

Versión anonimizada

C-497/19 - 1

Asunto C-497/19

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

26 de junio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Audiencia Provincial de Zaragoza (España)

Fecha de la resolución de remisión:

14 de junio de 2019

Parte demandante:

Ibercaja Banco, S.A.

Parte demandada:

SO

TP

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>10.20.220</u>
Luxemburgo, el <u>27-06-2019</u>
Fax/E-mail:
Presentado el: <u>26.6.19</u>
El Secretario, por orden <u>Leticia Carrasco Marco</u> Administradora

AUTO

[OMISSIS]

HECHOS

PRIMERO.— En procedimiento de Ejecución Hipotecaria, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia [OMISSIS] de Zaragoza [OMISSIS] instado por IBERCAJA BANCO, S.A. [OMISSIS] contra TP [y] SO [OMISSIS] recayó auto de fecha 7 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva dice: «Se declara de oficio la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en la póliza de préstamo objeto de la presente ejecución y se acuerda el sobreseimiento de la ejecución».

Interpuesto contra dicha resolución por [OMISSIS] la parte demandante recurso de [Or. 2] apelación, y dado traslado a la parte contraria, esta formuló oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial [OMISSIS]

SEGUNDO.— [procedimiento] [OMISSIS]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. ANTECEDENTES DEL CASO

PRIMERO. – El 27 de mayo de 2015 Ibercaja Banco S.A. interpuso demanda de ejecución a seguir por los trámites especiales de la ejecución hipotecaria, contra el matrimonio formado por TP y SO, en base al préstamo con garantía hipotecaria otorgado ante notario el día 30 de junio de 2005. El préstamo lo fue por 240 000 euros y se hipotecaban una vivienda y una plaza de aparcamiento. El préstamo lo era hasta el 30 de junio de 2040 a pagar en 420 cuotas mensuales, adeudando a 9 cuotas.

Fue novado tal préstamo el 26 de septiembre de 2012 mediante escritura otorgada ante fedatario público, ampliando el plazo de la devolución, hasta el 30 de junio de 2043, así como los intereses, manteniéndose las demás condiciones.

En lo que aquí interesa, en la cláusula 6 *bis* del contrato se previno: «cláusula 6^a *bis*.— Resolución anticipada por la entidad de crédito.

6.*bis*.a) Perderá la parte prestataria el beneficio del término concedido para el reembolso del capital y podrá la CAJA reclamar su devolución inmediata y total en los siguientes casos: [Or. 3]

1.— Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y plazos de amortización del capital prestado [solicitud de registro de lo pactado] [OMISSIS]».

Por auto de 15 de junio de 2015 [OMISSIS] se acordó el despacho de ejecución. En dicho auto no se apreció la abusividad de ninguna cláusula ni se contenía argumentación sobre ello.

La cuantía por la que se despachó ejecución era de 213 988,74 € de principal y de 63 000 € para costas e intereses. No se liquidaron intereses de demora.

SEGUNDO. – Hecho el requerimiento de pago, los deudores, en fecha 2 de septiembre de 2015, plantearon oposición alegando la abusividad de (i) comisiones por gestión de cobros e impagados, (ii) intereses de demora, que se consideraron abusivos, (iii) por la responsabilidad universal que se le imponen al deudor en las escrituras, (iv) la renuncia a la cesión de derechos, (v) la orden de imputación de pagos, (vi) la prohibición de arrendar, enajenar o gravar, y (vii) la asunción de costas.

Esa oposición fue desestimada por auto del Juzgado [OMISSIS] de fecha 5 de noviembre de 2015 [OMISSIS], que fue revocado por Auto de este tribunal de 11 de marzo de 2016 [OMISSIS], en el exclusivo particular de declarar nulos por abusivos los intereses moratorios pactados.

TERCERO.— Por providencia de 18 de mayo de 2017 [OMISSIS] el juzgado abrió un trámite de audiencia a las partes sobre dos cuestiones, 1) la posibilidad de apreciar abusividad en la cláusula de vencimiento anticipado y 2) la posibilidad de suspender el procedimiento a la espera de que el TJUE resolviera la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de España, en su auto de 8 de febrero de 2017. **[Or. 4]**

Tres las alegaciones de las partes, por auto de 15 de junio de 2017 [OMISSIS] se resolvió la segunda de las cuestiones, sobre la suspensión, sin entrar a conocer sobre la abusividad del vencimiento anticipado. Tal suspensión fue dejada sin efectos por esta Audiencia Provincial [mediante] el auto de 20 de noviembre de 2017.

En escrito enviado el 22 de febrero de 2018 [OMISSIS], reiteró su petición de sobreseimiento de la ejecución en razón a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y, subsidiariamente, la suspensión del procedimiento, acordando por auto de 3 de septiembre de 2018 el sobreseimiento de la ejecución al considerar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado [OMISSIS]

Este auto es el que es objeto de apelación y respecto del que se plantea la cuestión prejudicial.

