



C-600/19-1

AUD. PROVINCIAL SECC. 4 ZARAGOZA
RECURSO APELACION 570/2018

Inscrito en el registro del Tribunal de
Justicia con el número 1124412
Luxemburgo, el 08. 08. 2019
El Secretario.
por orden
Fax/E-mail: _____
Presentado el: 06.08.19
Leticia Carrasco Marco
Administradora

A U T O N° 000113/2019

Presidente
D./D^a. JUAN IGNACIO MEDRANO SANCHEZ
Magistrados
D./D^a MARIA JESUS DE GRACIA MUÑOZ
D./D^a. RAFAEL M^a CARNICERO GIMÉNEZ DE
AZCÁRATE

En Zaragoza, a doce
de julio de 2019.

La SECCION N° 4
DE LA AUDIENCIA

PROVINCIAL DE ZARAGOZA, compuesta por los/las Ilmos/as.
Sres/as. Magistrados/as que al margen se expresan, ha visto en
grado de apelación el **Rollo Civil de Sala n° 0000570/2018**,
derivado del *Ejecución hipotecaria n° 0000452/2014 - 02*, del
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE ZARAGOZA; siendo parte
apelante, el/la (demandado-a) MA, representado/a por el/la
Procurador/a D/Dña. JOSE MANUEL MARTINEZ ROMASANTA y
asistido/a por el/la Letrado/a D/Dña. ANA CRISTINA CUNCHILLOS
BARRADO; parte apelada, el/la demandante **IBERCAJA BANCO, S.A.**,
representado/a por el/la Procurador/a D/Dña. JORGE LUIS
GUERRERO FERRANDEZ y asistido/a por el/la Letrado/a D/Dña.
SILVIA DUATO LOZANO.

CURIA GRIFFE
Luxembourg
Date 06.08.2019

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. ANTECEDENTES DEL CASO

PRIMERO.- El día 30-12-2014 Ibercaja Banco SA interpuso demanda de
procedimiento de ejecución hipotecaria. Se reclamó 164.676,53 euros,



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

correspondientes a capital e intereses vencidos y no satisfechos hasta el 5-11-2014, más 49.402 euros calculados provisionalmente, sin perjuicio de posterior liquidación por intereses de demora al tipo 12% nominal anual, desde el cierre de la cuenta el día 5-11-2014 hasta que se efectúe el completo pago. La cuenta se cerró por el impago de cinco cuotas, desde el 31-5-2014 al 31-10-2014.

La pretensión se basaba en escritura pública de fecha 6-5-2005, de préstamo con garantía hipotecaria otorgado por Ibercaja y PO y MA. El capital prestado fue de 198.400 euros a devolver antes del 31-5-2040. Se hipotecó una vivienda unifamiliar valorada en 299.290 euros. El interés ordinario fue del 2,750 por ciento nominal anual, hasta el 30-11-2005 y a partir de esa fecha y hasta la cancelación el préstamo devengaría interés variable según la forma de la cláusula 3º bis, resultante de adicionar el margen o diferencial constante que se fija para toda la vida del préstamo en 0.950 puntos, pudiendo ser menor según concurrieran las condiciones objetivas de vinculación que se señalaban. Consta que en todo caso se pactó que el diferencial que como mínimo se aplicará al tipo de referencia será de 0.500 por ciento, aceptando la prestataria un máximo de reducción en el diferencial a aplicar. El interés de demora fue del 19% nominal anual (cláusula sexta). En la cláusula 6ª bis se pactó que la entidad podía reclamar la totalidad del préstamo por la falta de pago de cualquiera de los vencimientos.

SEGUNDO.- El día 26-1-2015 se dictó auto ordenando ejecutar el título y despachar ejecución frente a los prestatarios por el importe reclamado, requiriéndoles de pago y confiriéndoles un plazo de diez días para oponerse a la ejecución en los términos del art 695 LEC. El mismo día 26-1-2015 se dictó decreto por la Secretaria judicial acordando expedir mandamiento al Registro de la propiedad a fin remitiera certificación de la titularidad y demás derechos reales así como de la subsistencia hipoteca a favor de la ejecutante.

TERCERO.- El día 9-2-2015 se notificó a **PO** el auto y Decreto mencionado y fue requerido de pago, recibiendo la copia de la demanda, del auto y del Decreto mencionados. La misma notificación se efectuó el día 18-2-2015 respecto a MA.

