

Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016

que declara contraria a derecho comunitario la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo

Francisco Pertíñez Vílchez

Facultad de Derecho
Universidad de Granada

Sumario

1. **Introducción**
2. **La doctrina del TJUE sobre la no vinculación de las cláusulas abusivas**
 - 2.1. **No vincular es no producir efectos "ex tunc"**
 - 2.2. **El alcance de la remisión a los ordenamientos nacionales del art. 6.1 de la directiva 13/1993**
 - 2.3. **El respeto al efecto de cosa juzgada como límite de la protección de los consumidores**
 - 2.4. **Los silencios implícitos de la STJUE 21 diciembre 2016: declarada abusiva una cláusula son irrelevantes en orden a la determinación de sus consecuencias los trastornos al orden público económico y la buena fe del círculo de interesados**
3. **Los efectos de la STJUE 21 diciembre 2016 sobre situaciones definitivamente resueltas**
 - 3.1. **La STJUE 21 diciembre 2016 y las situaciones ya resueltas mediante sentencia firme de condena a una restitución parcial**
 - 3.2. **La STJUE 21 diciembre 2016 y la renuncia voluntaria a la acción de nulidad**

1. *Introducción*

La STJUE 21 diciembre 2016 (Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo vs Cajasur Banco; Palacios Martínez vs BBVA S.A. y Banco Popular Español S.A. vs Irlés López) ha declarado que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español expresada en las STS 9 mayo 2013 (Ar. 3088, Sala 1ª, Pleno, MP.: Gimeno Bayón-Cobos) y STS 25 marzo 2015 (Ar. 735, Sala 1ª, Pleno, MP.: Baena Ruiz) que limitaba en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula suelo es contraria a la directiva UE 1993/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en Contratos con Consumidores (en adelante, directiva 13/1993) y en concreto a su art. 6.1, según el cual, los estados miembros han de establecer que las cláusulas abusivas *“no vincularán al consumidor en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales”*. Lo hace con una argumentación directa y sencilla, que desde luego contrasta con la alambicada fundamentación que habían seguido las Conclusiones del Abogado General Mengozzi de 13 de julio de 2016 para llegar a la conclusión contraria de que el art. 6.1 de la directiva 13/1993 atribuía autonomía a los Estados para establecer cuáles eran las consecuencias de la no vinculación.

Esta Sentencia del TJUE ha aniquilado a la insólita doctrina jurisprudencial que primero fuera de la *“irretroactividad”* de la nulidad de la cláusula suelo y después, por mor de la STS 25 marzo 2015 (Ar. 735), de la *“retroactividad limitada”* a 9 de mayo de 2013 porque resulta contraria a derecho comunitario, que es lo único sobre lo que puede decidir el TJUE al resolver una cuestión prejudicial. Pero esta doctrina jurisprudencial resultaba contraria también al derecho español, en concreto al art. 1.303 CC, en virtud del cual declarada la nulidad de un contrato, o de una parte del mismo, la consecuencia es la restitución íntegra de lo indebidamente recibido más el correspondiente interés legal, sin que ni el *“grave trastorno al orden público económico”* que causaría la restitución íntegra, ni la hipotética buena fe de las entidades financieras al incluir la cláusula suelo en sus contratos, ni el principio de seguridad jurídica permitieran subvertir lo dispuesto con tanta claridad en el referido precepto. Porque el orden público económico no es fuente del derecho en nuestro ordenamiento jurídico y atemperar las consecuencias de la aplicación de una norma en razón de un supuesto interés superior que se eleva sobre el mismo derecho es convertir al Tribunal Supremo en una suerte de supra legislador, con autoridad no sólo para interpretar el derecho, sino para decidir cuándo y cómo dejar de aplicar una norma jurídica vigente. Porque limitar los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva por la buena fe de los profesionales que la incluyeron en sus contratos encierra una contradicción insalvable, pues si una cláusula es declarada abusiva, de acuerdo con el art. 82 TR-LGDCU, es contraria a la buena fe y en el caso concreto de las cláusulas suelo la contrariedad a la buena fe de las entidades financieras consistió en haber

