



Roj: **STS 3553/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3553**

Id Cendoj: **28079110012018100575**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2018**

Nº de Recurso: **1005/2015**

Nº de Resolución: **576/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 576/2018

Fecha de sentencia: 17/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1005/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1005/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 576/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 11/2015, de 14 de enero, dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia



Provincial de Gipuzkoa, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 136/2014 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Donostia, sobre nulidad de cláusulas contractuales.

Los recursos fueron interpuestos por D. Luis y D.^a Dolores, representados por la procuradora D.^a Francisca Amores Zambrano y bajo la dirección letrada de D.^a Marta Ortiz Pérez.

Es parte recurrida Kutxabank S.A., representada por la procuradora D.^a Ana Prieto Lara-Barahona y bajo la dirección letrada de D.^a Itziar Santamaria Irizar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Ainhoa Kintana, en nombre y representación de D. Luis y D.^a Dolores, interpuso demanda de juicio ordinario contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián, actualmente Kutxabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que declare nula la cláusula décima, exclusivamente y en todo su contenido, en su apartado afianzamiento, y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 10 de febrero de 2014 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Donostia, fue registrada con el núm. 136/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Santiago Tamés Alonso, en representación de Kutxabank, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Donostia, dictó sentencia 327/2014, de 30 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

«1.- Estimar íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D.^a Ainhoa Kintana, en nombre y representación de D.^a Dolores y D. Luis, frente a Kutxabank S.A.

» 2.- Declarar la nulidad del último párrafo de la estipulación décima del contrato de 10 de abril de 2017, dejándola sin efecto en cuanto dice "Se constituyen en fiadores de la parte prestataria las siguientes personas D.^a Dolores y D. Luis. Los afianzadores o garantizadores de la presente operación, por si y por sus herederos, en su caso, responden del cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por el prestatario en virtud de este contrato, y de las consecuencias de aquellas y de éste, relevan a Kutxa de toda obligación de notificación por falta de pago del deudor afianzado y renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción determinado por el artículo 1.851 del Código Civil que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores. El aval aquí regulado estará sujeto a las mismas estipulaciones de la operación principal, en tanto en cuanto sean de aplicación".

» 3.- Condenar a Kutxabank S.A. al pago de las costas de este procedimiento».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank. La representación de D. Luis y D.^a Dolores, se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que lo tramitó con el número de rollo 2367/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 11/2015, de 14 de enero, cuya parte dispositiva dispone:

«Debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Santiago Tamés, en representación de Kutxabank, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de fecha 30 de septiembre de 2014, que declaró la nulidad de la cláusula contenida en el último apartado de la estipulación décima del contrato de préstamo firmado por los actores en calidad de fiadores, revocando dicha resolución por estimación de la excepción de cosa juzgada, sin necesidad de entrar a resolver sobre el fondo del litigio.

» Se imponen a los demandantes-apelados las costas causadas en la primera instancia, sin pronunciamiento sobre las costas de la alzada».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Ainhoa Kintana, en representación de D. Luis y D.^a Dolores, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, formulados por el cauce del ordinal segundo del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fueron:

- «1.- Infracción del artículo 222.1 de la LEC en relación con el artículo 24 (apartados 1 y 2) de la Constitución».
- «2.- Infracción del artículo 557.7 de la LEC en relación con el artículo 24 (apartados 1 y 2) de la Constitución».
- «3.- Infracción del artículo 561.1 de la LEC en relación con el artículo 24 (apartados 1 y 2) de la Constitución».
- «4.- Infracción del artículo 218 de la LEC en relación con el artículo 24 (apartados 1 y 2) de la Constitución».
- «5.- Infracción de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE y la Doctrina Jurisprudencial emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como intérprete de la voluntad del legislador comunitario».