II FUNDAMENTOS DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

PRIMERO.— La cosa juzgada.

El problema de mayor entidad pendiente de solucionar en [el ámbito del] proceso civil en España en la esfera de tutela del consumidor, secuencia a los nuevos criterios procesales derivados de la doctrina del TJUE, es la incidencia de la misma sobre el efecto de cosa juzgada.

La cosa juzgada es efecto asociado a la seguridad jurídica, valor sustancial de nuestro ordenamiento jurídico. El deber de conducta procesal que se impone a los tribunales de buscar de oficio y anular la cláusula contractual abusiva ha tenido como consecuencia unas modalizaciones sobre el efecto de cosa juzgada. **[Or. 5]**

De tal modo, a los tribunales nacionales, al abordar los límites y la operatividad del efecto de cosa juzgada con relación a la protección del consumidor, les resulta imprecisa y les surgen relevantes incertidumbres.

No queda clarificado si dentro del proceso de ejecución se produce un efecto de cierre procesal sobre la posibilidad de dilucidar la validez de alguna de las cláusulas en los contratos con consumidores.

El problema pasa pues por determinar el momento del proceso, en este caso de ejecución, en el que, con relación al control de abusividad, a realizar de oficio por los tribunales o con relación a la posibilidad de la parte de plantear un incidente procesal en el que se obligue al tribunal de la ejecución a pronunciarse sobre la abusividad de una determinada cláusula contractual, es posible, pasados esos controles iniciales, considerar cerrada ya toda posibilidad de que esa cuestión pueda **dilucidarse judicialmente**.

O [bien] se anticipa que nunca se va a producir ese efecto de cierre o sellado procesal o [bien] solo si previamente se ha dilucidado; [en cualquier caso,] la validez tendría que estar afirmada expresamente por un tribunal de justicia. En tanto no exista pronunciamiento específico, aunque hayan transcurrido los plazos procesales para activar esa decisión, es posible plantear por el deudor o revisar de oficio por el juez la abusividad de una cláusula.

SEGUNDO.— Las dos grandes categorías de procesos en el Derecho español y su relevancia en la problemática de la cosa juzgada.

En el Derecho Procesal del Reino de España, en su Ley de Enjuiciamiento Civil hay dos grandes categorías de [Or. 6] procesos civiles. El proceso declarativo y el proceso de ejecución.

El proceso declarativo es un proceso plenario que debe utilizarse como cauce procesal ordinario en el que, en las relaciones entre particulares, se ha de pretender la tutela judicial de un derecho desconocido o perturbado por el demandado y su resolución definitiva, sin que después se pueda pretender que se plantee judicialmente en ulteriores ocasiones la misma cuestión o la misma tutela basada en la misma causa de pedir (art. 222 LEC). ¹ Salvo supuestos en los que la

¹ «Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.
2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

misma Ley procesal impone la exclusión del efecto de cosa juzgada, como acaece respecto de los denominados procesos sumarios, aquellos en los que el legislador limita el conocimiento del tribunal a una parte de una determinada relación jurídica. Esa limitación permite que después se pueda acceder a un proceso plenario en el que se diluciden todas las consecuencias que resulten del complejo de una relación jurídica, y no de una parte de ella. (art. 447. 2 LEC).² [Or. 7]

Junto a esta categoría, el proceso declarativo, coexiste el proceso de ejecución.

El proceso de ejecución se caracteriza por no precisar una previa delimitación de derechos. En él se inicia ya la actividad material necesaria para la satisfacción de un derecho.

El requisito para acceder directamente a este proceso de ejecución es que el derecho que se trata de hacer efectivo venga reconocido en un título o documento que por Ley tenga esa eficiencia. En ley Procesal, la LEC, el listado de documentos o títulos ejecutivos se contiene en el art. 517, precepto en el que se contiene una regulación inicialmente unitaria entre los denominados títulos ejecutivos procesales (entre ellos, y de manera principal, la sentencia, que pone fin al proceso declarativo) y los contractuales. Estos últimos nacen fuera del proceso, son contratos de los que resulta una obligación, por parte del deudor, de abonar al acreedor una prestación dineraria, **vencida, exigible y líquida** (art. 571 LEC).³

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4.Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.»

² «Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales.

2.No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias.

3.Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito.

4.Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos.

³ «De la ejecución dineraria: disposiciones generales Artículo 571. Ámbito del presente Título.

La razón por la que el legislador permite en los supuestos regulados en ese mencionado precepto, el art. 517 LEC, acceder directamente a un proceso de ejecución y eludir el declarativo en el que se reconozca su [Or. 8] derecho, es que el reconocimiento de la deuda se realiza con un conjunto de garantías jurídicas que permiten presumir la existencia y realidad de la deuda.

TERCERO.— La cosa juzgada y la preclusión.

No solo lo resuelto en un juicio plenario produce el efecto de cosa juzgada. También lo que se pudo plantear, como causa de pedir de la acción ejercitada por el demandante, o como excepción por parte del demandado, y no se planteó. Es el efecto de preclusión.

