

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018 (628/2018)**

**Excepción de cosa juzgada material:
los hechos y fundamentos jurídicos aducidos
en un litigio se consideran los mismos
que los alegados en otro juicio anterior
si hubieran podido alegarse en éste**

Comentario a cargo de:
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valladolid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018

ROJ: STS 3734/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:3734

ID CENDOJ: 28079119912018100033

PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN

Asunto: Se discute si puede apreciarse la excepción de cosa juzgada material en un supuesto en el que los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior, ya que hubieran podido alegarse en éste. El Tribunal Supremo considera que concurre la excepción de cosa juzgada, porque en ambos casos lo que se pretendía era la resolución del contrato de compraventa celebrado, aunque en el segundo litigio se pretende disfrazar un cambio en la *causa petendi* alegando el carácter abusivo de determinadas cláusulas.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. El objeto del debate. 5.2. Firmeza, cosa juzgada formal y cosa juzgada material. 5.3. Presupuestos de la cosa juzgada material en sentido negativo o excluyente. 5.4. Los argumentos del voto particular. 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El problema versa sobre la excepción de cosa juzgada, por lo que existen dos pleitos diferentes, consecutivos en el tiempo, en los que intervienen las mismas partes.

Primer pleito. El 21 abril 2006 de celebró un contrato de compraventa entre Teresa Urbana SLU, como vendedora, y don Fausto y doña Herminia, como compradores, recayente sobre una vivienda, una plaza de garaje y un trastero, en fase de construcción. El 5 de marzo de 2010 don Fausto y doña Herminia demandaron a la promotora, Teresa Urbana SLU, pidiendo la resolución del contrato. Como fundamento de la resolución solicitada se alegaba el incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda por la promotora demandada. Además de la resolución del contrato, se interesaba por los demandantes la condena de la demandada a devolverles las anticipadas a cuenta del precio total, más los intereses legales. La Sentencia de 28 julio 2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Liria, desestimó totalmente la demanda por no haberse pactado el plazo de entrega como esencial y no haberse probado el incumplimiento de dicho plazo.

Esta sentencia fue recurrida en apelación por los demandantes. Entre los fundamentos del recurso se alegaba que la fecha pactada para la entrega de la vivienda sí era esencial porque, conforme a una de las cláusulas del contrato (la 1.3), el comprador podía resolverlo si la entrega se demoraba más allá del 31 de diciembre de 2008. Se aducía además la esencialidad de determinadas estipulaciones del contrato para sostener que no cabía reconocer a una parte la posibilidad de resolver el contrato por impago del comprador, y negar a éste la misma posibilidad por incumplimiento del vendedor.

La SAP de Valencia, Secc. 7^a, núm. 546/2012, de 19 de octubre, confirmó la sentencia de instancia. En concreto se examinó la cláusula 1.3 del contrato relativa al plazo de entrega de la vivienda, y se consideró que la fecha de entrega no era un elemento esencial por ser un hecho probado que los demandantes habían optado en su momento por el cumplimiento del contrato «y que deseaban otorgar la escritura previa rebaja del precio». Se argumenta, además, que los compradores en todo momento habían vinculado la resolución del contrato a la falta de acuerdo sobre la rebaja del precio, lo que pondría de manifiesto su voluntad de continuar con el cumplimiento. En este sentido, el tribunal aplicó la doctrina de los actos propios (con cita de las SSTs de 5 junio

2012 y 13 julio 2012) para negar que el retraso en la entrega pudiera justificar la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada.

Segundo pleito. Una vez firme esta SAP de 19 de octubre de 2012, que no fue impugnada por los demandantes, el 16 de julio de 2013 la entidad Teresa Urbana SLU formuló demanda contra don Fausto y doña Herminia sobre cumplimiento de contrato de compraventa, en la que solicitaba que se condenara a los demandados a pagar el resto del precio.