CUARTO.- El día 6-4-2015 PO, representado por Procurador, presentó escrito manifestando que comparecía en el procedimiento.

QUINTO.- El día 15-4-2015 se unió mandamiento remitido al registro, debidamente cumplimentado.

SEXTO.- El día 18-6-2015 MA, representada con procurador, compareció en el procedimiento.

SÉPTIMO.- En escrito de fecha 14-12-2015 se comunicó el fallecimiento del ejecutado PO y tras los trámites oportunos por auto de fecha 9-6-2016 y se tuvo como parte a SP y JK en calidad de posibles herederos legales del fallecido.

OCTAVO.- Tras la petición del ejecutante, por auto de 28-6-2016 se convocó subasta de la vivienda hipotecada, en la que no hubo portores.

NOVENO.- Ibercaja solicitó la adjudicación de la finca en la cantidad de 179.574 euros haciendo saber que cedía el remate a Residencial murillo SA, aceptando esta sociedad la cesión y aportando resguardo de ingreso de 179.574 euros correspondientes al precio del remate.

DÉCIMO.- El día 25-10-2016 se practicó la tasación de costas, que ascendió a 2.886,19 euros y se interesó liquidación de intereses por importe de 32.538,28 euros, resultado de calcular un interés al 12% según lo previsto en la Ley 1/2013, de lo que se confirió traslado a la parte ejecutada. Por decreto de 13-12-2016 se aprobó la tasación de costas por la cantidad de 2.886, 19 euros.

UNDÉCIMO.- Por escrito de 9-11-2016 MA se opuso a la liquidación de intereses y opuso la abusividad de la cláusula sexta sobre interés de demora al 19%, así como abusividad de la cláusula suelo 3º bis apartado A.

DUODÉCIMO.- El día 8-3-2017 se dictó providencia por el Juzgado en la que se acordaba proceder al examen de posibles cláusulas abusivas del título ejecutivo al apreciar que ese carácter podía concurrir en

la vencimiento anticipado (cláusula sexta bis), entre otras, dando traslado las partes por quince días para poder manifestar lo que a su derecho conviniera. Asimismo se confirió el mismo plazo para que las partes se manifestasen sobre la posibilidad de suspender el procedimiento.

DECIMOTERCERO.- Ibercaja presentó escrito oponiéndose a la suspensión y que no era el momento para declarar la abusividad de cláusulas contractuales porque se había cedido el remate, y se habían aprobado las costas. En todo caso recordó que no había reclamado los intereses de mora al 19% y que cuando se liquidó la cuenta se habían impago varios plazos.

DECIMOCUARTO.- Por auto del Juzgado de 19-4-2017 se acordó suspender el procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el TS en sus autos de 8-2-2107 y de 22-2-2017 sobre vencimiento anticipado y de interés de demora. Ibercaja apeló el auto de 19-4-2017 y se revocó por auto de la Audiencia Provincial de 25-10-2017, levantando la suspensión y acordando continuara el procedimiento.

DECIMOQUINTO.- Por auto del Juzgado de fecha 20-11-2017 se apreció la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y se acordó el sobreseimiento de la ejecución, sin costas. Ibercaja interpuso recurso de apelación, al que se opuso MA. La Audiencia Provincial en auto de fecha 28-3-2018 revocó el auto apelado acordando que prosiguiera el procedimiento al entender que no cabía examinar la abusividad de cláusulas como la del vencimiento anticipado porque el contrato de préstamo hipotecario había desplegado sus efectos y la garantía ya se había ejecutado, sin que el consumidor hubiera ejercitado sus derechos y el derecho de propiedad había sido transmitido, lo cual debía ser respetado por el principio de seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas.

DECIMOSEXTO.- Por auto del Juzgado de 31-7-2018 se desestimó la impugnación de la liquidación de intereses y la aprobó en 32.389,89 euros porque el procedimiento se inició después de la Ley 1/2013, sin que se hubiera planteado ningún incidente de oposición, no

siendo ya posible analizar la posible abusividad de cláusulas por el efecto de cosa juzgada.

DECIMOSÉPTIMO.- MA apeló el auto de 31-7-2018, oponiéndose Ibercaja SA. Recibidos los autos en la Audiencia Provincial, se ha planteado la cuestión prejudicial.