Precluido un plazo para hacer valer la causa de pedir de una concreta pretensión, no se podrá plantear un segundo proceso dirigido a lograr el reconocimiento de ese mismo derecho, al igual que el demandado no podrá iniciar un segundo proceso para que se atienda a las consecuencias de una excepción que no hizo valer, pudiendo hacerlo en el anterior e inicial proceso.

La preclusión supone la pérdida de la parte en el proceso de ejercer un poder de alegación. La preclusión es un efecto procesal que afecta a los poderes de las partes en el proceso.

La preclusión no genera en sentido estricto cosa juzgada: la causa de pedir (del demandante) o la excepción (por el demandado) que no se resolvieron por el tribunal, por no haberlos hecho valer en el primer proceso, no son, como se ha dicho y en razón al principio de congruencia, resueltas, so pena de incurrir el tribunal en incongruencia. No obstante, por generarse ese efecto de preclusión no se pueden plantear en un ulterior proceso. Se le suele así denominar a la preclusión «cosa juzgada virtual», dado que la [Or. 9] preclusión provoca también un efecto cierre o sellado del proceso. Y de la pretensión.

Si la cosa juzgada está íntimamente vinculada al valor de la seguridad jurídica, la preclusión está próxima también a la misma, al intentar evitar el legislador una sucesión inacabable de procesos para dilucidar un mismo derecho.

La preclusión, al igual que la cosa juzgada, puede considerarse en un aspecto formal, como efecto en el mismo proceso, o como efecto sobre las acciones o defensas, en un sentido material.

Las disposiciones del presente Título se aplicarán cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida.»

Como efecto formal obstaría a que, **dentro del mismo proceso**, se haga valer una potestad procesal de la parte para la que tuvo el momento procesal oportuno y no lo aprovechó (art. 136 LEC).⁴

Como efecto material impediría a la parte hacer valer **en otro proceso** una acción basada en una causa de pedir o una excepción que pudo hacer valer en el primer proceso.⁵

CUARTO. – El efecto de cosa juzgada y de preclusión en el proceso de ejecución en el Derecho Procesal español.

El proceso de ejecución se caracteriza, como antes hemos anticipado, por no precisar una previa delimitación de derechos: se inicia ya la actividad material necesaria para la satisfacción de un derecho mediante el “despacho de ejecución”.

El requisito para acceder directamente a este proceso de ejecución es que el derecho que se trata de hacer efectivo en el mismo venga reconocido en un título o documento que por Ley tenga esa eficacia ejecutiva y del que resulte un crédito

⁴ «Artículo 136. Preclusión.

Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Letrado de la Administración de Justicia dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda.»

⁵ «Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularon.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

vencido, exigible y líquido. En la ley procesal nacional ([OMISSIS] LEC), el listado de documentos o títulos ejecutivos se contiene en el art. 517 [OMISSIS], precepto en el que se contiene una regulación inicialmente unitaria entre los denominados títulos ejecutivos procesales (entre ellos y de manera principal la sentencia que pone fin al proceso declarativo) y los contractuales. Estos últimos nacen fuera del proceso, son contratos de los que resulta una obligación, por parte del deudor, de abonar al acreedor una prestación dineraria, vencida, exigible y líquida (art. 571 LEC). ⁶ [Or. 11]

La razón por la que el legislador permite respecto a los títulos ejecutivos contractuales en los supuestos regulados en ese mencionado precepto, art. 517 LEC, acceder directamente a un proceso de ejecución y eludir el declarativo en el que se reconozca su derecho es que el reconocimiento de la deuda se realiza con un conjunto de garantías jurídicas que permiten presumir la existencia y realidad de la deuda.

QUINTO. – El Tribunal Supremo español ha precisado las consecuencias de las normas legales internas que configuran ese efecto de cosa juzgada en el proceso de ejecución.

En lo que aquí interesa, como criterio general y al margen de la concreta esfera de protección del consumidor, se posibilita que el deudor abra un incidente procesal

⁶ «Artículo 517. Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos.

1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

1.º La sentencia de condena firme.

[apartado no pertinente en el presente asunto] [OMISSIS]

3.º Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.

4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

5.º Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos.

[apartados no pertinentes en el presente asunto] 6.º [OMISSIS].

7.º [OMISSIS]

8.º [OMISSIS]

9.º Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución.»

con el que se dilucide jurisdiccionalmente un limitado ámbito de oposición a [Or. 12] la ejecución. Ese ámbito de oposición, que es diferente en la ejecución de sentencia que en la ejecución de título ejecutivo contractual, se estructura sobre dos grandes categorías, la oposición por defectos procesales y la oposición por motivos de fondo.

Los primeros hacen referencia a la falta de requisitos del título ejecutivo, pero no solo en un sentido puramente formal, sino también material, en el sentido de que se permite comprobar que del título ejecutivo resulta la deuda que se está exigiendo en el proceso.