El motivo del recurso de casación fue:

«Es procedente el recurso de casación por encontrarnos dentro de los supuestos establecidos en el artículo 477.3º de la LEC, al aplicar normas que no llevan más de cinco años en vigor, sin que exista Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar rango, cuales son las nuevas causas de oposición previstas en el artículo 557.1.7ª en relación con el artículo 561.1 (primer y tercer apartado) ambas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 561.2 también de la LEC».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de junio de 2018, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Kutxabank S.A. se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Los hoy demandantes, D.ª Dolores y D. Luis, suscribieron, en calidad de fiadores, el contrato de préstamo hipotecario suscrito por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián, en la actualidad Kutxabank S.A., como prestamista, D. Balbino, como prestatario e hipotecante, y D.ª Sonsoles, como prestataria no hipotecante. El contrato se firmó el 10 de abril de 2007.

2.- La cláusula décima del contrato tenía el siguiente contenido:

«Se constituyen en fiadores de la parte prestataria Dª Dolores y D. Luis. Los afianzadores o garantizadores de la presente operación, por sí y por sus herederos, en su caso, responden del cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por el prestatario en virtud del contrato, y de las consecuencias de aquellas y de éste, relevan a Kutxa de toda obligación de notificación por falta de pago del deudor afianzado y renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción determinado en el artículo 1.851 del Código Civil que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores. El aval aquí regulado estará sujeto a las mismas estipulaciones que la operación principal, en tanto en cuanto le sean de aplicación».

3.- Kutxabank S.A., en tanto que sucesora de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián, interpuso demanda de ejecución de título no judicial contra D.ª Dolores y D. Luis, sin haberse dirigido previa o simultáneamente contra los prestatarios y sin haber instado la ejecución del bien ejecutado,

4.- En el mencionado proceso de ejecución, D.ª Dolores y D. Luis formularon oposición por la causa prevista en el art. 557.1.7.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. La oposición se basaba en la existencia de varias cláusulas abusivas en el contrato constitutivo del título que se ejecutaba, como eran las referidas al tipo de interés de demora (sexta), vencimiento anticipado (sexta bis), liquidación unilateral de la deuda (séptima), renuncia por el prestatario a la notificación de la cesión del crédito (octava), pacto de compensación (novena), renuncia por los fiadores a los beneficios de orden, división, excusión y extinción (décima) y obligación del deudor de disponer de un seguro (undécima).

5.- El Juzgado de Primera Instancia que conocía del proceso de ejecución dictó un auto el 13 de enero de 2014 cuya parte dispositiva acordó:



«Estimar parcialmente la oposición formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Kintana Martínez, en nombre y representación de Doña Dolores y Don Luis, declarando nula por abusiva la cláusula Sexta bis referida a "intereses de demora" del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 10 de Abril de 2007, ordenando procedente seguir adelante la presente ejecución conforme al Auto de 30 de marzo de 2012, por la cantidad de 51.996,01 euros de principal más los intereses previstos en los arts. 1101 y 1108 del C.C, más 15.598,80 euros, calculados provisionalmente para intereses y costas de la ejecución».

6.- D.^a Dolores y D. Luis no solicitaron complemento de dicho auto e interpusieron recurso de apelación contra el mismo. En el recurso de apelación solicitaron exclusivamente que, una vez declarada nula la cláusula referida a los intereses moratorios, debían deducirse los intereses moratorios aplicados y cobrados durante la vigencia del contrato y el mismo criterio debía seguirse respecto de la cláusula de comisiones por posiciones deudoras aplicada durante la vida del préstamo, y como consecuencia de la declaración de nulidad de ambas cláusulas, los cálculos realizados para emitir la certificación de la deuda eran erróneos y daban lugar a la pluspetición, por lo que la respuesta procesal debía ser el sobreseimiento del proceso.

La Audiencia Provincial resolvió el recurso de apelación mediante auto de 20 de mayo de 2014.