II FUNDAMENTOS DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE PREJUDICIALIDAD

CUESTION PREVIA

La presente cuestión prejudicial guarda una estrecha vinculación con la planteada en el auto de 14 de junio de 2019, dictado en el proceso de ejecución hipotecaria nº 196/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Zaragoza, y que generó el rollo ante esta Audiencia Provincial nº 556/2018, y que ha generado el asunto ante el Tribunal de Justicia **C-497/19**. En síntesis lo que se planteaba en ese auto, al igual que en este, aunque ahora con una petición de precisión adicional, es si el principio de eficacia de las normas de protección del consumidor instauradas en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de Estado, de 5 de abril de 1999, en particular la no vinculación de las cláusulas abusivas prevenida en el art.6 de la mencionada Directiva es compatible con los efectos de cosa juzgada, preclusión, y con la determinación de un momento final o último del proceso de ejecución en el que ya no es posible plantear abusividad alguna, sin perjuicio de que el consumidor pueda defender sus derechos en un posterior proceso declarativo.

PRIMERO.- La cosa juzgada.

El problema de mayor entidad pendiente de solucionar en proceso civil en España en la esfera de tutela del consumidor, secunde 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.

De modo que 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, se anticipa, que nunca se va a producir ese efecto de cierre o sellado procesal. O solo si previamente se ha dilucidado: la validez tendría que estar afirmada expresamente por un tribunal de justicia. Y 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 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 LEC¹). Salvo supuestos en los que la misma Ley procesal impone la exclusión del efecto de cosa juzgada. Así acaece respecto de las denominados procesos sumarios, aquéllos 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 dilucidan todas las consecuencias que resulten del complejo de una relación jurídica, y no de una parte de ella. (art. 447. 2 LEC²).

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.

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 aquélla 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 aquéllas 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.

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 éste 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 opondan 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.

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 LEC, 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 LEC³).

La razón por la que el legislador permite 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.

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.

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

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.

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. Pero 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": la 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.

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 proceso⁵.

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 aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, 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 aquéllas se formularon.

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 vencido, exigible y líquido. En la ley Procesal nacional (en acrónimo LEC), el listado de documentos o títulos ejecutivos se contiene en el art. 517 LEC, 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. 517 LEC⁶).

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 incapacidad 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 éste 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.

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.

2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

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.

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 con el que se dilucide jurisdiccionalmente un limitado ámbito de oposición a 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.

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 éstos.

6.º Los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios.

La protesta de falsedad del título formulada en el acto de la confrontación no impedirá, si ésta resulta conforme, que se despache la ejecución, sin perjuicio de la posterior oposición a la ejecución que pueda formular el deudor alegando falsedad en el título.

7.º Los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.

Instada y despachada la ejecución, no caducarán los certificados a que se refiere el párrafo anterior.

8.º El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en los supuestos previstos por la ley en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

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

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 el 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 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 LEC⁷), 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 secunde nulidad de cláusulas en la contratación seriada con consumidores sino que se impuso un deber a los

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.

tribunales de controlar de oficio, y ya de una manera inicial, la potencial abusividad en esa contratación (art. 552.1.pt. 2º LEC⁸).

Tanto la oposición por abusividad a instancias 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.

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 se 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

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 éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.^a

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 exigible de la inmediata y total devolución del préstamo", si, se repite, el juez tenía que examinar de oficio la conformidad con la naturaleza y contenido del título (art. 551.1 LEC), 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. 559.1.3º 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) lo 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) En 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 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, sí 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.**

Y 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 en consumidores. Así en el 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".

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

La sentencia que podría considerarse más relevantes 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 sólo 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" 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 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 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 aquéllas 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 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 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 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.

NOVENO.-

Y la admisibilidad conforme al Derecho Europeo de la preclusión así entendida se ha aceptado en la jurisprudencia del TJUE, y en particular 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 que había transcurrido el plazo ordinario de oposición se habilitó, se repite que 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 sólo 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. Porque 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 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 de este 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.

DÉCIMO.- El control de oficio de la abusividad 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. 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 la misma. Que es lo que acaecerá en el procedimiento de ejecución hipotecaria que da pie a la 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 han de concluir en un pronunciamiento declarativo, que puede ser tanto negativo de su validez por ser abusiva, 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, y 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. Pero 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.

DUODÉCIMO. -

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.

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 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.

DÉCIMOSEGUNDO.- La determinación del momento final para el planteamiento, de oficio o a instancia de parte, la abusividad.