Y por otra parte se recogen, para los títulos ejecutivos contractuales, un conjunto de causas de oposición, que en su mayor parte tienen un carácter o reflejo documental, que contemplan causas extintivas de la obligación reflejada en el título ejecutivo.

En la configuración inicial de esta regulación no se contemplaba la posibilidad de oponer ninguna cuestión relativa a la validez de la obligación. Era voluntad del legislador que, en aras de la agilidad en el tráfico jurídico, se potencie la eficacia de los títulos ejecutivos contractuales.

Las cuestiones afectantes a la validez de la obligación se relegaban a un potencial proceso declarativo posterior a iniciar por el deudor, y en el que se podría revisar así lo actuado en el proceso de ejecución, que podría conducir a una restitución de las consecuencias del proceso de ejecución.

La negación de la posibilidad de oponer la validez de la obligación se modificó en el Derecho español respecto a la contratación con consumidores por Ley [Or. 13] 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que introdujo dentro de las causas de oposición la posibilidad de oponer, tanto en el proceso de ejecución ordinario (art. 557.1.7.^a LEC),⁷ como en el especial hipotecario (art. 695.1.4.^a LEC), la abusividad de las cláusulas contractuales.

No solo se permitió formalizar la oposición para hacer valer la abusividad y secuestrada nulidad de cláusulas en la contratación seriada con consumidores, sino

⁷ «Artículo 557. Oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales.

1. Cuando se despache ejecución por los títulos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517, el ejecutado sólo podrá oponerse a ella, en el tiempo y en la forma prevista en el artículo anterior, si se funda en alguna de las causas siguientes:

[...]

7.^a Que el título contenga cláusulas abusivas.

2. Si se formulare la oposición prevista en el apartado anterior, el Letrado de la Administración de Justicia mediante diligencia de ordenación suspenderá el curso de la ejecución.»

que se impuso un deber a los tribunales de controlar de oficio, y ya de una manera inicial, la potencial abusividad en esa contratación (art. 552.1.pt. 2.º LEC).⁸

Tanto la oposición por abusividad a instancia del deudor como el control de oficio inicial que se previene en la Ley se refieren a las cláusulas que puedan fundar el despacho de la ejecución o la cuantía de la deuda. **[Or. 14]**

SEXTO. – El efecto de la preclusión en el proceso de ejecución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

(i) En el proceso de ejecución en general.

En el Derecho interno, cuya regulación se recoge en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, fue objeto de polémica el efecto de cosa juzgada que podía producir la resolución judicial que resuelve la oposición en el proceso de ejecución.

El criterio del Tribunal Supremo respecto al efecto de cosa juzgada en el proceso de ejecución es, en general, entender que se ha producido ese efecto respecto de aquellas causas de oposición que se plantearon de manera efectiva y se dilucidaron por el tribunal. Lo ya resuelto en el incidente de oposición hecho valer en el proceso de ejecución produce el efecto de cosa juzgada. Pero también respecto de aquellas causas de oposición *que se pudieron oponer y no se opusieron*. Es la preclusión: no se planteó lo que se pudo oponer, de manera que después el deudor ya no puede plantear un proceso declarativo en el que se declare la concurrencia de esa excepción.

Será la STS 24.11.2014 (rec. 2962/2012, ECLI: ES:TS:2014:4617) la que viene a atribuir con toda contundencia el efecto de cosa juzgada a lo que pudiéndose oponer en el proceso de ejecución de títulos contractuales no se opuso. Se trata en el caso resuelto de una obligación que no se encontraba vencida según título. Razona el Tribunal Supremo que en el proceso de ejecución cabe oponer como causa de oposición **las resultantes del mismo documento ejecutivo**, de manera que al igual que el juez «tenía que examinar de oficio si la cláusula de vencimiento anticipado justificaba que un solo impago parcial de intereses [...] podía ser determinante de la resolución del contrato y del carácter **[Or. 15]** exigible de la inmediata y total devolución del préstamo», [...] el juez tenía que examinar de oficio la conformidad con la naturaleza y contenido del título

⁸ «Artículo 552. Denegación del despacho de la ejecución. Recursos.

1. Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución.

El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª»

(art. 551.1 LEC), [y que] de la misma manera «la parte ejecutada habría podido oponer la nulidad radical del despacho de ejecución por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (art. 559.1.3.º LEC)». Y en lo que aquí interesa, se reseña que **«el ejecutado que, habiendo podido oponerlas, no lo hubiera hecho, no podrá promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución»**.