incluido en el contrato sin la suficiente información una cláusula que por su trascendencia sobre la economía del contrato tuvo que ser conocida por el consumidor, lo que según la propia STS 9 mayo 2013 (Ar. 3088) determinaba que la oferta del préstamo fuera “engañosa” (par. 218). Porque justificar la no restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula suelo en razones de seguridad jurídica, supone asumir que el criterio jurisprudencial instaurado por la STS 9 mayo 2013 (Ar. 3088) de la nulidad por falta de transparencia estaba alterando un “status quo” legal vigente, con defraudación de la confianza legítima de las entidades financieras que adecuaron su conducta al “status quo” anterior y esto es tanto como atribuir a una doctrina jurisprudencial novedosa un efecto transformador del derecho, similar al que se puede predicar de una Ley, respecto del que habría que establecer una regulación transitoria, cuando la función institucional de la Jurisprudencia según el art. 1.6 CC no es crear derecho, sino complementar el ordenamiento jurídico al aplicar e interpretar el derecho. Redunda en esta idea lo impropio de la utilización del término “irretroactividad”, predicado propio de las normas jurídicas, no de las resoluciones judiciales.

El pronunciamiento sobre la irretroactividad, o más correctamente sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, parecía no responder a una razón jurídica, sino económica, la de mitigar el impacto económico que para las entidades demandadas tendría la consecuencia natural de esta nulidad, es decir, la restitución íntegra de todas las cantidades que hubieran cobrado a los prestatarios consumidores de más en virtud de la referida cláusula suelo. Este pronunciamiento parece ser la compensación de un exceso en que incurrió la doctrina sobre el control de transparencia: no tanto por haber establecido el nivel de transparencia exigido para que las cláusulas suelo fueran válidas en un umbral muy alto, sino por haberlo hecho en un procedimiento colectivo –pues recordemos que la STS 9 mayo 2013 resolvía una acción de cesación- considerando nulas en abstracto y sin posibilidad de valoración de las circunstancias de cada caso concreto todas las cláusulas suelo incluidas en los miles de préstamos hipotecarios concertados por las entidades demandadas con consumidores, lo que supuso trasladar el mensaje de que las cláusulas suelo, aunque se dijera que eran nulas sólo cuando hubiera habido una falta de transparencia, en realidad eran nulas siempre.

La STJUE 21 diciembre 2016, cuyo impacto económico para las entidades financieras se estima en torno a los 4.000 millones €, rompe este equilibrio precario establecido por la doctrina de la STS 9 mayo 2013 (Ar. 3088) que consistió en establecer con amplitud un criterio de nulidad de las cláusulas suelo, pero limitando en el tiempo los efectos restitutorios de la nulidad. No tiene mucho sentido plantearse ahora si el Tribunal Supremo habría mantenido el mismo criterio amplio sobre la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia en caso de no poder limitar los efectos restitutorios de la nulidad. El problema ahora es gestionar este desatino: a la banca le toca pagar o negociar, al Gobierno establecer un procedimiento que permita una satisfacción de los

consumidores de forma razonable, rápida y barata, a los bufetes de abogados competir por la búsqueda de clientes en un caladero que parece inagotable y a los consumidores que ya hubieran obtenido mediante sentencia firme una restitución parcial o que hubieran renunciado mediante acuerdo transaccional al ejercicio de acciones judiciales simplemente lamentar su mala suerte.

Mientras tanto a la doctrina, en nuestro intento de ofrecer soluciones que alumbren a los operados jurídicos, nos compete analizar la STJUE 21 diciembre 2016, que requiere comentario desde un doble punto de vista:

En primer lugar, desde la perspectiva del derecho comunitario, la STJUE 21 diciembre 2016 fija la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE sobre el significado de la no vinculación de las cláusulas abusivas del art. 6.1 de la directiva 13/1993, así como del alcance de la remisión que efectúa el mismo precepto a los ordenamientos nacionales para establecer las condiciones de la no vinculación. Además, aclara que el principio de protección de los consumidores puede encontrar una limitación en el respeto a las situaciones ya resueltas con efecto de cosa juzgada.