Los demandados se opusieron y formularon reconvencción solicitando la declaración de nulidad por abusividad de las estipulaciones del contrato relativas a la resolución contractual, y otras como la no inclusión como causa resolutoria de la ausencia de financiación hipotecaria o la relativa a la subrogación hipotecaria. Se pedía además la integración del contrato de compraventa con arreglo al art. 1258 CC, con reconocimiento expreso de la facultad de resolver el contrato por la existencia de cláusulas abusivas, con la devolución de las cantidades entregadas a cuenta; subsidiariamente por la imposibilidad de pagar la parte pendiente del precio al no haber podido subrogarse en el préstamo hipotecario y no haber obtenido financiación de otras entidades; y, también subsidiariamente, por la alteración sobrevenida de las circunstancias económicas y personales de los compradores debida al retraso de la vendedora en la entrega y a la ya aludida imposibilidad de subrogación y financiación.

La entidad demandante, Teresa Urbana SLU, contestó a la reconvencción planteando con carácter previo la excepción de cosa juzgada, por la sentencia firme recaída en el litigio anterior entre las mismas partes, y a continuación se opuso a la reconvencción en el fondo y pidió su desestimación. El Juzgado de Instancia dictó auto desestimatorio de la excepción de cosa juzgada, razonando que la imposibilidad de financiación era un hecho posterior a la demanda del primer litigio y que las cláusulas abusivas podían ser controladas en un litigio posterior. Recurrido este auto en reposición por la promotora-vendedora, el Juzgado lo confirmó mediante auto en el que insistió en la posibilidad de controlar las cláusulas abusivas, incluso de oficio, en un litigio posterior.

2. Solución dada en primera instancia

La Sentencia de 2 enero 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Liria desestimó la demanda de Teresa Urbana SLU, absolviendo a los demandados de todos los pedimentos, y estimó íntegramente la demanda reconvenccional interpuesta por don Fausto y doña Herminia. Entendió así que el contrato de compraventa suscrito el 21 de abril de 2006 era un contrato de adhesión y que, teniendo la condición de consumidores don Fausto y doña Herminia, lo procedente era declarar la nulidad de la Estipulación Tercera (punto 3.6) por dejar en manos de la vendedora la resolución del contrato en caso de no obtener el comprador financiación bancaria, debiendo entender-

se entonces que la misma cláusula otorgaba a los compradores la facultad de optar por la resolución del contrato, y, en consecuencia, habiendo optado los compradores por dicha opción, declaró resuelto el contrato y condenó a la promotora-vendedora a pagar a los compradores las cantidades anticipadas en su día por los compradores.

3. Solución dada en apelación

La sentencia fue apelada únicamente por la demandante, Teresa Urbana SLU, que reiteró la excepción de cosa juzgada antes de exponer otros fundamentos de su recurso. Los compradores demandados se opusieron al recurso de apelación y pidieron su desestimación, pero a su vez no impugnaron la sentencia para que se declarasen abusivas otras cláusulas además de la ya declarada como tal. La SAP de Valencia, Secc. 7^a, núm. 152/2015, de 8 de junio, estimó el primer fundamento del recurso de la promotora, y apreció cosa juzgada respecto de la pretensión formulada en la reconvenición. Seguidamente rechazó que existiera cosa juzgada respecto de la pretensión formulada en la demanda inicial de la promotora y, entrando a conocer del fondo, la estimó en lo sustancial y condenó a los compradores a cumplir el contrato y, en consecuencia, a pagar a la vendedora el resto del precio pendiente de pago.

Para apreciar la excepción de cosa juzgada material respecto de la reconvenición, la sentencia, tras reproducir el contenido de la sentencia de apelación del litigio anterior entre las mismas partes, razona que los arts. 400 y 222 LEC incorporaron la jurisprudencia sobre la cosa juzgada ya existente bajo el régimen de la LEC/1881 (recogida en la STS 164/2011, de 21 de marzo). El razonamiento es el siguiente: «la identidad de la causa de pedir no solo se refiere a los hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión que hubieran sido alegados en un pleito anterior, sino que también comprende aquellos otros que hubieran podido ser alegados en éste (art. 400)». Partiendo de esta idea, la Audiencia considera que efectivamente concurre la excepción de cosa juzgada porque los compradores habían podido instar en su anterior demanda la nulidad de las estipulaciones que ahora pretenden (porque las mismas ya estaban plasmadas en el contrato que aportaron), y solicitar que se declararan abusivas.