Esta línea jurisprudencial se confirma en la STS 28.11.2014 (rec. 2720/2012), que contempla un supuesto de impago de la cuota de préstamo como fundamento de la cláusula de vencimiento anticipado y resolución del contrato de préstamo, con fundamento en una previsión contractual que se considera oscura, lo que el TS resuelve afirmando que: «i[1]o que la parte demandante-recurrente presenta como un problema de interpretación del contrato de crédito, ajeno a las causas de oposición que habrían podido hacerse valer en el proceso de ejecución, es en realidad un **problema de vencimiento** de la obligación y, por tanto, de si esta era o no exigible.» y «ii) [e]n consecuencia, del mismo modo que el juez tenía que examinar de oficio si la cláusula de vencimiento anticipado justificaba que un solo impago parcial de intereses (y no más de uno como se alegaba en la demanda del proceso declarativo y se alega en el recurso de casación) podía ser determinante de la resolución del contrato y del carácter exigible de la inmediata y total devolución del préstamo (conformidad de los actos de ejecución «con la naturaleza y contenido del título», artículo 551.1 LEC), así también la parte ejecutada habría podido oponer la nulidad radical del despacho de ejecución «por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (artículo 559.1.3º Ley Enjuiciamiento Civil en su redacción aplicable al caso por razones temporales)». Y que, en lo que aquí interesa, que «de una interpretación conjunta y sistemática de las normas aplicables en relación con las **[Or. 16]** precedentes sentencias de esta Sala sobre la materia se desprende, primero, que las circunstancias relativas al vencimiento de la obligación, y por tanto a su carácter exigible, que resulten del propio título no judicial en que se funde la ejecución, o de los documentos que deben acompañarlo, si son oponibles en el proceso de ejecución, y segundo, que el ejecutado que, habiendo podido oponerlas, no lo hubiera hecho, no podrá promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución».

(ii) En el proceso de ejecución frente a consumidores.

Esa doctrina sobre la preclusión en el proceso de ejecución es la que traslada luego el Tribunal Supremo español a la causa de abusividad en las cláusulas en contratos con consumidores. Así en la STS de 27 de septiembre de 2017, (ECLI: ES:TS:2017:3373) en la que se rechazó el efecto de cosa juzgada en un proceso declarativo posterior al proceso de ejecución al considerar que en el previo proceso de ejecución la normativa jurídica no hacía viable esa causa de oposición, de suerte que mal puede causar efecto de cosa juzgada lo que no se pudo oponer. Pero doctrina que implícitamente presupone que sí se produciría el efecto preclusivo si, pudiéndose oponer, no se opuso.

En el mismo sentido la STS de 17 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3553) y la STS de 13/11/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3734), esta última para un declarativo al que había precedido otro juicio y en la que se razona que «entender que en este caso la sentencia recurrida ha apreciado indebidamente la cosa juzgada equivaldría a reconocer la posibilidad de que una misma pretensión de resolución de un mismo contrato de compraventa pudiera reproducirse indefinidamente en sucesivos juicios ordinarios, de cognición plena, si en cada demanda se invocaran razones diferentes o la nulidad de cada una de las cláusulas del contrato, pues entonces lo que vulneraría gravemente sería el derecho fundamental del vendedor a una tutela judicial efectiva derivada de la sentencia firme de un litigio anterior entre las mismas partes». [Or. 17]

SÉPTIMO.– La cosa juzgada en la doctrina del TJUE.

La problemática surge de la posibilidad de trasladar o cohonestar esta doctrina con las exigencias defensivas a favor del deudor/consumidor que resultan de la doctrina del Tribunal de Justicia. En síntesis, [se trata de una] cuestión de orden público, controlable de oficio por los tribunales.

La sentencia que podría considerarse más relevante en el TJUE es la de 26 de enero de 2017 (C-421/2014).

En esta sentencia se afronta la problemática relativa al efecto de cosa juzgada y tutela del consumidor. Se advierte en tal sentencia que la tutela del consumidor no puede considerarse ilimitada y que la misma cede ante un principio universal de coherencia en el ordenamiento jurídico, el de seguridad jurídica.

También advirtió que el «perfil» del efecto de cosa juzgada se remite al Derecho nacional. En esos términos este tribunal tendría que estar a los términos que ha fijado el Tribunal Supremo español y aplicar su doctrina general, que parece haber extendido a la esfera de la tutela del consumidor.

Ello supondría que si medió ese control previo por el tribunal al juicio del proceso de ejecución, pero sin exteriorización formal en ningún sentido, o planteando solo la potencial abusividad de una concreta causa de oposición, y después en el potencial incidente de oposición planteado por el deudor, no se formaliza la misma respecto a alguna o algunas cláusulas abusivas, según esa doctrina del Tribunal Supremo español, se generaría un efecto de cosa juzgada, o efecto «cierre» [Or. 18] del proceso, la preclusión, o pérdida por la parte de ejercer la facultad procesal de plantear a un tribunal, finado el plazo de oposición, la abusividad de una cláusula del contrato. Ni en el mismo proceso de ejecución, después del incidente de oposición, ni tampoco en un futuro proceso declarativo.

Pero la STJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14) no se limita a remitirse al Derecho interno para deslindar el efecto de cosa juzgada.

Tal sentencia establece una serie de condicionantes o límites. Dispone así que:

51. «Ahora bien, resulta de los principios que se deducen de los apartados 40 a 43 de la presente sentencia que las condiciones establecidas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, que la citada disposición atribuye a los consumidores (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 71).