7.- D.^a Dolores y D. Luis interpusieron el 10 de febrero de 2014 la demanda que dio origen al proceso en el que se ha planteado este recurso. En la demanda solicitaban que se declarara nula la cláusula décima, relativa al afianzamiento, en cuanto que contenía una renuncia a los derechos de los consumidores adherentes que les convertía en deudores solidarios.

8.- Kutxabank, en la contestación a la demanda y en la audiencia previa, celebradas antes de que la Audiencia Provincial dictara el auto que resolvió el recurso de apelación interpuesto en el proceso de ejecución contra el auto que solo estimaba la abusividad de la cláusula de intereses de demora, opuso la excepción de litispendencia y se opuso a la demanda por razones de fondo.

9.- El Juzgado Mercantil dictó una sentencia el 30 de septiembre de 2014 en la que no se pronunció sobre la excepción de litispendencia y estimó la demanda.

10.- Kutxabank interpuso un recurso de apelación contra esa sentencia. La Audiencia Provincial resolvió ese recurso en una sentencia dictada el 14 de enero de 2015 en la que estimó la excepción de cosa juzgada, por lo que revocó la sentencia de primera instancia.

11.- D.^a Dolores y D. Luis han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal basado en cinco motivos y un recurso de casación basado en un motivo.

En su escrito de recurso, los recurrentes han solicitado que se plantee cuestión prejudicial ante el TJUE sobre esta cuestión.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Formulación de los motivos primero a tercero*

1.- En el encabezamiento de estos motivos se alega la vulneración de los arts. 222.1, 557.1.7.º y 561.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 24 de la Constitución.

2.- En el desarrollo de estos motivos se alega que no existe cosa juzgada porque no puede predicarse la misma más que de sentencias, pero no de autos, como fue el que resolvió la oposición a la ejecución.

Los recurrentes alegan también que no concurre la triple identidad exigida para que pueda apreciarse la cosa juzgada porque quien instó la ejecución hipotecaria fue la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián mientras que la demanda de nulidad se ha instado frente a Kutxabank S.A. Y aunque la causa de pedir es la misma (el carácter abusivo de la cláusula de afianzamiento), la pretensión es diferente, puesto que en el incidente de oposición se solicitó que se acordara la improcedencia de la ejecución, el archivo del proceso de ejecución y el alzamiento de los embargos, por ser lo único que podía solicitarse con arreglo al art. 561.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que en el proceso declarativo se solicitó la declaración de nulidad de la cláusula, conforme al art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Según los recurrentes, los arts. 557.7 y 561.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permiten las declaraciones de nulidad sino tan solo la improcedencia de la ejecución por existir cláusulas abusivas, por lo que no existe cosa juzgada.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: aplicabilidad de los efectos de la cosa juzgada del auto que resuelve la oposición a la ejecución*

1.- Este tribunal, en su sentencia 462/2014, de 24 de noviembre, ha considerado que el auto previsto en el art. 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que resuelve el incidente de oposición a la ejecución tiene efectos



equivalentes a la cosa juzgada de las sentencias firmes respecto de las cuestiones susceptibles de ser planteadas en dicho proceso de ejecución. Y que en el caso de que, pudiendo haber sido planteadas en el incidente de oposición, por estar prevista como causa de oposición en el art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no lo fueran, precluye la posibilidad de que el ejecutado plantee la cuestión en un proceso declarativo posterior, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con su art. 222.

2.- Por esa misma razón, la sentencia 526/2017, de 27 de septiembre, negó que existiera cosa juzgada respecto de un posterior proceso declarativo cuyo objeto era la declaración de nulidad, por abusivas, de varias cláusulas de un préstamo con garantía hipotecaria porque en el previo proceso de ejecución hipotecaria no fue posible oponer la existencia de cláusulas abusivas pues todavía no había entrado en vigor la ley 1/2013, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil y previó como causa de oposición a la ejecución, tanto en la ejecución ordinaria de título no judicial como en la ejecución hipotecaria, la existencia de cláusulas abusivas.