Con independencia del efecto de cosa juzgada y de preclusión, la jurisprudencia del TJUE y el Derecho interno generan algunas dudas sobre la determinación del momento último en el que se puede plantear, de oficio o a instancia de parte, la abusividad de alguna cláusula.

En efecto el procedimiento especial de ejecución hipotecaria tiene por finalidad la realización de esa garantía real, la hipoteca, para la satisfacción del crédito del acreedor-ejecutante.

Esa garantía se entiende realizada cuando, a través de los cauces definidos en la Ley procesal (subasta), la finca hipotecada se transmite a persona diferente a su propietario deudor.

En el Derecho Español ese efecto se produce cuando concurre un título transmisivo y un modo, la entrega material o instrumenta, la escritura pública. Así la STS de 10/07/2010 (ECLI: TS: 2010:4294):

"El sistema español de transmisión de la propiedad debe ajustarse a alguno de los supuestos previstos en el Art. 609 CC y si bien es cierto que el referido al título y modo, es decir, contrato más tradición, permite que diversos contratos puedan servir como causa para dicha transmisión, al ser el nuestro un sistema causalista, no puede ocurrir que el simple traspaso de la posesión produzca el efecto transmisivo de la propiedad. Ciertamente es también, que el contrato que sirve de causa para la adquisición puede ser típico o atípico, pero debe existir y ser apto el efecto que se pretende, de modo que hay que demostrar en el correspondiente procedimiento que concurrió el título apto para que la transmisión se produjera.

El derecho español aplica la regla tradicional, de acuerdo con la que la *nuda traditio* no transfiere el dominio, porque requiere una causa, en un complejo conjunto de actos, de modo que puede haber existido tradición y no obstante ello, no haber título, o bien puede existir el título y no haberse transmitido la propiedad porque aun no se ha producido la tradición o el traspaso posesorio, o bien porque éste no sea apto para transmitir la propiedad”.

DÉCIMOTERCERO.- En un apremio judicial el título lo representa la aprobación del remate a favor del postor que mayor postura ha ofrecido dentro de las mínimas que establece la Ley.

Y si la aprobación del recurrente configura el título la adjudicación, Decreto del Letrado de la Administración, supone el modo, con el que se consuma la transmisión de la finca, bien a favor de un tercero, bien a favor del propio acreedor (adjudicación en pago). Entonces se produce un efecto consuntivo del proceso de ejecución hipotecaria.

Con testimonio de ese Decreto de adjudicación puede acceder al Registro de la Propiedad la condición de nuevo propietario de la finca, y con las garantías jurídicas que tal Registro supone se incorpora o puede incorporar al tráfico jurídico.

No es necesario, para ese efecto traslativo de la propiedad, la entrega al adjudicatario de la posesión de la finca.

El TJUE hace fijar como un momento en el que en ningún caso se puede entrar a revisar la validez del contrato de préstamo y la inexistencia de cláusulas abusivas la irrevindicalidad del bien.

En efecto la STJUE de 14 de marzo de 2013 advierte que “pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada”.

Este criterio se reiterará en STJUE de 7 de diciembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:945) en el que, a propósito de un procedimiento de ejecución extrajudicial de una hipoteca, se advertirá de la improcedencia de intentar la revisión de la abusividad de las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor y que sirvió de base para su realización forzosa, razonando en este sentido que: "En segundo lugar, como señaló el Abogado general en el punto 70 de sus conclusiones, y sin perjuicio de la comprobación que deba hacer el órgano jurisdiccional remitente, la Sra. Sánchez López tenía la posibilidad, durante la tramitación del procedimiento extrajudicial de venta del bien, de formular oposición o solicitar la suspensión en atención a la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario, instando como medida cautelar la suspensión de la venta del inmueble del que era propietaria. Pues bien, es en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria donde el juez que conocía del asunto habría podido proceder, en su caso de oficio, al examen del posible carácter abusivo de cláusulas incluidas en el contrato de préstamo hipotecario.

Del conjunto de las anteriores consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la directiva 93/13 no resultan de aplicación en un procedimiento como el que es objeto del litigio principal, iniciado por quien obtuvo la adjudicación de un bien inmueble en un proceso de ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria constituida sobre ese bien por un consumidor en beneficio de un acreedor profesional y que persigue la protección de los derechos reales legalmente adquiridos por el adjudicatario, en la medida en que, por una parte, ese procedimiento es independiente de la relación jurídica que une al acreedor profesional y al consumidor y, por otra parte, **la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el bien inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre el mismo han sido transmitidos sin que el consumidor haya hecho uso de los recursos legales previstos en este contexto."**

En definitiva esta sentencia atiende a dos circunstancias, a la preclusión y al hecho de que se haya producido la transmisión de la finca hipotecada.