52. De este modo, en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato. En efecto, en ausencia de ese control, la protección del consumidor resultaría [Or. 19] incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-414/11, EU:C:2013:164, apartado 60)».

Pero en el Derecho Nacional, como hemos advertido, el tribunal está obligado a examinar todo el clausulado, siquiera solo se exterioriza su valoración respecto de las que pueda considerar abusivas. Examinando todo el clausulado sólo exterioriza el juicio negativo respecto de las que aprecie su invalidez por abusividad.

No es el caso, como el que se resuelve en la mencionada STJUE de 26 de enero de 2017, de que solo se examinen algunas causas concretas. Se debe, legalmente, (art.552.1 LEC) examinar en su integridad, en los términos legales, el título ejecutivo, siquiera solo se abre un incidente contradictorio, claro está, sobre aquellas cláusulas en las que aprecie una potencial abusividad. Pero el ejercicio de ese control implica la consideración de validez del resto del clausulado.

OCTAVO.– La cláusula de vencimiento anticipado y su abusividad.

Para la adecuada comprensión del alcance de la duda que se pretende despejar con el planteamiento de la cuestión prejudicial a la Sala le parece conveniente hacer un breve histórico de las resoluciones del TJUE que fijaron, 1) la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, y 2) la materia que parece más vidriosa, la determinación del efecto de cosa juzgada con relación a las pretensiones defensivas [Or. 20] del deudor basada en la abusividad de alguna de las cláusulas contenidas, en este caso, en los contratos de préstamo.

En términos generales puede afirmarse que la cláusula de vencimiento anticipado no es, en sí misma, abusiva. En el ordenamiento jurídico español tal institución regulada en el art. 1129 CC conlleva la pérdida del beneficio del plazo que las partes pudieron pactar para, en el caso del préstamo, devolver el dinero. En el precepto citado la pérdida de ese beneficio se relaciona con la pérdida de la solvencia inicial del deudor, que puede hacer razonable dudar al acreedor de que el deudor esté en condiciones de cumplir en el futuro. Lo que no impide que, en razón a la facultad de autorregulación que tienen los particulares en sus relaciones de adicionar al elenco de causas legales otras [...], en lo que aquí interesa, por incumplimiento del deudor; en el caso del préstamo, el pago regular de las cuotas de amortización del principal e intereses remuneratorios. Es más, por razones históricas de la doctrina nacional que no son de un especial interés, los contratos de préstamo han tendido a reconducir esos incumplimientos a la esfera del vencimiento anticipado o pérdida del beneficio del plazo y no al que le sería propio, el de la resolución del contrato por incumplimiento grave (art.1124 CC).

NOVENO. – Determinación temporal [como] criterio para valorar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Los elementos de Derecho que determinan [la abusividad de la] cláusula de vencimiento se sentaron ya en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto AZIZ).

Allí tras recordar el TJUE su doctrina sobre la abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente entre prestador de servicios y consumidor (desequilibrio, falta de buena fe, comparación con el Derecho nacional, el juicio de [Or. 21] previsibilidad de que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula si se le hubiera tratado de una manera leal y equitativa en una negociación individual), tras reproducir [...] esa doctrina, se [indica] más específicamente [acerca de] la cláusula de vencimiento anticipado:

«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

DÉCIMO.–

Desde ese momento existía ya un «perfil» claro de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

El Tribunal Supremo, por su parte, en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618), y respecto de una cláusula que prevenía un vencimiento anticipado por el impago «de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses», advertía:

«3.– Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual —*art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio*). Y, en [Or. 22] cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.»

Añadía el TS un razonamiento adicional de una especial relevancia:

«Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada *STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)*».

En definitiva, como mínimo desde esta sentencia del Tribunal Supremo ya había definición de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Es decir, a los efectos que interesan en el presente procedimiento de ejecución hipotecaria, tanto al tiempo de despacharse la ejecución como al tiempo de plantear la parte deudora el incidente de oposición, ya existían todos los elementos de hecho y de derecho para determinar la abusividad de la cláusula de vencimiento contenida en el contrato de préstamo.

UNDÉCIMO.– La preclusión en la doctrina del TJUE.

El Tribunal de Justicia ha advertido desde el primer momento de la relevancia que tiene el respeto del efecto de cosa juzgada en los procesos judiciales. La invariabilidad de lo resuelto es necesaria para respetar un valor esencial en cualquier comunidad jurídica: el principio de seguridad jurídica.

Con la cosa juzgada guarda una estrecha relación la preclusión. Este efecto procesal supone que, agotado el plazo para realizar un acto procesal, la parte pierde la [Or. 23] potestad de realizarlo. Supone, la preclusión, un efecto similar al de cosa juzgada en cuanto afecte a las cuestiones de fondo en un proceso, sea respecto de las acciones del acreedor, sea respecto de las pretensiones defensivas del deudor. La preclusión es un principio necesario para la existencia de un proceso ordenado. Eludirlo conduce a estados procesales caóticos, en los que no se termina de concretar las fases y siempre parece posible empezar de nuevo.