3.- Y también por esa razón se ha considerado que el auto que, conforme a lo previsto en el art. 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resuelve la oposición a la ejecución, debe considerarse efectivamente como una resolución firme que, por tener efectos equivalentes a la cosa juzgada de las sentencias firmes, puede ser objeto de una demanda de revisión. Así lo declaramos en el auto de 19 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:12106A).

4.- Concurren las tres identidades exigidas para apreciar la concurrencia de cosa juzgada.

Las partes son las mismas, pues los propios demandantes admitieron en su demanda que Kutxabank es la sucesora de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián. De no ser así, no tendría sentido que hubieran dirigido la demanda contra Kutxabank para que se declarara la nulidad de una cláusula de un contrato concertado con la citada Caja de Ahorros.

No es obstáculo para la apreciación de la cosa juzgada la posición que las partes mantenían en uno y otro proceso. En primer lugar, porque desde antiguo, la jurisprudencia (sentencias 11 de marzo de 1985 y 3 de noviembre de 1993) «vino a destacar que la intrínseca entidad material de una acción (determinada por sus elementos subjetivos, objetivos y causales) permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal, a cuyo efecto se viene negando toda relevancia innovadora a la posición de las partes enfrentadas, y otro tanto cabe decir de las correlativas formulaciones, positivas o negativas de que la acción ejercitada sea susceptible».

En segundo lugar, porque, aunque en el proceso de ejecución los hoy demandantes tuvieran la posición de ejecutados, en el incidente de oposición a la ejecución esa posición pasiva pasa a ser activa, pues son ellos los que promovieron el incidente y alegaron la existencia de las cláusulas abusivas como causa de su oposición, al igual que han hecho en la demanda que inicia el juicio declarativo.

5.- La causa de pedir, como reconocen los propios recurrentes, es también la misma: el carácter abusivo de la cláusula de afianzamiento por establecer una renuncia de los fiadores a los derechos de orden, excusión, división y extinción.

6.- En ambos casos, tanto en la oposición a la ejecución como en la demanda del juicio declarativo, se está solicitando al tribunal que se enjuicie la abusividad de la cláusula. La consecuencia de que el tribunal aprecie que la cláusula es abusiva es que la misma es nula y ha de tenerse por no puesta. Por ello, el tribunal que conozca de la ejecución en la que se haya opuesto la abusividad de esa cláusula la tendrá por no puesta y aplicará las consecuencias que correspondan en el proceso de ejecución, «decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas», según cuál sea la cláusula considerada abusiva.

7.- En el presente caso, si en el anterior proceso de ejecución el tribunal hubiera admitido la abusividad de la cláusula de afianzamiento y, por tanto, la nulidad de la misma, la consecuencia habría sido necesariamente la improcedencia de la ejecución, puesto que la nulidad de la cláusula de afianzamiento impediría el despacho de ejecución contra los fiadores.

8.- Se trata por tanto de pretensiones homogéneas por cuanto que, si bien los hoy recurrentes se han abstenido de realizar formalmente otra petición que no sea la declaración de nulidad absoluta de la cláusula de afianzamiento, la lectura de la demanda muestra con claridad que anudan a dicha nulidad la improcedencia de haber sufrido el proceso de ejecución pese a que la acreedora no se haya dirigido contra el prestatario ni haya ejecutado la hipoteca, lo que por otra parte es la consecuencia lógica de una declaración de nulidad, por abusiva, de esa cláusula de afianzamiento.

CUARTO.- *Formulación del motivo cuarto*



1.- En el encabezamiento del cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia la infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que consagra la exigencia de motivación y congruencia de las resoluciones judiciales.