La Audiencia se plantea también la posible apreciación de oficio de la nulidad por el carácter imperativo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Pero considera que ello no puede impedir la apreciación de cosa juzgada, ya que en el litigio anterior entre las mismas partes tanto la juez de primera instancia como el tribunal de apelación examinaron el contrato de compraventa, y no se apreció ninguna nulidad, lo que implica que hubo un control judicial previo del contrato.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

Don Fausto y doña Herminia interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determinó la del recurso de casación, por estar supeditados sus tres motivos a la estimación del recurso por infracción procesal, es decir, a que no procediera apreciar la cosa juzgada respecto de la reconvencción.

El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en tres motivos: 1) Infracción de los arts. 222 y 400 LEC, impugnándose la apreciación de cosa juzgada en virtud de la SAP de Valencia recaída en el litigio anterior porque la causa de pedir no era la misma. 2) Infracción del art. 73.1.1.º en relación con el art. 400, ambos de la LEC, y con el art. 24.1 CE, impugnándose de nuevo la apreciación de la cosa juzgada pero alegando ahora la imposibilidad de acumular en su momento la acción de nulidad del contrato por contener cláusulas abusivas a la acción de resolución por incumplimiento al venir atribuida la competencia para conocer de la primera a los Juzgados de lo Mercantil. 3) Infracción del art. 217.3 LEC por considerar que incumbía a la parte contraria la carga de probar que los problemas económicos de los recurrentes por falta de financiación no se daban con anterioridad. Los tres motivos, por su estrecha conexión, se estudian conjuntamente por el Tribunal Supremo.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *El objeto del debate*

Toda la problemática gira en torno al concepto de cosa juzgada, para apreciar si ésta concurre o no en el presente caso, teniendo en cuenta los dos litigios entre las mismas partes. La cuestión, además, tiene que ver exclusivamente con el concepto de cosa juzgada *material*, y no con el de cosa juzgada *formal* ni con el de *firmeza* de las resoluciones judiciales.

5.2. *Firmeza, cosa juzgada formal y cosa juzgada material*

Una resolución es *firme* cuando ya no puede ser recurrida por las partes (art. 207.2 LEC), ya sea porque no cabe promover recurso, por no estar previsto en la ley, o cuando estando previsto no se promueve, o cuando una vez promovido se abandona por desistimiento o deserción.

La *cosa juzgada formal* significa algo diferente a la firmeza: es un efecto añadido que despliegan las resoluciones firmes (judiciales o del Letrado de la Administración de Justicia), consistente en la vinculación de su contenido, tanto para las partes como para el Tribunal, en el desarrollo ulterior del proceso.

Como destaca de la Oliva Santos (2005, pg. 99 y ss.) «la cosa juzgada formal es la vinculación jurídica que, sobre todo para el órgano jurisdiccional y también para las partes, produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, *dentro del mismo proceso o instancia* en que se haya dictado dicha resolución». La cosa juzgada formal implica un doble efecto: uno negativo en cuanto que las partes no pueden pedir ni el Tribunal decidir en contra de lo ya resuelto; y otro positivo, dado que las peticiones de las partes y las resoluciones del Tribunal han de partir de lo ya decidido previamente. El efecto positivo de la cosa juzgada formal se reconoce en los núm. 3 y 4 del art. 207 LEC.

Frente la cosa juzgada formal, que es producida por todas las resoluciones judiciales firmes dictadas en un proceso, desplegando su eficacia dentro de él, la *cosa juzgada material*, por el contrario, despliega sus efectos fuera del proceso, condicionando o impidiendo otro posterior. Su regulación se contiene en el art. 222 LEC. Según de la Oliva (2005, pg. 103) «la cosa juzgada material es un determinado efecto de algunas resoluciones judiciales firmes (y por tanto, pasadas en autoridad de cosa juzgada formal) consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, *en otros procesos*, a cualesquiera órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos) respecto de precisos aspectos del contenido de esas resoluciones (de ordinario, sentencias)».

Todas las resoluciones dictadas en un proceso adquieren, una vez firmes, fuerza de cosa juzgada formal. En cambio, la cosa juzgada material no se predica de todas ellas, sino sólo de las sentencias que resuelvan sobre el fondo del asunto (y de algunos autos), sean estimatorias o desestimatorias de las pretensiones. En cualquiera de los casos, la cosa juzgada material cumple dos funciones: una función *positiva* o prejudicial (condicionar un proceso posterior), y una función *negativa* o excluyente (impedir un proceso posterior) [Toribios Fuentes - Domínguez Luelmo, 2019, § 7/40].

A la cosa juzgada en sentido *positivo* o *prejudicial* se refiere el art. 222.4 LEC cuando establece: «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». Como destaca Tapia Fernández (2001, pg. 812), la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada material supone la vinculación, en un proceso posterior, de lo decidido y resuelto en otro anterior. Es decir, el nuevo objeto procesal, parcialmente idéntico o conexo con el que se juzgó anteriormente, depende o se ve condicionado por el anterior resuelto, o lo que es lo mismo, el Juez habrá de atenerse al contenido de la sentencia anteriormente dictada, tomándola como punto de partida indiscutible.

El art. 221.1 LEC se refiere a la cosa juzgada en sentido *negativo* o *excluyente* al disponer que «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». Con ello se pretende impedir que vuelva a plantearse un nuevo proceso con el mismo objeto que el

anterior, y de esta manera se niega o excluye un segundo proceso que, en el caso de que llegue a ser planteado, impide al Juez continuar con su tramitación para no contravenir el principio *non bis in idem*.

Las SSTC 5/2009, de 12 de enero, 7/2010, de 18 de octubre, 10/2012, de 30 de enero, y 106/2013, de 6 de mayo, han matizado esta última cuestión, destacando que la apreciación de la excepción de cosa juzgada por los Tribunales puede vulnerar derecho a la tutela judicial efectiva y hacerla, por ende, susceptible del control del amparo constitucional, en dos supuestos: «El primero, en caso de que resulte evidente, por los términos de la decisión adoptada en el primer proceso, que la pretensión, aun cuando podría haber sido enjuiciada en el mismo, no lo fue por no haberse deducido, y por tanto, al haber quedado formalmente imprejuzgada entonces, no existe peligro de un doble enjuiciamiento ni ruptura de la seguridad jurídica si se plantea a la postre en otro proceso posterior (). El segundo, cuando, sin necesidad de abordar específicas disquisiciones jurídicas, propias más bien de la legalidad ordinaria, la sola lectura de la pretensión interpuesta en el segundo proceso manifiesta la palmaria realidad de la divergencia de uno o más de sus elementos constitutivos (subjetivo u objetivo) con los contenidos en la pretensión resuelta por sentencia firme que se ofrece de contraste, lo que impide de suyo apreciar la existencia de la cosa juzgada material, de tal guisa convertida en obstáculo indebido para una decisión de fondo».

Es preciso dejar claro que la sentencia objeto de comentario se refiere sólo a la cosa juzgada material en su sentido negativo o excluyente.

5.3. *Presupuestos de la cosa juzgada material en sentido negativo o excluyente*

Para que el «ulterior proceso» a que se refiere el art. 221.1 LEC no se pueda desarrollar, es decir, para que la función negativa o excluyente de la cosa juzgada pueda entrar en acción, es preciso que entre el proceso que en su día terminó y el que posteriormente se está tramitando concurren tres elementos comunes: los sujetos, el objeto y la causa. En definitiva, para que una resolución produzca efectos de cosa juzgada material han de ser idénticos los sujetos, lo que se pide (*petitum*) y la *causa petendi*. Estos tres elementos identifican el objeto del proceso, es decir, la *pretensión* dirigida al órgano jurisdiccional, referida a una situación concreta con trascendencia jurídica, frente a otra persona y acerca de un bien o interés. En este sentido, en la STS de 13 octubre 2000 se afirma: «para que prospere la excepción de la cosa juzgada material, según doctrina jurisprudencial constante, es preciso que se den los siguientes datos: a) La existencia de un litigio distinto a aquel en que se alega, y b) La identidad de ambos litigios, la cual se determinará en una triple vertiente de identidades, como son las de las partes, las cosas y las acciones» (vid. más ampliamente la STS de 21 marzo 2011).

Como se trata de una excepción procesal, la cosa juzgada puede ser alegada tanto por el demandado como por el actor (en el supuesto de reconvencción). De acuerdo con el art. 416.1.2.^a LEC, se trata de una circunstancia que «impide la válida prosecución y término del proceso mediante una sentencia sobre el fondo». En el supuesto de la sentencia objeto de comentario, es la parte actora (Teresa Urbana, SLU) la que alega la excepción de cosa juzgada frente a la reconvencción de los compradores.

Así pues, la determinación del objeto del proceso (a través de los sujetos, del *petitum*, y de la *causa petendi*) resulta fundamental a efectos de otras instituciones: la *perpetuatio iurisdictionis*, la prohibición de la *mutatio libelli*, la congruencia de la sentencia, la acumulación, la reconvencción, la litispendencia y la cosa juzgada (Toribios Fuentes, 2013, pg. 119). Debemos, pues, comprobar, si concurren aquí los tres elementos identificadores del proceso.

Los *sujetos* son las personas que piden la tutela judicial y frente a quien se pide. En el supuesto resuelto por la sentencia objeto de comentario es claro que las partes son las mismas (Teresa Urbana SLU, como vendedora, y don Fausto y doña Herminia, como compradores).

El *petitum* es lo que se pide, es decir, la tutela concreta que se solicita. Según destaca Tapia Fernández (2011, pg. 1659), como la demanda va dirigida a dos sujetos distintos (el Juez y la contraparte), de los que se solicitan cosas distintas, la identificación del *petitum* asume dos aspectos diversos: a) En vía inmediata la demanda se dirige al Juez, al que no se le pide la prestación, sino una concreta resolución [la declaración del derecho, la condena del demandado o un cambio jurídico]. b) En vía mediata, la demanda se dirige a la contraparte, de la que se pide una cosa, una prestación, una abstención, etc. En el presente caso, lo que se pide en ambos pleitos es la resolución del contrato de compraventa. En el primero se desestimó dicha petición. En el segundo, frente a la pretensión de cumplimiento de la vendedora demandante, los demandado reconvinieron solicitando igualmente la resolución del contrato, que es frente a la que se alza la excepción de cosa juzgada.

La *causa petendi* es lo que termina identificando el objeto del proceso, ya que se puede pedir lo mismo, pero sobre la base de causas de pedir diferentes. En este sentido la *causa petendi* es aquella situación de hecho jurídicamente relevante susceptible de recibir la tutela solicitada.

La LEC ha configurado la *causa petendi* de una manera que no permite interpretar el *iura novit curia* como ha pretendido el TS en numerosas ocasiones. El fundamento de pedir, o *causa petendi* viene conformado por un elemento fáctico y un elemento jurídico. El elemento fáctico está constituido por el relato de los hechos, subsumibles en la norma jurídica. El elemento jurídico no es, o no es solamente, la concreta norma que pueda

resultar aplicable, sino que está formado a su vez por dos subelementos. Por un lado, el *enfoque o título jurídico*, es decir, la calificación jurídica, *fundamento jurídico*, o razonamiento jurídico, que no es más que el conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela solicitada sea esa y no otra distinta. Y, por otro, el *elemento puramente normativo* de esa calificación o punto de vista jurídico, o *fundamentación*, es decir, las simples citas legales que apoyan la calificación jurídica. (de la Oliva, 2005, pg. 51 y ss., y 71 y ss.) El único que conforma la libertad del Tribunal recogida en el *iura novit curia* (o su equivalente *da mihi factum et dabo tibi ius*) es el que he calificado de elemento puramente normativo: las citas legales en que se apoya la calificación jurídica hecha por el actor. El principio *iura novit curia* no permite al Tribunal apartarse del fundamento jurídico que se ha hecho valer por las partes, si bien puede resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (art. 218 LEC).

Frente a las dos posturas posibles (teoría de la sustanciación y teoría de la individualización, cuyas diferencias se pueden apreciar *in extenso* en la STS de 28 junio 2010), en mi opinión, la LEC consagra en el art. 218 de una manera clara la teoría de la individualización (de la Oliva, 2005, pg. 52 y ss.), lo que se confirma si se analiza la regla preclusiva que consagra el art. 400 LEC a los efectos de un nuevo proceso. De ambos preceptos cabe extraer la siguiente conclusión: el Tribunal no puede cambiar el título jurídico esgrimido por las partes, porque en ese caso incurriría en incongruencia, pero lo que sí puede hacer es aplicar las normas que conoce, aunque se hubieran alegado erróneamente por las partes, siempre que con ello no modifique el verdadero fundamento de la pretensión (vid., entre otras, STS de 7 abril 2004).

Como se afirma en la STS de 25 junio 2009, el núm. 2 del art. 400 LEC está en relación de subordinación respecto núm. 1, «y así únicamente se justifica su aplicación cuando en ambos procesos se deduzca –en las demandas de uno y otro– igual pretensión. Es en tal caso cuando no cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pues en tal caso la nueva LEC obliga a estimar bien la excepción de litispendencia –si el primer proceso se halla pendiente– o la de cosa juzgada –si en el mismo ha recaído sentencia dotada de efectos de cosa juzgada material–».

De conformidad con los art. 222.2 y 408.3 LEC la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y, en su caso, reconvencción; y a aquellas cuestiones recogidas en los núm. 1 y 2 del art. 408 LEC, es decir, a las doctrinalmente denominadas excepciones reconventionales (compensación y nulidad del negocio jurídico). Pero lo mismo que ocurre con la litispendencia, la

cosa juzgada alcanza igualmente a lo no deducido pero deducible, es decir, a aquellos hechos o títulos jurídicos que, pudiendo invocarse, no se invocaron (Tapia Fernández, 2003, pg. 267 y ss.), aquellos que razonable y temporalmente pudieron ser discutidos (art. 400.2 LEC). Ello tiene una enorme importancia porque los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste. De esta manera, si coinciden los sujetos y lo que se pide (*petitum*), y el actor solicita lo mismo frente al mismo demandado, aunque con una fundamentación jurídica diferente, la cosa juzgada impide la eficacia de ese segundo proceso porque se lo impone la norma preclusiva contenida en el art. 400 LEC (Tapia Fernández, 2011, pg. 1665).

No cabe, pues, que los demandados, después de haber recaído sentencia desestimatoria en el primer litigio, y tras no obtener la resolución reclamada, puedan plantear la misma solicitud (en el segundo pleito, mediante reconvencción), dirigida frente al mismo sujeto, pero con unos fundamentos jurídicos diferentes. Esta posibilidad también le está vedada al perjudicado en función de la eficacia negativa o excluyente de la cosa juzgada material, que impide plantear otro proceso sobre un asunto ya decidido con anterioridad, como destaca el art. 222.1 LEC (de la Oliva, 2005, pg. 102 y ss.).

Teniendo en cuenta el supuesto que estamos aquí planteando, el art. 222, núm. 2 y 3 LEC es muy claro: la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y, en su caso, reconvencción, y afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes. Pero además, lo mismo que ocurre con la litispendencia, la cosa juzgada alcanza igualmente a lo no deducido pero deducible, es decir, a aquellos hechos o títulos jurídicos que, pudiendo invocarse, no se invocaron, aquellos que razonable y temporalmente pudieron ser discutidos. El art. 400.2 LEC establece expresamente que, a efectos de la cosa juzgada, «*los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste* (art. 400.2 LEC). Por ello, como he destacado, si coinciden los sujetos y lo que se pide (*petitum*), y el actor (en este caso demandado reconviniente) solicita lo mismo frente a la mismo contraparte, aunque con un fundamento jurídico diferente (me refiero al *enfoque o título jurídico*, es decir, la calificación jurídica, no a las simples citas legales) la cosa juzgada evita la eficacia de ese segundo proceso porque se lo impide la norma preclusiva contenida en el art. 400 LEC.

5.4. *Los argumentos del voto particular*

El voto particular incorporado a esta sentencia se basa en una interpretación del art. 400 LEC que no parece de recibo. Considera que en este caso «no se trata de una idéntica petición en ambos procesos con causa de pedir distin-

ta, sino de peticiones diferentes en uno y otro caso, lo que impide la extensión de la cosa juzgada por la vía del art. 400 LEC».

Se citan a favor de esta argumentación las SSTs de 19 noviembre 2014, 21 de julio 2016 y 13 diciembre 2017 (en las dos últimas, ponente es el mismo que quien formula el voto particular). En todas ellas se afirma que la cosa juzgada no supone que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga frente al demandado. Pero en los tres casos lo que era diferente era el *petitum*.

Se afirma en el voto particular: «Basta la lectura de tan amplio “suplico” para comprobar que, aunque pueda entenderse que la resolución contractual solicitada en el mismo por concurrencia de cláusulas abusivas podría haber sido instada en el primer proceso, existen además peticiones autónomas acerca de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas que son distintas a la de resolución del contrato, que fue el objeto del primer proceso, como se desprende singularmente del apartado 3 del “suplico”».

Frente a los que se mantiene en el voto particular, creo acertado el enfoque de la sentencia, porque la verdadera pretensión era exactamente la misma en ambos casos: la resolución del contrato de compraventa, y no la nulidad de las cláusulas para que se tuvieran por no puestas. Creo que lo que induce a error en el voto particular es la extensión de las peticiones de la reconvención, que no logran ocultar que lo que se pretendía era lo mismo: dejar sin efecto en contrato válidamente celebrado y recuperar las cantidades anticipada por los compradores a cuenta del precio total. Ello queda patente poniendo de relieve que en la reconvención del segundo litigio se pide la integración del contrato sobre la base del art. 1258 CC, no para su subsistencia, sino para proceder a su resolución. Lo que se pretendía en uno y otro litigio era lo mismo. En el primero quedó probado que los compradores pretendían la resolución del contrato, no por el retraso en la entrega de la vivienda, sino porque la vendedora no se plegó a su exigencia de rebajar el precio por razones de mercado. En el segundo se pretende la misma resolución, fundada en el carácter abusivo de determinadas cláusulas, y en las dificultades económicas sobrevenidas para obtener financiación.

Además, por si alguna duda hubiere al respecto, resulta que en la sentencia de instancia del segundo litigio, tal y como se había pedido por los compradores en reconvención, se declaró la nulidad por abusiva de la cláusula que dejaba en manos de la vendedora la resolución del contrato en caso de no obtener el comprador financiación bancaria, lo que dio lugar a que se reconociera la misma facultad resolutoria a los compradores. Por ello, no es cierto que el posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato de compraventa no formara parte del litigio anterior entre las mismas partes, pues en uno y otro caso lo que se pretendía era que se reconociera a los compradores su facultad de resolver el contrato.

Pero es que, además, resulta discutible afirmar que los litigantes no tienen obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en

relación a unos mismos hechos tenga frente al demandado. El art. 71 LEC regula la acumulación objetiva de acciones, *facultando* dicha acumulación, incluso cuando sea incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones, que se pueden acumular de manera eventual o subsidiaria. Ciertamente, utilizando la terminología elaborada por Goldschmidt (1936, pgs. 91 y ss.) no estamos ante un *deber procesal* (que se traduciría en un imperativo legal, establecido a favor de una adecuada realización del proceso y cuya desatención puede implicar la imposición de una multa), ni ante una *obligación procesal* (es decir, ante un imperativo del interés ajeno, que puede acabar imponiéndose a la fuerza, pues en todo caso su incumplimiento implica sanción), sino ante una *carga procesal*, es decir, un imperativo en interés propio de la parte, que no se puede imponer por no existir un correlativo derecho subjetivo. Se puede afirmar que no hay obligación de formular en una misma demanda (o reconvencción) todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos se tengan frente a la misma contraparte. Pero en caso contrario, parece clara la posibilidad de alegar la excepción de cosa juzgada siempre que lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, ya que habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior (art. 400.1 LEC).

5.5. *Conclusión*

La STS objeto de comentario merece una valoración muy positiva. Como acertadamente se afirma, si se entendiera que la Audiencia ha apreciado indebidamente la cosa juzgada, ello 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 se 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.

A los efectos de un ulterior proceso en el que se pida lo mismo que en uno anterior, el art. 400.1 LEC impide que ese proceso llegue a su fin, cerrando la posibilidad de un goteo de reclamaciones y exigiendo un mayor grado de precisión al identificar la acción esgrimida. Si lo que se pide en la demanda se pudo fundar en distintos hechos o fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior, pues, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste (art. 400.2 LEC).

La cosa juzgada material encuentra su fundamento y justificación tanto en la seguridad y paz jurídicas como en la propia esencia de la jurisdicción, im-

pidiendo que las discusiones jurídicas se prolonguen indefinidamente o que vuelva a plantearse un asunto ya decidido, con el evidente riesgo de obtenerse sentencias contradictorias o con el esfuerzo inútil de reiterarse resoluciones.

Toda esta cuestión, sin embargo, ha venido a ensombrecerse (aunque más bien referida a la cosa juzgada formal) en cuanto aparecen en escena consumidores y cláusulas eventualmente abusivas. La STJUE de 26 enero 2017 (Caso Banco Primus, S.A. contra J. Gutiérrez García) ha establecido con claridad que «la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del art. 207 LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada». No obstante, a ello se añade: «Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas».

Entiendo que en esta STJUE se aprecia un claro respeto a la cosa juzgada, pues sólo se permite el control de abusividad de oficio de cláusulas que no hubieran sido examinadas previamente. Pero ello no exige una motivación separada de cada una de ellas en la resolución dictada, si se ha hecho en su conjunto. En este sentido, considero erróneo el planteamiento de la STC 31/2019, de 11 de marzo, al interpretar de una manera equivocada la referida STJUE, estimando el amparo. Y ello porque lo que se debatía ante el TC no era un problema sustantivo en torno a una cláusula abusiva (en lo que no entró el Tribunal), sino procesal: si existe un pretendido derecho a provocar la nulidad (total o parcial) de actuaciones, de un proceso de ejecución prácticamente finalizado, aunque la parte ejecutada no haya sufrido indefensión, y haya desaprovechado sin motivo justificado los trámites de defensa que tenía a su disposición para obtener una respuesta judicial sobre el carácter abusivo de la cláusula, amparándose en el último momento en el supuesto incumplimiento de un control de oficio de la misma.

El TC, al estimar el amparo, dicta doctrina sobre el alcance del derecho de la parte ejecutada para exigir en todo caso el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, a partir de una interpretación errónea de la citada STJUE. Coincido plenamente con el voto particular emitido por el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, en el sentido de que el amparo debió ser desestimado y que, de propagarse en el foro, esta doctrina

puede suponer un riesgo fundado para la necesaria seguridad jurídica de los procesos ejecutivos en nuestro país, no solo de los hipotecarios.

6. Bibliografía

- De la Oliva Santos, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- Goldschmidt, J., *Derecho Procesal Civil* (traducción de Prieto-Castro de la 2.^a ed. alemana), Editorial Labor, Barcelona, 1936.
- Tapia Fernández, I., “La cosa juzgada”, en Gómez Colomer, J.L. (Coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pgs. 267 y ss.
- Tapia Fernández, I., “Comentario a los arts. 222, 399 y 400 LEC”, en Cerdón Moreno, F. - Armenta Deu, T. - Muerza Esparza, J.J. - Tapia Fernández, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2.^a ed., Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- Toribios Fuentes, F., *Proceso civil práctico*, 2.^a ed., Thomson Reuters - Lex Nova, Valladolid, 2013.
- Toribios Fuentes, F. - Domínguez Luelmo, A., *Practicum proceso Civil 2019*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019.