En la medida en la que afecten, como se ha dicho, a la definición de las acciones ejercitables o a las defensivas, la legislación nacional y la jurisprudencia le atribuyen un efecto equivalente al de cosa juzgada.

DUODÉCIMO.—

La admisibilidad conforme al Derecho europeo de la preclusión así entendida se ha aceptado en la jurisprudencia del TJUE, y en particular en la STJUE de 29/10/2015 (C-8/14) a propósito del régimen transitorio instaurado en la Ley interna 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reformar la protección a los deudores hipotecarios, en la que, para cumplir la doctrina del TJUE, se introdujo la posibilidad de que, en la ejecución hipotecaria, se pudiera oponer por el deudor/consumidor la abusividad de algunas de sus cláusulas, y respecto a los [casos en] que había transcurrido el plazo ordinario de oposición se habilitó [...] en el régimen transitorio de dicha Ley, un plazo extraordinario de un mes para formalizar *ex novo* la oposición basada en la abusividad. El TJUE entendió que esa herramienta procesal, ese plazo calificado como extraordinario, no se ajustaba al Derecho Europeo. El razonamiento del TJUE es el siguiente:

«Sin embargo, esta notificación, anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, no contenía información acerca del derecho de tales consumidores a formular oposición a la ejecución alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución, ya que esta posibilidad [Or. 24] solo se contempló, en el artículo 557, apartado 1, número 7, de la LEC, tras ser introducida mediante la Ley 1/2013.

En estas circunstancias, habida cuenta en particular de los principios del derecho de defensa, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial.

Por consiguiente, debe señalarse que la disposición transitoria controvertida, en la medida en que prevé que el plazo preclusivo comienza a correr en el presente caso sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en

el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado antes de entrar en vigor esa Ley, no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión».

Esta doctrina solo es entendible desde la admisibilidad por el propio TJUE de plazos preclusivos. [...] Si los mismos no existieran, en tanto en cuanto fuese posible en todo proceso, cualquiera que sea el estado en el que se encuentre, la oposición por cláusulas abusivas que no estuvieran previamente resueltas, sería ocioso y estéril decidir sobre la admisibilidad o no de todo tipo de plazos, ordinarios o extraordinarios, cuando por esencia en todo momento podría plantearse la abusividad de toda cláusula cuya validez no hubiera sido dilucidada con anterioridad.

Esa mencionada STJUE de 29/10/2015 invocará precisamente los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como lo son, la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento, advirtiendo el TJUE que:

«Estos aspectos, evocados por la jurisprudencia antes citada, deben tomarse en consideración al analizar las características del plazo sobre el que versa el litigio principal. Como señaló el Abogado General en el punto 45 de sus conclusiones, este [Or. 25] análisis debe comprender dos elementos: la duración del plazo preclusivo establecido por el legislador y el mecanismo previsto para determinar el inicio de ese plazo.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la duración del plazo, debe tenerse en cuenta que, según reiterada jurisprudencia, la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión. En efecto, plazos de este tipo no hacen imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (sentencia Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41 y jurisprudencia citada)».

En definitiva, de la doctrina del TJUE resulta que aunque el régimen transitorio de la Ley 1/2013 no garantizaba el derecho de defensa ello es así porque se presupone la existencia de plazos preclusivos que sí son ajustados al Derecho Europeo, como expresión de un orden procesal mínimo y por respeto al principio de seguridad jurídica.

DECIMOTERCERO. – El control de oficio de la abusividad en el Derecho interno. La regulación en el Derecho interno. El juicio negativo de su validez.

En este estado de las cosas surgen dudas sobre la coordinación de estos principios entre las distintas sentencias del propio TJUE y entre la doctrina del Tribunal Supremo y la legislación nacional.

En efecto, como hemos advertido, la ley procesal nacional introdujo, para ajustarse a la doctrina del TJUE, un control de la abusividad, tanto en el proceso de ejecución ordinaria como en el proceso de ejecución hipotecaria.

El primer control es de oficio y a realizar por el mismo tribunal antes de iniciarse el proceso de ejecución, antes de despachar la ejecución. La singularidad de ese control es que conlleva un juicio meramente condicional y negativo. **[Or. 26]**

Al menos inicialmente («el tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal [...]»). No se pronuncia sobre la validez del clausulado sino, en su reverso, solo sobre su invalidez. No es un juicio positivo de su validez sino negativo; como consecuencia de la revisión del título ejecutivo contractual se afrontan sólo aquellas cláusulas en las que el tribunal aprecia abusividad.

En este caso se activará un incidente contradictorio que conducirá a un pronunciamiento sobre su validez.

Respecto de las demás cláusulas, al superar las mismas el test de validez que realiza el tribunal de la ejecución, no existirá exteriorización de razonamiento alguno por el tribunal de la ejecución. No hay declaración expresa de su validez, siquiera el control inicial supone una implícita asunción de esa validez. Que es lo que acaecerá en el procedimiento de ejecución hipotecaria que da pie al planteamiento de esta cuestión prejudicial.