2.- La infracción se habría cometido porque el Juzgado de Primera Instancia, al resolver sobre la oposición a la ejecución, no analizó expresamente el contenido de la cláusula de afianzamiento cuya abusividad había sido invocada. Además, el juzgado hizo referencia en su auto al art. 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se encuentra en la regulación de la ejecución hipotecaria, y no al art. 557.1.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a la ejecución ordinaria de un título extrajudicial. Por tanto, concluyen los recurrentes, en aquel auto no existió pronunciamiento sobre la abusividad de la cláusula de afianzamiento.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: inexistencia de la infracción*

1.- En el recurso extraordinario por infracción procesal, por la vía del art. 469.1.2.º en relación con el art. 218.1.º y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se puede denunciar la incongruencia o la falta de motivación de la sentencia recurrida. Pero lo que aquí denuncian los recurrentes es la incongruencia y la falta de motivación del auto dictado en un proceso anterior, en el que el Juzgado de Primera Instancia resolvió la oposición a la ejecución.

Dichos defectos pudieron ser denunciados en aquel proceso y la infracción pudo ser alegada como fundamento del recurso de apelación que se interpuso contra dicho auto, pero sin embargo los hoy recurrentes no lo hicieron. Ello impide que pueda estimarse el motivo, no solo porque el defecto no se imputa a la sentencia recurrida, sino también porque no se habría cumplido el requisito impuesto por el art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En todo caso, a efectos de agotar el razonamiento, la mención que en aquel auto hizo el Juzgado de Primera Instancia al art. 695.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil es intrascendente, puesto que se trata de un simple error material, ya que el contenido de dicho precepto legal viene a ser equivalente al del art. 557.1.7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: ambos permiten alegar como causa de oposición en el proceso de ejecución (uno en el hipotecario y otro en el de título no judicial ordinario) la existencia de cláusulas abusivas.

3.- Asimismo, tampoco puede estimarse que exista ausencia de pronunciamiento puesto que el auto no estimó la alegación de abusividad de varias cláusulas (entre otras, la de afianzamiento), pues solo apreció la abusividad de la cláusula de intereses de demora, que fue la única causa de oposición estimada. De ahí que se estimara solo parcialmente la oposición a la ejecución, lo que implica la desestimación del resto de causas de oposición planteadas.

4.- Que dicha desestimación no estuviera adecuadamente motivada es cuestión que pudo y debió resolverse en el anterior proceso, pero los hoy recurrentes renunciaron a hacerlo porque en el recurso de apelación que interpusieron no lo alegaron y centraron su impugnación en cuestiones diferentes.

SEXTO.- *Formulación del quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento de este motivo se denuncia la infracción de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE.

2.- La infracción se habría producido porque la estimación de la cosa juzgada impide que se desplieguen los efectos previstos en dichos preceptos, como es la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y la exigencia de que los Estados velen porque existan medios adecuados y eficaces para el cese en el uso de las cláusulas abusivas.

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: inexistencia de la infracción*

1.- El TJUE ha recordado en numerosas ocasiones la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada. Con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos. Así lo ha declarado en las sentencias de 30 de septiembre de 2003, caso *Kóbler*, asunto C-224/01, y de 16 de marzo de 2006, caso *Kapferer*, asunto C-234/04.

2.- De lo anterior, el TJUE ha deducido que el Derecho de la Unión Europea no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión. Así lo declaró en la citada sentencia del caso *Kapferer*.

3.- La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso *Gutiérrez Naranjo*, declaró sobre esta cuestión:



«68. A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU: C:2009:615, apartado 37)».

4.- Los recurrentes sostuvieron la abusividad de la cláusula de afianzamiento en el proceso de ejecución. De haber obtenido una resolución estimatoria de esta causa de oposición, la cláusula no habría podido ser aplicada, por ser nula y no desplegar efecto alguno, de modo que el banco prestamista no habría podido ejercitar acción alguna contra ellos o, en todo caso, de haberse considerado nula solamente la renuncia a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción, no habría podido accionar contra ellos sin haberlo hecho contra los deudores principales.

Sin embargo, su oposición no tuvo éxito en ese aspecto y ellos no impugnaron el auto del juzgado en ese extremo, por lo que el auto definitivo y firme de la Audiencia Provincial no apreció la abusividad de esa cláusula.