Sin embargo se han generado dudas sobre si la posibilidad de plantear, de oficio o a instancia de parte la abusividad puede llegar a plantearse la nulidad de algunas cláusulas, que puede arrastrar incluso la nulidad de todo el proceso de ejecución, cuando existiendo esa adjudicación e incluso modificación del Registro de la Propiedad, se quiere hacer extensivo ese control aun después de dichas actuaciones, siempre que sean anteriores al desalojo y entrega de la finca al nuevo propietario.

La irrevindicabilidad de la finca no es un hecho procesal. Es un efecto jurídico, que puede ser contingente y variable en relación a circunstancias ajenas al proceso, la buena o mala fe del tercero, por ejemplo.

Y como no son hechos procesales que resulten directamente del proceso de ejecución de irrevindicabilidad no es verificable, ni menos con ninguna certeza, por el tribunal de la ejecución. Que sólo puede atender a lo acaecido en el proceso, estos es, la transmisión de la finca, bien al acreedor adjudicándosele en pago de su crédito, bien a un tercero. Y en ambos casos modificando el Registro de la Propiedad, que publicará frente a terceros esa nueva titularidad de la finca.

DÉCIMOCUARTO.- En el Derecho interno las dudas se han acrecentado por la concurrencia de dos circunstancias.

Una, la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 28 de febrero de 2019 (BOE de 26 de marzo de 2019). En esta sentencia, el TC otorga amparo frente a una actuación judicial que denegó la revisión de la abusividad en un contrato celebrado con consumidores en el que, se negó el incidente de nulidad de actuaciones planteada con esa finalidad por el consumidor frente a una ejecución hipotecaria en el que el deudor no utilizó, pudiéndolo hacer, plantear esa abusividad en el pertinente proceso de ejecución.

En concreto precisó en estos términos los hechos:

- b) Advertido lo anterior, se ha de exponer igualmente que, en el caso que da lugar al presente recurso de amparo, (i) se presentó demanda de ejecución

hipotecaria, pero en octubre 2013; (ii) se despachó ejecución y se dictó decreto de adjudicación del bien objeto de ejecución; (iii) mediante un incidente de nulidad de actuaciones (art. 227.2 LEC), presentado en diciembre de 2017, se procedió a denunciar por la recurrente, antes del lanzamiento y tras el dictado de la *sentencia de 26 de enero de 2017*, Banco Primus y Jesús Gutiérrez García, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, haciéndolo transcurridos los diez días previstos legalmente para la oposición a la ejecución (art. 556.1 LEC), a contar desde el 11 de abril de 2014, fecha en la que fue requerida al pago y se le notificó el despacho, y (iv) el órgano judicial mediante providencia de 16 de enero de 2018 acordó no admitir a trámite el citado incidente.

Y sobre la base de estos hechos concluía que:

"Pues bien, a la luz de lo expuesto, el órgano judicial debió admitir el incidente y conocer de la posible abusividad de la cláusula en atención a lo dispuesto en la sentencia Banco Primus, o, de haber considerado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se mostraba incompleta o no resolvía en su totalidad la cuestión planteada, o tenía dudas sobre su aplicación a la resolución del litigio por ser la norma enjuiciada la *disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013* y no el *artículo 556.1 LEC*, plantear la cuestión prejudicial ante al Tribunal de Justicia, al ser el competente para resolver sobre la aplicabilidad del Derecho de la Unión. Sin embargo, ni admitió el incidente ni tampoco planteó cuestión prejudicial al apreciar que no concurrían los requisitos del *artículo 267 TFUE*. Respecto al primer requisito, es decir, a la pendencia del asunto, basta subrayar que la propia *STJUE de 26 de enero de 2017* afirmó, en relación con las dudas de admisibilidad presentadas a las cuestiones prejudiciales, que "a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escritas" (*apartado 32*), añadiendo que "*la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable 'a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente'*" (*apartado 32*). Por su parte, en lo que atañe al requisito de la firmeza de la resolución, es decir que esta no sea susceptible de recurso posterior, igualmente hay que afirmar que en el asunto que estamos valorando, la resolución era firme, y prueba de ello es que la providencia impugnada instruyó expresamente acerca de que no era susceptible de recurso alguno por ser el incidente de nulidad indebido y extemporáneo (*art. 228.1 LEC*)."