La validez de las demás resultaría por exclusión en la medida en la que el tribunal no ha apreciado en ellas abusividad.

Decimos que ese trámite inicial conlleva solo un juicio negativo, lo que es coherente con el proceso de ejecución, en el que no hay en principio de declaración de derechos. Con el juicio negativo nada obsta a los derechos de defensa del deudor, que puede así, despachada ejecución, plantear oposición por abusividad de otras cláusulas que no quedaron expresamente enjuiciadas en el control inicial de oficio.

Ese primer control de oficio, se repite, en su planteamiento, es inicialmente negativo («si apreciare la abusividad de alguna de las cláusulas»). Mas respecto de las que si el tribunal plantea inicialmente su potencial abusividad necesariamente se ha de concluir en un **[Or. 27]** pronunciamiento declarativo, que puede ser tanto negativo de su validez por ser abusivas, como positivo de la misma. Lo que, a los efectos que ahora interesan queda claro y no se planteará por esta Audiencia es que tales pronunciamientos, realizados con la necesaria contradicción entre las partes, generarán el efecto de cosa juzgada: ni el deudor planteando un incidente de oposición ni el tribunal en uso de sus facultades de control de oficio podrían pretender la revisión de lo ya resuelto.

Donde surgen las dudas que atañen al caso concreto es cuando el control de oficio inicial no conduce a que el tribunal ordene la apertura de audiencia a las partes, por no haber apreciado abusividad en ninguna cláusula o solo en alguna cláusula determinada. Lo que, por el carácter inicialmente negativo del control, el juicio de validez no se exterioriza en la resolución inicial. Ha existido un control pero de no apreciarse abusividad ese control no se exterioriza. Se despacha ejecución y no hay aquí juicio positivo de validez del clausulado, ni tampoco negativo de la misma, que ha sido revisada por el tribunal. Esto es, no hay declaración expresa de validez del contrato pero se ha tenido que realizar un control interno que procesalmente es, cuando se considera válido, silente. Y ello cuando ya existían todos los elementos de hecho y de Derecho.

DECIMOCUARTO.-

A su vez, y esta sería la segunda duda, surge el problema de si el deudor que planteó un incidente de oposición inicial haciendo valer la abusividad de determinadas cláusulas, puede, con posterioridad, pese a la preclusión de esa potestad, volver a plantear un incidente de oposición de una cláusula que se considere abusiva pero que no planteó en el momento procesal pertinente. Y ello, en particular, cuando los elementos de hecho y de Derecho para definir esa abusividad existían ya al tiempo de plantear el primer y tempestivo incidente de oposición. [Or. 28]

En definitiva, si la preclusión es aceptada en la doctrina del TJUE, si el deudor no plantea oposición en el proceso de ejecución, el interrogante se centra en determinar si el principio de efectividad conduce a que se produzca o no un efecto [de] cierre en el proceso que impida que tanto el deudor como el tribunal de oficio pueden volver a revisar lo que ya revisó o a oponer lo que pudo oponer y no opuso.

LA SALA ACUERDA:

PLANTEAR ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA LAS SIGUIENTES CUESTIONES PREJUDICIALES:

- 1) Si es conforme al Derecho Europeo una normativa interna de la que se deduce que si una determinada cláusula abusiva superó el control judicial de oficio inicial al despachar ejecución, tal control impide que con posterioridad el mismo tribunal puede apreciarla de oficio, cuando ya desde el primer momento existían los elementos de hecho y de Derecho, aunque ese control inicial no haya exteriorizado, ni en su parte dispositiva ni en su fundamentación, consideración alguna sobre la validez de sus cláusulas.
- 2) La siguiente duda que se plantearía es si la parte ejecutada, existiendo ya los elementos de hecho de Derecho que delimitan la abusividad de una cláusula en la contratación con consumidores no la opone en el incidente de oposición que para tal fin le otorga la Ley, puede, resuelto tal incidente, volver a plantear un nuevo incidente procesal, con el que se dilucide la

abusividad de otra u otras cláusulas, cuando ya las pudo oponer inicialmente en el trámite ordinario previsto en la Ley. En definitiva si se produce un efecto preclusivo que impide al consumidor volver a plantear la abusividad de otra cláusula en el mismo proceso de ejecución e, incluso, en uno posterior proceso declarativo.

- 3) La tercera duda es, para el supuesto de que se considere conforme al Derecho europeo, la conclusión de que no puede **[Or. 29]** iniciarse por la parte un segundo o ulterior incidente de oposición para hacer valer la abusividad de una cláusula que pudo oponer con anterioridad por estar definidos ya los elementos de hecho y de Derecho necesarios, puede, se repite servir de fundamento para que se utilice como medio de que el tribunal, advertido de esa abusividad, pueda hacer valer su potestad de control de oficio.

[OMISSIS]