5.- Haber dejado que pase a autoridad de cosa juzgada la desestimación de esa causa de oposición se debe exclusivamente a la pasividad de los hoy recurrentes. El reconocimiento de la eficacia de cosa juzgada a aquella resolución no vulnera el principio de eficacia de esos preceptos de la directiva y es una solución equivalente a la que el Derecho nacional establece en casos similares en los que no está en juego la existencia de una cláusula abusiva, por lo que se respetan los principios de eficacia y equivalencia del Derecho de la Unión Europea.

6.- Que el auto en que se resuelva la oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusulas abusivas tenga fuerza de cosa juzgada no afecta negativamente solamente a una de las partes del proceso, el consumidor, sino que afecta a ambas partes.

Así, si la declaración de abusividad no pudiera desplegar todos sus efectos en el proceso de ejecución (por ejemplo, porque no pudieran restituirse las cantidades cobradas por el acreedor durante la vida del préstamo al ser superiores a la cantidad por la que se despachó la ejecución), en el posterior proceso declarativo que el consumidor entablara para lograr la restitución completa de esas cantidades indebidamente cobradas, el predisponente no podría volver a discutir el carácter abusivo de esa cláusula, puesto que el auto firme que resolvió el incidente de oposición a la ejecución y declaró el carácter abusivo de la cláusula tendría efectos de cosa juzgada positiva en el posterior proceso.

OCTAVO.- *Improcedencia de plantear cuestión prejudicial*

1.- Los anteriores razonamientos justifican sobradamente la improcedencia de plantar ante el TJUE la cuestión prejudicial solicitada por los recurrentes.

2.- En la sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso *Banco Primus*, el TJUE declaró:

«46. Procede recordar en primer lugar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartados 35 y 36).

»47. Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha declarado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 37, y 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 68), salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 53)».

3.- Una vez sentado que, en el Derecho nacional, el auto que resuelve el incidente de oposición a la ejecución tiene efectos equivalentes a la cosa juzgada de las sentencias, que pueden beneficiar o perjudicar a una u otra parte indistintamente, y que en el incidente de oposición es posible plantear el carácter abusivo de las cláusulas del contrato que da lugar a la ejecución por estar incorporado a un título ejecutivo no judicial, con plenitud



de posibilidades de debate procesal sobre el carácter abusivo de la cláusula, es de aplicación la doctrina ya sentada por el TJUE sobre el límite que para la apreciación de la nulidad de las cláusulas de los contratos no negociados en contratos con consumidores supone la cosa juzgada, sin necesidad de plantear la cuestión ante el TJUE, por tratarse de un acto aclarado por las sentencias que dicho tribunal ha dictado sobre esta cuestión y que han sido reproducidas.

Recurso de casación

NOVENO.- *Formulación del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento del motivo se alega la infracción de los arts. 557.1.7.º y 561.1 y 2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En el desarrollo del motivo se reiteran los argumentos expuestos en el recurso extraordinario por infracción procesal sobre la inexistencia de cosa juzgada por ser diferente el *petitum* en la oposición al proceso de ejecución dineraria y en la demanda del juicio declarativo, no existir coincidencia en las partes y en su posición jurídica y ser diferente la forma resolutoria en uno y otro proceso (auto y sentencia, respectivamente).

DÉCIMO.- *Decisión del tribunal: remisión a los razonamientos expuestos para resolver el recurso extraordinario por infracción procesal*

En el recurso de casación los recurrentes reiteran los argumentos fundamentales expuestos en los motivos primero a tercero del recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que hemos de remitirnos a lo dicho al resolverlos.

UNDÉCIMO.- *Costas y depósitos*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Luis y D.ª Dolores, contra la sentencia 11/2015, de 14 de enero, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, en el recurso de apelación núm. 2367/2014.

2.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, así como acordar la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.