En síntesis, el Tribunal Constitucional Español considera, interpretando la doctrina del TJUE, que no hay preclusión y que la misma solo se produce si se planteó la abusividad de una cláusula expresamente por el deudor o si se afrontó por el tribunal en una

revisión de oficio. Y en cualquier caso, de existir dudas, como es el caso, se debe plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

Que es lo que acaece para este supuesto, pues al margen de cómo opera esa preclusión, que este tribunal planteó como cuestión prejudicial en su auto de fecha 07 de marzo de 2019, proceso de ejecución procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Zaragoza, ejecución hipotecaria nº 196/2015, de la que deriva rollo de apelación nº 556/2018, la cuestión prejudicial para aclarar el alcance del juicio negativo de abusividad que se contempla en la Ley procesal española de manera previa al despacho de ejecución.

Pero sobre todo, cuando, como es el caso, si es procedente, lo mismo es revisión de oficio que oposición extemporánea del deudor, y lo mismo es si existe o no cosa juzgada, plantear un control de la abusividad cuando la garantía real, la hipoteca, ya se realizó y se consumió, transmitiendo la propiedad, sea en adjudicación, en pago al acreedor sea a un tercero, el, se repite, plantear esa revisión aunque se haya tramitado la propiedad y ello en tanto en cuanto no se haya procedido al lanzamiento del deudor, de la finca hipotecada, entregando la posesión de la misma al adjudicatario. Porque el Tribunal Constitucional Español así lo parece admitir, interpretando la doctrina del TJUE, considerando esta audiencia que existen dudas sobre este aspecto. Y por eso se plantea la cuestión prejudicial.

Por eso, con independencia de si se ha producido o no un efecto de cosa juzgada y si existe preclusión, las dudas surgen en orden a determinar si el efecto consuntivo que conlleva la realización de la garantía real se produce con la subasta, aprobación del remate y decreto de adjudicación, de manera que no sería posible ya revisar de oficio o a instancia de parte la validez o abusividad de alguna cláusula del contrato o si, por el contrario, sería posible, aun después de la adjudicación plantear esa abusividad hasta el desalojo del deudor de la finca.

DÉCIMOQUINTO.- Es importante por último reeñar la modificación introducida en el derecho interno por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Ley en la que se trata de ordenar el sector, ajustar su regulación a la Directiva 2014/17/VE y, en lo que aquí interesa y respecto a la situación de los procesos de ejecución hipotecaria en curso, se señala en el Preámbulo que la disposición transitoria tercera establece un régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social para dar cumplimiento a las sentencias de 29 de octubre de 2015 y de 26 de enero de 2017 dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con ello se otorga a los deudores hipotecarios contemplados en la disposición transitoria cuarta de la citada Ley un nuevo plazo de diez días para formular oposición sobre la base de la posible existencia de cláusulas abusivas cuando se den determinadas circunstancias. Este nuevo plazo se contará a partir de la notificación al deudor de su posibilidad de plantear la oposición. Dicha notificación deberá realizarse en el plazo de 15 días naturales a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Las circunstancias que excluyen el otorgamiento de un nuevo plazo residen en razones de seguridad jurídica y coherencia. Por ello no se aplicará la previsión a los supuestos en que el juez de oficio hubiese analizado la existencia de cláusulas abusivas; cuando se hubiera notificado personalmente al ejecutado la posibilidad de formular el incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7^a del artículo 557.1 y 4^o del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; cuando el ejecutado hubiera formulado el citado incidente extraordinario de oposición, conforme a lo recogido en la citada disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, o cuando con base en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 29 de octubre de 2016 se haya admitido la oposición del ejecutado.

A su vez en la disposición transitoria primera de la mencionada Ley 5/2019 se dispone expresamente 1. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor. 2. No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente. 3. Cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6

del artículo 23. 4. Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.

La disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019, sobre el régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

1. En los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que al entrar en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán nuevamente del plazo señalado en dicho artículo para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7^a del artículo 557.1 y 4^a del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
2. Dicho plazo preclusivo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución por la que se comunique a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario en los términos indicados en el apartado anterior. Esta notificación deberá realizarse en el plazo de quince días naturales a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.
3. La formulación del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
4. Este artículo se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al asquiente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que en su día no se hubiera notificado personalmente al ejecutado de la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7^a del artículo 557.1 y

4ª del artículo 695.º De la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni se hubiera formulado por el ejecutado incidente extraordinario de oposición, conforme a lo recogido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ni se hubiere admitido la oposición del ejecutado con base en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015 o cuando el juez de oficio ya hubiera analizado la abusividad de las cláusulas contractuales.

DECIMOSEXTO.- De todo ello resulta un plural posicionamiento de los distintos operadores jurídicos, aun cuando todos afirman hacerlo en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia.

Para el Tribunal Supremo si ha transcurrido el plazo para hacer valer la oposición a la ejecución, siempre que al inicio del mismo existiera la posibilidad de oponer la abusividad, hay preclusión y cosa juzgada.

Para el Tribunal Constitucional no hay ni preclusión ni cosa juzgada en tanto no existe un pronunciamiento expreso sobre la validez de las cláusulas, y el momento último para plantear en la ejecución hipotecaria la abusividad es la entrega de la posesión al adjudicatario.

Y para el legislador, parece existir preclusión y cosa juzgada, siquiera para aquéllos casos en los que no hubo posibilidad material de formalizar la oposición, se abre un incidente extraordinario que se puede plantear hasta el momento mismo de la entrega de la posesión.

Tan divergentes posiciones hacen necesaria, a criterio de este tribunal, plantear la cuestión prejudicial con la que clarificar 1) el alcance del juicio negativo de validez de las cláusulas del contrato con consumidores, que se impone en el derecho interso como previa al despacho de ejecución.

2) el efecto preclusivo que puede tener para el deudor no usar en plazo el trámite legal para formalizar la oposición a la ejecución por abusividad en el contrato, 3) si el momento último en el que se

puede plantear, de oficio o por el deudor, cualquier nulidad contractual por abusividad, es la adjudicación de la finca a un tercero o, en su caso, la acreedor. O por el contrario aunque se haya transmitido la propiedad en tanto no se haga entrega de la posesión es posible oponer esa abusividad contractual.

LA SALA ACUERDA:

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

1) Si es conforme al principio de eficacia prevenido en el art.6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, según la interpretación de la misma hecha por el TJUE, una normativa interna de la que se deduce que si una determinada cláusula abusiva superó el control judicial de oficio inicial al despachar ejecución, control negativo de la validez de sus cláusulas, 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 a la Directiva 93/13, la conclusión de que no puede 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.

4) La cuarta cuestión se centraría en resolver si aprobado el remate y adjudicada la finca, que puede ser potencialmente a favor del mismo acreedor, producido incluso el efecto traslativo de la propiedad de la finca ofrecida en garantía y ya realizada, si es conforme al Derecho Europeo, una interpretación conforme a la cual el procedimiento ha finalizado, al producirse un efecto consuntivo del proceso, agotado el efecto que le es propio, la realización de la garantía el si es posible plantear nuevos incidentes por el deudor para que se declare la nulidad de alguna cláusula abusiva con incidencia en el proceso de ejecución, o si es posible que, producido ese efecto traslativo, que puede ser al acreedor y con acceso al Registro de la Propiedad, acordar una revisión de oficio que conlleve la anulación de todo el proceso de ejecución o termine incidiendo en las cuantías cubiertas por la hipoteca, pudiendo afectar a los términos en que se realizaron las posturas.

5) Se significa que la presente cuestión prejudicial guarda una estrecha relación en sus planteamientos con la planteada por ésta misma Audiencia Provincial en el auto de 14 de junio de 2019, dictado en el rollo de apelación nº 556/2018 seguido respecto al proceso de ejecución hipotecaria nº 195/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Zaragoza, que ha generado el núm. de asunto C-497/19, por si fuera pertinente la acumulación de ambas cuestiones.

Se mantiene la suspensión del procedimiento hasta la resolución de las cuestiones prejudiciales que se plantean.

6) Procédase a la anonimización de la presente resolución para su remisión al T.J.U.E.

Remítase testimonio de la presente resolución, junto con todas las actuaciones al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la Secretaría del Tribunal de Justicia, Rue du Fort Niedergrüwald, L-2929 Luxemburgo y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General



del Poder Judicial -Fax 91 7006 350- (REDUE red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Así por este auto lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. /a Srs./a Magistrados/a, que se relacionan al margen.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN