta si observamos el frecuente uso de este proceso por parte de prestamistas parabancarios y empresas de crédito rápido, especialmente dinámicos en época de crisis y cuya actividad escapa, en buena medida, a la supervisión de las autoridades económicas. Por ello considero necesario el control de oficio previo al requerimiento de pago, si bien sería aconsejable que el juez pudiera apreciar la nulidad sin tener que oír previamente al deudor a fin de ahorrar dilaciones innecesarias y estrechar el margen de posibles conductas fraudulentas. La apertura para el deudor de un trámite de alegaciones previo a la declaración *ex officio* de nulidad implica ponerle sobre aviso del «ataque» que se cierne sobre su patrimonio y le permite ganar tiempo para poner sus bienes fuera del alcance del acreedor, especialmente los de mayor volatilidad como bienes muebles fácilmente enajenables o saldos de cuentas bancarias (vid. LAFUENTE TORRALBA, A. J., «El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal», en *Vivienda y crisis económica* [dir.: ALONSO PÉREZ, M. T.], Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 228).

³⁷ En el año 2013, de los 1.670.305 asuntos ingresados en el orden jurisdiccional civil, 563.176 fueron procesos monitorios, lo cual supone un porcentaje del 33,71% sobre el total (vid. «La justicia dato a dato. Año 2013», en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/La-Justicia-dato-a-dato/La-justicia-dato-a-dato---ano-2013, pp. 33 y 61).

³⁸ Ciñéndonos a los últimos datos disponibles, en el año 2013 se ingresaron un total de 633.052 ejecuciones en el orden civil, de las cuales 274.532 (el 43,4%) eran derivadas de procesos monitorios (vid. «La justicia dato a dato. Año 2013», cit., p. 61).

En una primera aproximación, podría pensarse que la inactividad del deudor, que no se opuso al requerimiento de pago para precipitar la transformación del monitorio en el declarativo que corresponda, haría precluir toda posibilidad de controlar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Sin embargo, ya ha quedado dicho que la doctrina del TJUE, acorde con su concepción de las cláusulas abusivas como una cuestión de orden público, libera a éstas de las rigideces del principio dispositivo y exige a los jueces nacionales una intervención positiva, ajena a las partes, a fin de restablecer el equilibrio contractual. En su Sentencia de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*), recaída precisamente a raíz de un proceso monitorio seguido en España, el Tribunal comunitario recalca que no cabe abandonar el control de abusividad en las manos exclusivas del consumidor, por cuanto «existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen» (apartado 54). Las estadísticas disponibles sobre la aplicación del proceso monitorio en nuestro país, que revelan el ínfimo porcentaje de oposiciones que suelen plantearse, corroboran las declaraciones del Tribunal comunitario³⁹.

Sentado lo anterior, considero que no puede vedársele al juez el control de cláusulas que se vio imposibilitado de examinar con anterioridad a la ejecución⁴⁰. Hay que insistir

³⁹ En el año 2013 dicho porcentaje fue del 8,5%. Esta cifra se obtiene con la suma de las transformaciones en juicio verbal (6,3%) y las transformaciones en juicio ordinario (2,2%), pues unas y otras tienen lugar cuando el deudor se opone al requerimiento de pago (vid. «La justicia dato a dato. Año 2013», cit., p. 61).

⁴⁰ Ese control ha de facilitarse en la propia ejecución de título procesal derivada del monitorio, prescindiendo de soluciones dudosamente admisibles e innecesariamente alambicadas como la promoción de un incidente de nulidad de actuaciones y la retroacción de éstas al trámite de admisión de la petición inicial. En efecto, podría pensarse que la omisión del secretario judicial que no informó al juez de la posible abusividad antes de darle curso a la petición monitoria supone una infracción procedimental susceptible de causar indefensión (arts. 225.3º LEC y 238.3º LOPJ), lo que obligaría a reponer las actuaciones al momento previo a la producción del vicio. Sin embargo, como decimos, es dudoso que concurra en este caso dicho motivo de nulidad, pues si al deudor se le ha notificado correctamente el requerimiento de pago y se le ha ofrecido la posibilidad de oponerse, difícilmente puede entenderse que se le ha irrogado indefensión. Cierto que esa posibilidad de defensa es insuficiente según la jurisprudencia comunitaria para asegurar una protección plena al consumidor, pero ésa es otra cuestión: lo que interesa a efectos de excluir la nulidad procesal es que el demandado haya tenido la oportunidad de conocer la reclamación y contradecirla, y en este caso es claro que la ha tenido. Esta misma circunstancia impediría al deudor instar un incidente de nulidad de actuaciones, pues éste exige que la vulneración alegada no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso (arts. 228.1 LEC y 241.1 LOPJ), y en este caso la denuncia previa a la finalización del monitorio era perfectamente posible (vid. art. 818 LEC).

Pero es que, aunque admitiéramos esta posibilidad, los inconvenientes de su puesta en práctica serían mucho mayores que sus hipotéticas ventajas, al complicar innecesariamente el desarrollo del procedimiento. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el objeto del incidente sería exclusivamente

en que, conforme a la jurisprudencia comunitaria, el juez tiene el deber —que no la mera facultad— de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. Ese deber podría quedar en letra muerta si su efectividad se hiciera depender de la omisión del secretario que, en el trámite de admisión de la petición inicial, no informó al juez de la cláusula sospechosa: si el control de abusividad sólo se activa cuando el secretario estima oportuno informar al juez, ello puede abocar a que el control quede, *de facto*, en manos del secretario. En suma, la admisión directa de la petición inicial por parte del secretario, por obviar o no advertir indicios de abusividad, no puede servir para hurtar al juez el control que el Derecho europeo le exige. Ese control debe posibilitarse ulteriormente, en el trámite del despacho de ejecución, sin que pueda tildarse de extemporáneo por cuanto el juez no pudo disponer antes de los elementos necesarios para llevarlo a cabo.

Por otra parte, si se impidiera el control judicial en la ejecución subsiguiente al monitorio, se producirían dos posibles consecuencias, ambas igualmente censurables: si el secretario, por descuido, no advirtió la cláusula abusiva *in limine litis*, resultaría que la protección de los consumidores —y en definitiva la aplicación del Derecho europeo sobre la materia— quedaría a merced de un simple error funcional, eso sí, santificado legalmente con la autoridad de la cosa juzgada. Si, por el contrario, el secretario obró conscientemente al admitir la petición inicial, por entender que no había tacha de abusividad, su criterio favorable a la validez de la cláusula acabaría vinculando al juez en la ejecución posterior: hecho insólito, pues por mucho que se quiera redistribuir las competencias en el seno de la oficina judicial y potenciar el papel del secretario, no se comprende que el parecer de éste sobre una cuestión de fondo pueda prevalecer sobre el criterio del juez. Ello supondría atribuir a personal no jurisdiccional la primera y última palabra en una cuestión cuyo enjuiciamiento definitivo corresponde, como no puede ser de otra manera, a los jueces nacionales.

A lo dicho, debe añadirse que la exclusión del control de abusividad en estos casos podría dar lugar a conductas procesales estratégicas por parte de algunos acreedores, encaminadas a minimizar las posibilidades de control del clausulado contractual. A este

la infracción procedimental cometida por el secretario al incoar el monitorio, no el carácter abusivo de las cláusulas, que sólo podría abordarse una vez retrotraídas las actuaciones. Es decir, el *iter* sería el siguiente: primero habría de darse audiencia a las partes para que formularan alegaciones en torno a la nulidad procesal; a continuación, el juez dictaría auto declarando la nulidad de lo actuado y retrotrayendo el procedimiento al trámite de admisión de la petición inicial; seguidamente, el juez entraría a examinar (por fin) las posibles cláusulas abusivas incluidas en el contrato, no sin antes dar nueva audiencia a las partes para alegar en torno a esta cuestión; una vez declarada la abusividad, y suponiendo que ésta sólo se tradujera en una minoración de la cuantía reclamada, habría que reiniciar la tramitación del monitorio desde el principio, formulando un nuevo requerimiento de pago al deudor, dándole otra vez un plazo de 20 días para pagar u oponerse y dictando, en su caso, un nuevo decreto para dar paso a la ejecución. Evidentemente, resulta preferible la solución más simple, propugnada en este trabajo, que es permitir que el juez efectúe el control de abusividad directamente y sin semejantes «rodeos» procesales en el momento de autorizar la ejecución, aunque ésta no provenga de un título extrajudicial.

respecto, no cabe desconocer que los instrumentos notariales que habitualmente documentan operaciones de crédito no sólo pueden fundar una ejecución de título extrajudicial, sino que también pueden utilizarse como principio de prueba para la incoación de un proceso monitorio. Así las cosas, el acreedor podría sentirse tentado de escoger este último cauce en detrimento de la ejecución de título extrajudicial, confiando en que un error del secretario en el examen de la petición inicial «blindase» definitivamente el contrato y lo pusiera a cubierto de futuros controles judiciales.

Podría argüirse que todas estas consideraciones, por muy razonables que puedan parecer, dejan en pie las dos objeciones que antes apuntábamos: los efectos de cosa juzgada (o, si se prefiere, equivalentes a la cosa juzgada) de que goza el decreto de terminación del monitorio, que convertirían el crédito en incontestable y cerrarían toda posible discusión en torno a su validez o cuantía; y, como complemento de lo anterior, la ausencia de una previsión expresa que autorice al juez para efectuar el control de abusividad, control que está legalmente acotado a la ejecución de títulos extrajudiciales.

Sin embargo, considero que tales objeciones carecen de entidad suficiente para impedir que el juez, que no tuvo noticia previa del crédito reclamado en el monitorio ni de las cláusulas del contrato, pueda examinar éstas en la ejecución posterior. Ciertamente, el TJUE ha proclamado en reiteradas ocasiones la necesidad de respetar el principio de autonomía procesal, en cuya virtud la configuración de los procesos que se desenvuelven ante las respectivas jurisdicciones nacionales es incumbencia exclusiva de los Estados miembros. La institución de la cosa juzgada queda enmarcada en este principio y, por tanto, cada Estado ostenta la competencia para determinar qué resoluciones la producen, sus efectos y el alcance de éstos. Por otra parte, el Tribunal comunitario ha tenido ocasión de resaltar la importancia de la cosa juzgada en los ordenamientos nacionales en cuanto instrumento de salvaguardia de la seguridad jurídica⁴¹. No obstante, el propio TJUE reconoce que la cosa juzgada no es un valor absoluto y debe conjugarse con el principio de efectividad, en cuya virtud la regulación procesal interna no puede estar articulada de tal manera que haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. Las legislaciones internas no pueden dar a la cosa juzgada una amplitud tal que ponga en peligro el interés de la Unión en la correcta aplicación de sus normas. El Tribunal de Luxemburgo no acepta, en definitiva, que la cosa juzgada se utilice para minar la efectividad del Derecho europeo con obstáculos que no estén razonablemente justificados por el principio de seguridad jurídica⁴². Si bien se trata de

⁴¹ Paladínamente lo expresa la STJCE de 16 de marzo de 2006 (caso *Kapferer*), cuando en su apartado 20 destaca «la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada. En efecto, 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 dichos recursos».

⁴² Vid. la STJCE de 3 de septiembre de 2009 (caso *Olimpiclub*), en especial sus apartados 24 a 32.

una línea jurisprudencial de contornos todavía difusos y muy apegada a las circunstancias de cada caso, en ella el TJUE ha admitido excepcionalmente la posibilidad de revisar situaciones decididas con fuerza de cosa juzgada, incluso por las más altas instancias judiciales de los Estados miembros, a fin de remediar el desconocimiento o vulneración del ordenamiento comunitario en que hayan incurrido los tribunales nacionales⁴³. A mi modo de ver, si en esos supuestos se ha decidido pasar «por encima» de la cosa juzgada, no debiera merecer mejor trato un decreto dictado por una autoridad no jurisdiccional al que, indebidamente, se ha dotado de aquella fuerza, dificultando con ello un control judicial reivindicado hasta el hartazgo por el Tribunal comunitario.

En este sentido, ya ha quedado suficientemente ilustrado hasta qué punto la aplicación estricta del art. 816.2 LEC dificulta la protección que el ordenamiento comunitario estatuye para el consumidor, a base de considerar «cosa juzgada» lo que, en realidad, el juez no ha juzgado ni podido juzgar antes de la ejecución. No hay razones atendibles, ni de seguridad jurídica ni de ningún otro tipo, para extender un atributo exclusivo de la jurisdicción (la decisión de pretensiones con efectos de cosa juzgada material) a sujetos que carecen de ella⁴⁴, por muy cualificado que sea el cuerpo de secretarios judiciales y por más que el deudor no haya respondido a la intimación de pago contra él dirigida. Por ello, entiendo que en este punto el art. 816.2 LEC debería ceder ante el Derecho europeo y la jurisprudencia que lo interpreta, dejando vía libre al juez para controlar en la ejecución las cláusulas que no pudo examinar en el monitorio. En cualquier caso, habrá que aguardar el pronunciamiento del TJUE al respecto, pues el problema examinado ha dado lugar a dos cuestiones prejudiciales que se hallan pendientes de decisión ante el alto Tribunal europeo⁴⁵.

⁴³ Esta línea jurisprudencial está fundamentalmente integrada por las SSTJCE de 13 de enero de 2004 (caso *Kühne & Heitz NV*), 16 de marzo de 2006 (caso *Kapferer*), 12 de febrero de 2008 (caso *Kempter*), 13 de marzo de 2008 (caso *Vereniging*), 3 de septiembre de 2009 (caso *Olimpiclub*) y 6 de octubre 2009 (caso *Asturcom*). Para el análisis de estos pronunciamientos y la comprensión de sus implicaciones en el instituto de la cosa juzgada, se recomienda vivamente la lectura de FERRERES COMELLA, V., «Las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del Derecho de la Unión Europea», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2010, núm. 25, pp. 75 a 80.

⁴⁴ Comparto, a este respecto, la postura de HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La reforma del proceso monitorio...», cit., pp.14 y 15, en cuya opinión el reformado art. 816.2 LEC viene a atribuir efectos de cosa juzgada a una resolución carente de naturaleza jurisdiccional, de modo que el proceso ulterior queda excluido sin que haya existido uno anterior. Así, se traslada un efecto típico y exclusivo de la resolución jurisdiccional a otra diversa naturaleza. Añade el autor que, si convenimos en que la cosa juzgada es un efecto propio y exclusivo de las resoluciones jurisdiccionales porque sólo puede alcanzarse allí donde lo pretendido por el actor y su fundamento se entiende juzgado, el art. 816.2 LEC no es respetuoso con el principio de exclusividad proclamado en el art. 117.3 CE, conforme al cual las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente a los jueces y tribunales.

⁴⁵ Ambas han sido planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena. La primera de ellas fue presentada el 3 de febrero de 2014 y registrada por el TJUE con el número C-49/14; la segunda se presentó el 14 de marzo de 2014 y se registró con el número C-122/14. Entre otras cuestiones, el juez pregunta al Tribunal comunitario «si la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone, por dificultar o impedir el control judicial de oficio de los contratos en los que puedan existir cláusulas abusivas, una normativa nacional como la vigente regulación del proceso monitorio español —artículos 815 y 816 LEC— en la que no está previsto imperativamente el control de las cláusulas

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L., *La protección legal del consumidor de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009.

ARBESÚ GONZÁLEZ, V., «La subrogación del comprador de vivienda en la hipoteca del promotor-vendedor», en *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 2009, vol. I (www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER09_001.pdf).

BALDUS, C. y BECKER, R., «Garantías del crédito en el ámbito familiar a la luz del Derecho comunitario», *Estudios sobre consumo*, núm. 49, 1999, pp. 32 a 40.

BLANDINO GARRIDO, M. A., «Comentario al art. II.-9:405», en *Derecho Europeo de los Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia* (coords.: VAQUER, A.; BOSCH, E.; y SÁNCHEZ, M.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 661 y ss.

CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de *consumidor* en el Derecho Privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. III, núm. 1, marzo de 2011, pp. 84 a 117.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

CUENA CASAS, M., «El impacto económico del *fresh start* o Ley de segunda oportunidad», *El notario del siglo XXI*, marzo-abril de 2013, pp. 24 a 28.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «El control judicial de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, enero de 2015.

abusivas ni la intervención de un juez, salvo que lo considere oportuno el Secretario Judicial o se opongan los deudores». Asimismo, el juez español alberga dudas acerca de «si la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone una normativa nacional como el ordenamiento español que no permite revisar de oficio *ad limine Litis*, en el posterior proceso de ejecución, el título ejecutivo judicial —decreto dictado por el Secretario Judicial poniendo fin al proceso monitorio— la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que sirvió para dictar dicho decreto cuya ejecución se pide, por considerar el Derecho nacional que existe cosa juzgada, artículos 551 y 552 en relación con el artículo 816.2 todos de la LEC».

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Contenido financiero del préstamo y protección del deudor hipotecario», en *La protección del deudor hipotecario* [coords.: ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., y MARTOS CALABRÚS, M. A.], Ed. Comares, Granada, 2014.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, Bosch, Barcelona, 2013.

FERRERES COMELLA, V., «Las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del Derecho de la Unión Europea», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2010, núm. 25, pp. 75 a 80.

HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La reforma del proceso monitorio por la Ley 13/2009», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2010 (edición digital).

HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

LAFUENTE TORRALBA, A. J., «El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal», en *Vivienda y crisis económica* [dir.: ALONSO PÉREZ, M. T.], Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 219 a 255.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso monitorio*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2000.

MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales. Sobre la necesidad de protección de los adherentes profesionales», en *Bases de un Derecho Contractual Europeo* (eds.: ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 132 y ss.

PASTOR VITA, F. J., «Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios», *Diario La Ley*, núm. 6367, 25 de noviembre de 2005 (edición digital).

PICÓ I JUNOY, J., «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales», *Diario La Ley*, núm. 6198, 25 de febrero de 2005 (edición digital).

SENÉS MOTILLA, C., «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», en *La protección del deudor hipotecario* (coords.: ESCARTÍN IPIÉNS, J. A. y MARTOS CALABRÚS, M. A.), Comares, Granada, 2014.

Fecha de recepción: 20.03.2015

Fecha de aceptación: 13.05.2015