
Tras la doctrina del TJUE: ¿sigue siendo santa la cosa juzgada?.

[BIB 2017\1120](#)

Edmundo Rodríguez Achútegui.
Magistrado

Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal num.4/2017 parte Artículo
Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

Resumen

«Las STJUE 21 diciembre 2016 sobre limitación del interés variable de préstamos con garantía hipotecaria y 26 enero 2017 sobre vencimiento anticipado, afectan a la consideración del instituto de la cosa juzgada. Hay pretensiones de cláusulas suelo que no se han juzgado por los tribunales porque no lo pidieron los consumidores. Las juzgadas con sentencia firme, podrían dar lugar a nuevas demandas si se considera que la protección de los consumidores no impide superar las exigencias de la cosa juzgada, sobre todo a partir de la promulgación del RDL 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.»

Abstract: «Le STJUE 21 Décembre 2016 sur la limitation des flottants intérêts prêts hypothécaire et 26 Janvier 2017, la maturité prévu, affecte a l'examen de l'institut de la chose jugée. Il y a des réclamations sur clauses «plancher» qui ne sont pas jugés par les tribunaux parce qu'ils ne demandent les consommateurs. Les demandes jugés par un arrêt firme pourrait conduire à de nouvelles exigences quand on considère que la protection des consommateurs ne fait pas obstacle à dépasser les exigences de la chose jugée, en particulier après l'adoption de RDL 1/2017 sur les mesures urgentes pour protéger les consommateurs en matière de clauses «plancher».»

Palabras clave

Préstamo hipotecario, cosa Juzgada, principio no vinculación Directiva 93/13, cláusulas abusivas, cláusula suelo, RDL 1/2017.

Prêt hypothécaire, chose Jugée, principe de l'absence de caractère contraignant des clauses abusives du Directive 93/13, clauses abusive, clause «plancher», RDL 1/2017.

I . La jurisprudencia del TJUE protectora del consumidor

Recientemente se han dictado dos pronunciamientos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), que actualizan su jurisprudencia en materia de cosa juzgada. Se trata, en primer lugar, de la [STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo](#) , que resuelve sobre los efectos en materia de cláusulas suelo del principio de no vinculación para el consumidor de cláusulas que merezcan la consideración de abusivas conforme al [art. 6.1](#) de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La segunda es la [STJUE 26 de enero de 2017, C-421/14, asunto Banco Primus](#) , que hace otro tanto respecto del vencimiento anticipado.

Estas decisiones vuelven a poner de actualidad la jurisprudencia del TJUE en materia de cosa juzgada cuando se trata de amparar a consumidores. Recordemos que el mencionado [art. 6.1](#) de la Directiva 93/13 dispone que « *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas* ». La previsión normativa impide que surtan efecto para el consumidor cláusulas que merezcan la consideración de abusivas, siempre que el contrato pueda subsistir sin aquéllas. La forma de hacer efectivo ese principio es cuestión de derecho nacional, respetando la jurisprudencia del TJUE que lo

interpreta.

Lo que esa jurisprudencia viene manteniendo al interpretar la [Directiva 93/13](#), es que el consumidor está en posición inferioridad en capacidad negociación y nivel información ([STJUE 27 julio 2000, C-240/98, asunto Océano](#)), que el principio de no vinculación trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (§63 [STJUE 14 junio 2012, C-618/10, caso Banesto](#), [STJUE 26 octubre 2006, C-168/05, asunto Mostaza Claro](#)), y que para compensar dicho desequilibrio se exige intervención ajena a las partes del contrato como ocurre con la actuación judicial ([STJUE 6 octubre 2009, C-40/08, caso Asturcom](#)).

Para lograrlo el juez nacional, al aplicar el acervo de la Unión Europea, debe comprobar -en cualquier clase de procedimiento- si las cláusulas contenidas en contratos suscritos con consumidores son abusivas ([ATJUE 17 marzo 2016, C-613/2015, Ibercaja](#)), incluso de oficio ([STJUE 30 mayo 2013, C-488/11, Asbeek Brusse](#)), aunque haya de oírse al acreedor ([STJUE 21 febrero 2013, C-472/11, Banif](#)). El análisis de la cláusula eventualmente abusiva se realiza en abstracto, aunque no se aplique en el caso concreto ([ATJUE 11 junio 2015, C-602/13](#)).

Lo más relevante, en lo que aquí interesa, es que para conseguir la efectividad del principio de no vinculación ha de pasarse, incluso, por encima del derecho procesal interno (§39 [STJUE 3 octubre 2013, C-32/12, caso Duarte Herreros](#)), o de la jurisprudencia, como recientemente se ha dispuesto en §74 la [STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo](#).

Una de esas instituciones procesales es la cosa juzgada, regulada en los [arts. 222 y 400](#) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). El segundo de ellos quedó malparado (reitero que en materia de consumidores), tras la [STJUE 3 octubre 2013, C-32/12, caso Duarte Herreros](#). En cuanto al primero, el terremoto que ha provocado la [STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo](#), plantea algunas cuestiones sobre la cosa juzgada que merecen comentario.

II . ¿Los autos producen cosa juzgada?

La cosa juzgada es institución jurídica que nace de elementales exigencias de seguridad jurídica. Enjuiciada una cuestión mediante *sentencia firme*, provoca efectos formales ([art. 207.3](#) LEC) y materiales ([art. 222](#) LEC) que no pueden desconocerse. La que aquí interesa es la cosa juzgada material, respecto de la que ha dicho recientemente la [STS 15 febrero 2017, rec. 1229/2014](#), «# es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el [art. 222](#) LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto ».

La primera cuestión que salta a la vista es que el [art. 222](#) LEC predica los efectos de la cosa juzgada material de las sentencias firmes. El [art. 222.1](#) LEC lo recoge con toda claridad, pues comienza diciendo 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. En cambio el [art. 207.3](#) LEC sostiene que la cosa juzgada formal la producen las «resoluciones firmes», es decir, aquéllas contra las que no cabe recuso o no se han recurrido ([art. 207.2](#)), por lo que podría provocarla cualquier decisión de un tribunal como las providencias, diligencias, autos y decretos que relaciona el [art. 206](#) LEC.

Nuestra jurisprudencia ha extendido la consideración de cosa juzgada material, y no sólo formal, a los autos que se dictan en un procedimiento de ejecución. Las [STS 24 noviembre 2014, rec. 2962/12](#), [28 noviembre 2014, rec. 2720/2012](#), y [12 diciembre 2014, rec. 1252/13](#), cierran la puerta a un ulterior procedimiento declarativo cuando se alegó, o se tuvo oportunidad de alegar, alguna causa de oposición en el procedimiento de ejecución. Esta hermenéutica genera algunas disfunciones, pues en el procedimiento de ejecución las facultades de alegación son menores, en tanto están restringidas las causas de oposición a las de los [arts. 556 a 564](#) LEC en general, y en el [art. 695](#) LEC

en la hipotecaria. También hay limitación de los medios de prueba (en la ejecución hipotecaria el [art. 695.2](#) LEC sólo permite prueba documental), y en los recursos, pues no cabe casación en ejecución, al finalizar mediante auto ([art. 477.1](#) LEC). Con tales limitaciones que produzca efecto de cosa juzgada en un posterior procedimiento declarativo lo decidido previamente en ejecución genera alguna perplejidad y podría ser cuestionado al expropiar instrumentos de alegación, prueba y recurso a un litigante en tal tesitura.

Si en un procedimiento de ejecución hipotecaria se han apreciado de oficio, opuesto o tenido la ocasión de oponer, la abusividad de una cláusula suelo, podemos representarnos que se invocará esa jurisprudencia para oponer que no es posible volver a plantear la cuestión en un procedimiento declarativo posterior. En el caso de que no se redujera el despacho de ejecución por el importe de la aplicación de la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés, o si se redujo pero sólo desde la publicación de la [STS 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012](#) ¿no cabría entonces reclamar en un declarativo el importe que no hubiera disminuido el despacho de la ejecución, en aplicación de una cláusula suelo no transparente?

Doy mi opinión favorable a una respuesta positiva en el apartado 4, reconociendo que la jurisprudencia hoy en día está en la tesis que de modo tan breve he expuesto antes.

III . ¿Hay cosa juzgada frente a pretensiones no planteadas en la demanda?

La segunda cuestión tiene que ver con la extensión de la cosa juzgada. El [art. 222](#) LEC regula la cosa juzgada material excluyendo un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al ya resuelto ([art. 222.1](#) LEC), alcanzando a las *pretensiones* de la demanda y reconvenición ([art. 222.2](#) LEC), y las de compensación y nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión ([art. 222.3](#) LEC). A su vez el [art. 400](#) LEC impide que *lo que se pida en la demanda* pueda reclamarse por títulos o fundamentos jurídicos ([art. 400.1](#)), o sostenerse en hechos ([art. 400.2](#)), que pudieran haber sido esgrimidos en el momento de plantearse.

De tal regulación se desprende que las consecuencias de no alegar todos los títulos o hechos afectan sólo a la pretensión deducida en la demanda, pero no a las que no se plantearon. La carga para el actor es no escamotear los títulos o razones que justifican su pretensión, ni los hechos que pueda haber esgrimido en su favor. Si pretende en el futuro pedir lo mismo basado en títulos que pudo oponer o hechos que existían al plantearse la primera, habrá cosa juzgada. Pero no la habrá si se trata de una pretensión diferente como han explicado las [STS 9 enero 2013, rec. 1124/2009](#) o [21 julio 2016, rec. 1851/2014](#) , porque la ley deja bien claro que la cosa juzgada material se circunscribe a las pretensiones de demanda y reconvenición ([art. 222.2](#) LEC) y a *lo que se pida en la demanda* ([art. 400.1](#)), es decir, a la petición a que alude el [art. 399.5](#) LEC, que seguimos llamando con la anacrónica expresión *suplico* .

De esta forma quien solicitó una simple condena declarativa, la nulidad de la cláusula suelo, pero no pidió la restitución de las cantidades, no puede verse afectado por la santidad de la cosa juzgada. Ni tampoco quien pidió la nulidad y la condena a restituir desde la publicación de la [STS 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012](#) , puesto que no incluyó en la solicitud de su demanda cantidades anteriores, y por tanto, se trata de una cuestión imprejuzgada. En ambos casos entiendo que no operan las consecuencias de la institución de la cosa juzgada porque no puede haberla respecto de peticiones no articuladas, las únicas que pueden ser enjuiciadas y resueltas como consecuencia del principio dispositivo que rige el proceso civil.

IV . ¿Cierra el paso la cosa juzgada a reclamaciones sobre cláusulas suelo ya enjuiciadas?

Hemos señalado que la jurisprudencia del TJUE sostiene que el juez nacional debe superar las normas procesales internas para hacer eficaz el principio de no vinculación al consumidor a cláusulas que se califiquen de abusivas, [art. 6.1](#) Directiva 93/13. Son normas procesales internas las que regulan la cosa juzgada en nuestro ordenamiento jurídico, y la [STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo](#) vuelve a poner la cuestión de actualidad.

Recordemos que su §68 dice: « *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). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la [sentencia 9 de mayo de 2013](#), que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada ».

Efectivamente, la protección del consumidor no es absoluta, lo que permite al TJUE declarar que nuestro Tribunal Supremo acierta al disponer en el fallo de su [STS 9 de mayo de 2013](#), rec. 485/2012 que lo que resuelve no afecta a los pronunciamientos judiciales de numerosos juzgados y Audiencias que ya habían decidido con anterioridad a dicha sentencia en esta materia de cláusulas suelo.

La cita del TJUE recuerda la [sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08](#), en cuyo §37 también se citan las [STJCE 1 de junio de 1999, C-126/97, Eco Swiss](#), [16 de marzo de 2006, C-234/04, Kapferer §20](#), y [de 3 de septiembre de 2009, C-2/08, Fallimento Olimpiclub](#), §22, que sostienen que « el Derecho comunitario 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 de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del Derecho comunitario por la resolución en cuestión ». Argumentos todos, en consecuencia, favorables a considerar que la cosa juzgada impide volver a plantear una reclamación juzgada.

Frente a tal consideración hay que subrayar que la misma [STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo](#) dice también en §65 que «# la regulación por el Derecho nacional de la protección que la [Directiva 93/13](#) garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección #ni, por tanto, su contenido sustancial#, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que fue voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia [Directiva 93/13](#) ».

Si la regulación de la cosa juzgada en nuestro derecho nacional no puede modificar la amplitud de la protección al consumidor que dispensa la [Directiva 93/13](#), y por ello tampoco su contenido sustancial, parece que podría cuestionarse el efecto de cosa juzgada, pues dice el §66 de la misma sentencia que derecho nacional ha de precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula, y restablecer la situación « mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva » (§66).

Esas consideraciones provienen de una rancia jurisprudencia del TJUE. Así en la [STJCE 9 marzo 1978, C-106/77, caso Simmenthal](#), en §22 se afirma la primacía del derecho de la Unión incluso contra interpretaciones judiciales nacionales basadas en el derecho propio, lo que reitera la [STJCE 19 de junio de 1990, C-213/89, caso Factortame](#).

En la [STJUE 3 octubre 2013, C-32/12, caso Duarte Herreros](#), el §39 explicaba a los tribunales españoles que en ciertas circunstancias el [art. 400 LEC](#) podía menoscabar la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión. En la [STJUE 18 febrero 2016, C-49/14, caso Finanzmadrid](#) se dice en §48 que la regulación de la cosa juzgada debe respetar los principios de equivalencia y efectividad, pues literalmente explica que « # debe señalarse que, si bien el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos, este sistema debe en cualquier caso respetar los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la [sentencia Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08](#), EU:C:2009:615, apartado 38 y jurisprudencia citada)».

Precisamente la [STJUE 6 octubre 2009, C-40/08, Asturcom](#), afirmó que la cosa juzgada en laudo

arbitral no impide apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula compromisoria que lo propicia. Y hace bien poco, en la [STJUE 26 de enero de 2017, C-421/14, asunto Banco Primus](#) se decía al analizar en su §50 nuestro [art. 207](#) LEC, sobre la cosa juzgada formal, que §51 « *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 ([STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo](#), EU:C:2016:980, apartado 71) ».*

Como se aprecia, la santidad de la cosa juzgada se matiza considerablemente si el afectado es un consumidor. En materia de cláusula suelo en muchos casos esa es la condición del prestatario, a lo que se suma que después se aprueba el [RDL 1/2017, de 20 de enero](#), de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE 21 de enero). Como dice en el apartado III de su preámbulo « *Desde el punto de vista del principio de efectividad, las medidas no solo facilitan en la práctica el restablecimiento de los derechos de los consumidores, sino que además dejan a salvo el derecho del consumidor a obtener una tutela judicial efectiva de su derecho ante los Tribunales nacionales* ».

Obsérvese que con esta finalidad de *restablecimiento de los derechos de los consumidores*, el [art. 1](#) señala como objeto del RDL establecer medidas para facilitar la devolución de cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo. Un consumidor con asunto enjuiciado con sentencia firme que falla restituir desde la publicación de la [STS 9 de mayo de 2013](#), rec. 485/2012, puede acogerse a este objeto, porque no hay limitación legal y entra dentro del ámbito de aplicación que describe el [art. 2](#) RDL 1/2017.

El consumidor haría la reclamación previa del [art. 3](#) RDL 1/2017 fundando su pretensión en una regulación inexistente cuando interpuso la demanda. Y lo verifica para reclamar la restitución de cantidades indebidamente satisfechas, puesto que la sentencia firme acogió su pretensión, pero en virtud de la jurisprudencia imperante en ese momento se devuelve a partir de la publicación de la [STS 9 de mayo de 2013](#), rec. 485/2012, y no lo anterior.

En esta situación no será fácil seguir aplicando la institución de la cosa juzgada, pues no puede estar juzgada una pretensión que nace al amparo de una norma inexistente al resolverse el procedimiento previo, si se opta por seguir la interpretación del TJUE más favorable a asegurar al consumidor la íntegra restitución de cantidades incorrectamente percibidas en los casos en que la incorporación de una cláusula suelo a su contrato no sea transparente.