En segundo lugar, ya desde la perspectiva del derecho nacional, importa el análisis de los efectos de esta sentencia sobre los casos ya resueltos con valor de cosa juzgada, ya fuera mediante sentencia firme (art. 222 LEC) por la que se sólo se hubiera reconocido al consumidor el derecho a una restitución limitada a 9 de mayo de 2013 o ya fuera mediante un acuerdo transaccional (art. 1.816 CC), por el que el consumidor renunciase al ejercicio de una acción judicial de nulidad de la cláusula suelo, a cambio de su inaplicación automática o transcurrido un lapso de tiempo.

2. La doctrina del TJUE sobre la no vinculación de las cláusulas abusivas

2.1. No vincular es no producir efectos “ex tunc”

Dispone la STJUE 21 diciembre 2016 (apartado 61) que el artículo 6.1 de la directiva 13/1993, en cuanto que establece que las cláusulas abusivas no vincularán, debe interpretarse en el sentido de que una *“cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor”* y, por lo tanto, la declaración del carácter abusivo de tal cláusula tendrá como consecuencia *“el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”*. Ha aclarado, por lo tanto, el TJUE que la no vinculación que impone el art. 6.1 de la directiva 13/1993 de las cláusulas declaradas abusivas, no lo es solamente a futuro (ex nunc), sino que lo es también respecto de los efectos ya consumados (ex tunc) y que ninguna relevancia tiene la utilización de un tiempo futuro *“no vincularán”* en la literalidad del art. 6.1 de la directiva 13/1993

Como reconocían las propias Conclusiones del Abogado General Mengozzi de 13 de julio de 2016, la utilización del futuro de indicativo “no vincularán” en el art. 6.1 de la directiva 13/1993 no era reveladora de una intención de limitar las consecuencias de la declaración de no vinculación de las cláusulas abusiva sólo a los efectos futuros. Más bien, la intención del legislador comunitario fue la de escoger un término neutro “no vincular” renunciando a hacer referencia a alguna de las múltiples formas de ineficacia contractual que se conocen en los distintos ordenamientos nacionales (nulidad, anulabilidad, inexistencia, rescisión, resolución, inoponibilidad...).

En consecuencia, una limitación en el tiempo los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, como la declarada por la Jurisprudencia española, impidiendo la restitución de las cantidades indebidamente cobradas hasta 9 de mayo de 2013, implica admitir efectos vinculantes para el consumidor de las cláusulas suelo declaradas abusivas durante un periodo de tiempo, en contra del art. 6.1 de la directiva 13/1993.

Realiza, por lo tanto, el TJUE una interpretación estricta, sin excepciones, de la consecuencia de la no vinculación de las cláusulas declaradas abusivas del art. 6.1 de la directiva 13/1993, en la misma línea que la precedente STJUE 14 junio 2012 (Asunto C/618-10, Banesto v Calderón), que consideró contraria al art. 6.1 de la directiva 13/1993 una norma nacional que atribuía al juzgador la facultad de moderar el contenido de una cláusula declarada abusiva – en concreto el art. 83 TR-LGDCU en su redacción primitiva- por suponer esta moderación una forma de admitir en cierta medida el carácter vinculante de la cláusula declarada abusiva.

Con contundencia, en ese mismo asunto Banesto vs Calderón, la Abogada General Trstenjak había dispuesto en sus Conclusiones de 12 de febrero de 2012 que *“Esta disposición (el ar. 6.1 de la directiva 13/1993) es, en el ámbito al que se extiende, imperativa para los Estados miembros, de modo que no se admiten excepciones. Conforme a su finalidad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe llevar, también al ser transpuesto, a la consecuencia jurídica, imperativa e ineludible por vía contractual, del carácter no vinculante (apartado 84)”*.

Esta interpretación estricta de la expresión “no vincularán” del art. 6.1 de la directiva 13/1993 entronca con el objetivo de la directiva 13/1993, expresado en su art. 7.1, que es el cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos entre profesionales y consumidores, lo que requiere que las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de una cláusula tengan un efecto disuasorio de su empleo por los profesionales. La STJUE 21 diciembre 2016 – de manera coherente también en este punto con la doctrina de la precedente STJUE la 14 junio 2012- hace énfasis en que la admisión de cualquier efecto vinculante de las cláusulas declaradas abusivas podría poner en cuestión el efecto disuasorio en el empleo de cláusulas abusivas que persigue el artículo 6.1 de la directiva 13/1993, en relación con su artículo 7.1. Efectivamente, la admisión de una nulidad sin plenos efectos restitutorios, lejos de disuadir la inclusión de cláusulas abusivas en sus contratos, podría ser un incentivo para los profesionales

para lo contrario, puesto que podrían esperar que si una cláusula incluida en sus contratos fuera declarada abusiva por una resolución judicial, al menos habría producido el efecto querido por el profesional hasta ese momento.

La STJUE 21 diciembre 2016 enmienda en este punto las Conclusiones del Abogado General Mengozzi de 13 de julio de 2016, para quien, pese a la restricción de los efectos retroactivos de las cláusula suelo, el efecto disuasorio de la directiva quedaría plenamente garantizado, ya que todo profesional que con posterioridad al 9 de mayo de 2013 introdujera tales cláusula en sus contratos –de manera no transparente, habría que añadir- sería condenado a eliminarlas y a devolver las cantidades abonadas en virtud de las mismas y en consecuencia el comportamiento de los profesionales se vería necesariamente modificado a partir del 9 de mayo de 2013. La STJUE 21 diciembre 2016 pone de manifiesto que el efecto disuasorio de la no vinculación de las cláusulas declaradas abusivas ha de concebirse con carácter general: ningún profesional puede esperar que una cláusula abusiva incluida en su contrato produzca ningún efecto y no en un sentido puramente particular, como lo hacía el Abogado General en las Conclusiones de 13 de julio de 2016, circunscrito a evitar el empleo de la misma cláusula declarada abusiva por otros profesionales distintos en el mismo tipo de contratos.

2.2. El alcance de la remisión a los ordenamientos nacionales del art. 6.1 de la directiva 13/1993

La STJUE 21 diciembre 2016 aclara cuál es el alcance de la remisión que efectúa el art. 6.1 de la directiva a la autonomía nacional de los estados cuando prevé que establezcan que las cláusulas declaradas abusivas no vinculen a los consumidores “*en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales*”. Un aspecto fundamental en la resolución de esta cuestión prejudicial era si esa remisión a los derechos nacionales podía amparar la libertad de los estados para establecer un régimen de no vinculación de las cláusulas abusivas que admitiese la limitación en el tiempo de sus efectos.

Las Conclusiones del Abogado General Mengozzi de 13 de julio de 2016 daban una respuesta afirmativa a esta cuestión, con el argumento de que en caso contrario, esto es, si debiera interpretarse que el art. 6.1 de la directiva 13/1993 imponía a los Estados miembros que ante una cláusula declarada abusiva el juez nacional debía reconocer siempre un derecho a una “*restitutio ad integrum*”, quedaría privada de todo efecto útil esta remisión expresa a los derechos nacionales contenida en el artículo 6.1 de la directiva (apartado 64 de las Conclusiones).

Sintéticamente, el “*iter*” argumental de las Conclusiones del Abogado General Mengozzi de 13 de julio de 2016 comenzaba por afirmar que la limitación en el tiempo por un órgano judicial nacional de los efectos de la declaración de una cláusula abusiva estaba amparada por la autonomía de los estados a la que hace remisión el art. 6.1 de la directiva 13/1993, para a continuación someter

dicha jurisprudencia de la STS 9 mayo 2013 al filtro de los principios de equivalencia y efectividad que condicionan la autonomía procesal de los estados y concluir que la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de una cláusula suelo no contravenía el referido principio de efectividad, dado el carácter excepcional de esta doctrina, justificada en el caso concreto de las cláusulas suelo por las repercusiones macroeconómicas que la restitución de las entidades indebidamente cobradas tendría sobre el sistema bancario español (apartado 74). Además, consideró, de manera ciertamente sorprendente, que el reequilibrio de las prestaciones no requeriría necesariamente la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo, porque el consumidor afectado por tal cláusula podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato y porque la aplicación de la cláusula no había tenido como consecuencia una modificación sustancial del importe de las mensualidades debidas por los consumidores (apartado 73).

Sin embargo, la STJUE 21 diciembre 2016 (apartado 66), limita el alcance de la remisión a la autonomía nacional de los estados miembros del art. 6.1 de la directiva 13/1993 a *“las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración”*. Es decir, la autonomía de los estados miembros a la que se refiere el art. 6.1 de la directiva 13/1993 lo es solamente en cuanto al régimen procesal que determina las condiciones de ejercicio y ejecución de la declaración de no vinculación –con el límite que a esta autonomía procesal marcan los principios comunitarios de efectividad y equivalencia– pero no lo es en absoluto para establecer excepciones sustanciales del derecho del consumidor a no estar vinculado por una cláusula abusiva (apartado 71).

Ciertamente, en contra de lo que dispuso el Abogado General Mengozzi, la remisión del art. 6.1 de la directiva 13/1993 a los ordenamientos nacionales tiene pleno sentido para que los estados determinen con arreglo a sus distintos regímenes de ineficacia (nulidad de pleno derecho, anulabilidad, nulidad relativa, inoponibilidad, etc.) diversos aspectos del régimen de la no vinculación de las cláusulas abusivas, como la posible competencia de una autoridad administrativa para declarar abusiva una cláusula, el plazo de prescripción o la legitimación procesal, entre otras cuestiones. Pero esta delegación no puede habilitar a los ordenamientos nacionales para establecer excepciones al principio nuclear del art. 6.1 de la directiva 13/1993 de la no vinculación de las cláusulas declaradas abusivas.

2.3. El respeto al efecto de cosa juzgada como límite de la protección de los consumidores

La STJUE 21 diciembre 2016 (Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) en su apartado 68, que con cita de la STJUE 6 de octubre de 2009 (Asunto Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 37), recuerda que la protección del consumidor no es absoluta y 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 contenida en la directiva 13/93.

Es decir, en la pugna entre la tutela de un consumidor que se ha visto perjudicado por una decisión judicial firme que ha aplicado incorrectamente el derecho comunitario, puesta de manifiesto esta incorrección de manera incontrovertida por una posterior resolución del TJUE, y el respeto al principio de seguridad jurídica en el que está fundado el instituto de la cosa juzgada negativa, el mismo TJUE señala que no es contraria a derecho comunitario la segunda opción.

2.4. Los silencios implícitos de la STJUE 21 diciembre 2016: declarada abusiva una cláusula son irrelevantes en orden a la determinación de sus consecuencias los trastornos al orden público económico y la buena fe del círculo de interesados

La STJUE 21 diciembre 2016 es meridianamente clara en la interpretación rigurosa que hace de la exigencia de no vinculación de las cláusulas declaradas abusivas del art. 6.1 de la directiva 13/1993. Pero además esta Sentencia resulta sumamente elocuente en sus silencios, por cuanto que ni tan siquiera se pronuncia sobre la eventual relevancia que en la limitación de los efectos de la declaración de una cláusula abusiva pudiera tener tanto la eventual buena fe de los profesionales que incluyeron cláusulas declaradas abusivas en sus contratos, como los graves trastornos al orden público económico de la condena a la restitución total de las cantidades indebidamente cobradas. No pronunciándose sobre estos aspectos, tan insistentemente esgrimidos tanto por la STS 9 mayo 2013 (Ar. 3088), como por la STS 25 marzo 2015 (Ar. 735), la STJUE 21 diciembre 2016 pone de manifiesto que resultan irrelevantes para justificar conforme al derecho comunitario una limitación temporal a la no vinculación de las cláusulas declaradas abusivas.

Queda claro entonces que la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE, expresada entre otras en la STUE 21 enero 2013 (asunto C-92/11, RWE Vertrieb AG vs Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV) y en la STJUE 3 junio 2010 (asunto C-2/09 Kalinchev), acerca de la posibilidad de limitar en el tiempo los efectos de sus propias sentencias, a fin de evitar que se cuestionen relaciones establecidas de buena fe al amparo de una normativa nacional considerada válida cuando exista además un riesgo de trastornos económicos graves, no puede ser invocada por un órgano judicial nacional para limitar en el tiempo los efectos de la declaración de una cláusula abusiva, como hizo la STS 9 mayo 2013 (Ar. 3088). Y es que existe una diferencia sustancial en la afectación al principio de seguridad jurídica de las sentencias que se dicten por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación de un precepto comunitario y de las sentencias dictadas por un órgano judicial nacional en la interpretación y aplicación del derecho nacional.

Las resoluciones del TJUE, al interpretar una disposición de derecho comunitario, tienen un efecto transformador del ordenamiento nacional sometido a contraste con la norma comunitaria objeto de interpretación (de manera análoga, salvando las distancias, a la transformación de la legalidad vigente que supone la declaración de inconstitucionalidad de una Ley) y la seguridad jurídica puede quedar comprometida si no se amparase, al menos en condiciones excepcionales (riesgo de graves repercusiones económicas), a quien realizó un negocio jurídico confiando en su propio ordenamiento nacional, frente a una decisión posterior del TJUE que al interpretar una norma comunitaria pudiera implicar una alteración de una norma nacional hasta ese momento en vigor. Así se desprende claramente de la STJUE 3 junio 2010 (C-2/09 Kalinchev) que considera que la solución adoptada por el Tribunal de Justicia con esa doctrina es una solución excepcional para el caso de que exista un *“riesgo de repercusiones económicas graves debidas al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor”*.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto de una resolución del Tribunal Supremo español, que conforme a su función institucional, no crea, ni modifica el derecho, sino que solamente aplica e interpreta el derecho vigente. La STS 9 mayo 2013 (Ar. 3088) al declarar abusivas las cláusulas suelo no estaba alterando un marco legal hasta ese momento válido, con defraudación de la confianza legítima de las entidades financieras que adecuaron su conducta a dicho *“status quo”* legal anterior, sino aplicando e interpretando el derecho vigente para concluir que las cláusulas suelo eran abusivas en determinados supuestos en los que se habían incluido en los contratos de préstamo sin la debida información.

Por eso, la STJUE 21 diciembre 2016 aclara al respecto que solamente al propio Tribunal de Justicia de la UE le compete y no a los tribunales nacionales decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (apartado 13, con cita de la STJUE de 2 de febrero de 1988; Asunto Barra, C-188/42).

3. Los efectos de la STJUE 21 diciembre 2016 sobre situaciones definitivamente resueltas

3.1. La STJUE 21 diciembre 2016 y las situaciones ya resueltas mediante sentencia firme de condena a una restitución parcial

Como ya hemos dicho, la STJUE 21 diciembre 2016 dispone 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 contenida en la directiva 13/1993.

Sin embargo la STJUE 21 diciembre 2016 no dispone, porque no le compete hacerlo, como han de ser interpretadas las disposiciones procesales españolas sobre cosa juzgada y si conforme a las mismas un consumidor que ya hubiera obtenido en un procedimiento que resolviera una acción individual o colectiva una sentencia estimatoria que condene a la entidad demandada a una restitución meramente parcial de las cantidades indebidamente cobradas hasta 9 de mayo de 2013 puede solicitar una restitución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas con anterioridad a esa fecha. Esta cuestión dependerá de lo dispuesto en el art. 222 LEC sobre los requisitos de la cosa juzgada y en el art. 400 LEC sobre la preclusión de la facultad de alegar hechos, fundamentos y títulos jurídicos que pudieron haber sido aducidos con la primera demanda. En esta tarea resulta necesario distinguir los supuestos en los que la sentencia de condena a la restitución parcial desde 9 de mayo de 2013 hubiese sido dictada en un procedimiento individual y los supuestos en los que hubiese sido dictada en un procedimiento colectivo que resolviera una acción de cesación.

a) El efecto de cosa juzgada de las sentencias que han resuelto acciones individuales de nulidad

Las sentencias que hayan resuelto una acción individual de nulidad de cláusula suelo en las que el consumidor litigante hubiese obtenido una sentencia firme que sólo reconociera su derecho a obtener la restitución de las cantidades indebidamente cobradas desde 9 de mayo de 2013 producen un efecto de cosa juzgada que impide volver a plantear la cuestión de la restitución íntegra, pues entre el primer proceso y el segundo concurriría la triple identidad, de partes, objetiva y de "*causa petendi*" a la que se refiere el art. 222.1 LEC.

La STJUE 21 diciembre 2016, como hecho de nueva noticia, sólo podría alegarse en el momento procesal oportuno en el marco de procedimientos que todavía no hubiesen concluido mediante sentencia firme (arts. 286, 400.II, 426.4, 460.3 LEC), pero no es un hecho que admita la revisión de una sentencia firme, pues la revisión está circunscrita a los motivos previstos en el art. 510 LEC, entre los cuales no está un cambio de criterio jurisprudencial posterior, por más que este cambio en la interpretación de una norma proceda de una instancia judicial, como el Tribunal Justicia de la UE, cuyas resoluciones al juzgar el derecho vigente tengan un efecto transformador del mismo, del mismo modo que tampoco un cambio legal admite la revisión de lo que ya hubiera sido juzgado mediante sentencia firme.

Más dudosa es la cuestión de si seguirá existiendo una identidad de la causa de pedir entre ambos procesos si en una segunda demanda la restitución íntegra de lo indebidamente cobrado no estuviera fundada en la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, sino en una acción de responsabilidad por daños y perjuicios ex art. 1.101 CC

por incumplimiento de la entidad financiera demandada de obligaciones precontractuales de información. El sustrato fáctico de ambos procesos sería sustancialmente idéntico y en el segundo proceso la pretensión sería una condena dineraria ya solicitada y parcialmente desestimada en el primero, pero entre ambos habría una alteración del título jurídico en virtud del cual se fundamenta la pretensión: nulidad de cláusulas abusivas ex art. 82 TR-LGDCU y consiguiente restitución ex art. 1.303 CC en el primer caso y responsabilidad contractual ex art. 1101 CC en el segundo. Es dudoso si en este caso existe entre ambos procedimientos la identidad objetiva del art. 222.1 LEC o si por el contrario, el cambio del título jurídico en el que se fundamenta la pretensión implica que el objeto de ambos procedimientos sea diferente, lo que depende de la posición doctrinal que se adopte acerca del alcance del objeto del proceso, según se siga la teoría de la sustanciación o de la individualización. Sin embargo, la cuestión parece más clara si se observa desde la perspectiva de la preclusión. La preclusión de alegación en un momento posterior a la demanda del primer proceso de hechos, fundamentos y títulos jurídicos del art. 400.1 LEC parece cercenar la posibilidad de solicitar de nuevo la restitución íntegra, aunque sea con fundamento en la responsabilidad contractual, pues el apartado 2 del mismo precepto, extiende el efecto de cosa juzgada a los hechos y los fundamentos jurídicos que pudieron alegarse en un procedimiento anterior, aunque no se alegaran, y en ese primer procedimiento ya se pudo haber invocado la restitución íntegra, no sólo con fundamento en el carácter abusivo de la cláusula, sino también, de manera alternativa o subsidiaria, con fundamento en el art. 1.101 CC.

Otro enfoque distinto puede tener la cuestión si en la demanda rectora del primer procedimiento el demandante se hubiese limitado a solicitar la declaración de nulidad de la cláusula suelo y no hubiese pedido la restitución de las cantidades indebidamente cobradas. Es claro que en ese supuesto no existe la identidad objetiva entre ambos procesos requerida por el art. 222.1 LEC, por cuanto que lo que se pide en el segundo procedimiento –la restitución de las cantidades indebidamente cobradas– no se pidió en el primero y la petición de restitución ex art. 1.303 es autónoma respecto de la petición de nulidad. Además tampoco podría oponerse a esta segunda demanda la preclusión del art. 400 LEC, puesto que tal y como ha manifestado la STS 9 enero 2013 (Ar. 1.261, Sala 1ª, MP.: Xiol Ríos) la preclusión lo es sólo respecto de hechos, fundamentos y títulos jurídicos no alegados, pero no lo es en relación a peticiones que pudieron haberse formulado y no se formularon en la primera demanda, sin que el referido precepto imponga al actor agotar en un solo procedimiento todas y cada una de las peticiones que pudieran derivarse de la misma “*causa petendi*”.

b) El efecto de cosa juzgada de las sentencias firmes que han resuelto acciones colectivas de cesación

Las STS 9 mayo de 2013 (Ar. 3088), STS 24 marzo 2015 (Ar. 845, Sala 1ª, Pleno, MP.: Marín Castán) y STS 23 diciembre 2015 (Ar. 5714, Sala 1ª, Pleno, MP.: Vela Torres) resolviendo acciones de cesación planteadas por asociaciones de consumidores y

usuarios, declararon la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en todos los contratos de préstamo hipotecario suscritos por las entidades demandadas con consumidores, limitando los efectos restitutorios de la nulidad a 9 de mayo de 2013. La cuestión entonces es si estas sentencias producen un efecto de cosa juzgada negativa que impida a los consumidores que concertaron préstamos hipotecarios con las entidades condenadas plantear demandas individuales en las que reclamen la restitución íntegra de lo indebidamente pagado.

La STS 25 marzo 2015 (Ar. 735) negó que el pronunciamiento relativo a la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo de la STS 9 mayo 2013 produjera un efecto de cosa juzgada negativa para todos los prestatarios consumidores que hubieran concertados préstamos hipotecarios con la entidad recurrente que había sido condenada por la referida sentencia que impidiera que mediante el ejercicio de acciones individuales estos pudiesen reclamar una restitución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas no limitadas a 9 de mayo de 2013. La razón fue que en el caso concreto de la STS 9 mayo 2013 (Ar. 3088), el pronunciamiento sobre la restitución fue incongruente puesto que en la demanda la asociación de consumidores y usuarios actora no había acumulado a la acción de cesación como pretensión accesoría la de devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo como requería el art. 53.III TR-LGDCU y el art. 12.2.II LCGC. Por lo tanto, la restitución de las cantidades indebidamente cobradas no formaba parte del objeto de aquel procedimiento sobre el que se extendiera el efecto de cosa juzgada negativa conforme art. 222.1 LEC. Este pronunciamiento de la STS 25 marzo 2015 (Ar. 735) podría ser extensivo a las demás sentencias firmes que resolvieran acciones de cesación condenando a las entidades demandadas a una restitución limitada a 9 de mayo de 2013, en la medida en que en la demanda que dio origen a aquellos procedimientos no se hubiera acumulado a la acción de cesación una acción de resarcimiento.

Sin embargo, estas sentencias firmes en las que se han resuelto acciones colectivas de cesación de cláusulas suelo sí que producen un efecto de cosa juzgada positiva respecto de la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas suelo contenidas en todos los contratos de préstamo concertados por consumidores con las entidades demandadas (art. 222.4 LEC), por lo que los jueces que resuelvan acciones individuales posteriores están vinculados por aquella declaración de nulidad, sin poder reabrir el debate al respecto, por más que las sentencias que resolvieron aquellas acciones de cesación de cláusulas suelo hubieran cometido el exceso de declararlas nulas en todos los casos, sin atender a las circunstancias de cada caso concreto.

3.2. La STJUE 21 diciembre 2016 y la renuncia voluntaria a la acción de nulidad

Con anterioridad a la STJUE 21 diciembre 2016 (Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) muchos consumidores afectados por una cláusula suelo concertaron acuerdos con las entidades prestamistas por los cuales renunciaban al

ejercicio de acciones judiciales de nulidad de la cláusula y de restitución de las cantidades indebidamente cobradas, a cambio de una novación a la baja de la misma o de su eliminación, ya fuera inmediata o transcurrido un lapso de tiempo.

No existe ninguna razón por la que con carácter general pueda considerarse que el pacto de renuncia al ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula suelo y a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la misma sea intrínsecamente nulo en todos los casos. No se trata de una renuncia impuesta, sino que constituye el objeto principal de un contrato de transacción y en cuanto tal ha sido libremente consentida.

El propio Tribunal de Justicia de la UE ha admitido el carácter disponible para el consumidor del derecho a no estar vinculado por una cláusula abusiva (art. 6.1 de la directiva 13/1993) en la STJUE 14 abril 2016 (Asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, Sales Sinués vs Caixabank y Drame Ba vs Catalunya Banc, apartado 25), según la cual, *“el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C472/11, EU:C:2013:88, apartado 35)”*.

Además, el art. 10 TR-LGDCU solamente prohíbe la renuncia *previa* de los derechos reconocidos al consumidor por el TR-LGDCU, esto es, la que resulta impuesta por el empresario en el momento de la conclusión del contrato, antes de que haya nacido un derecho que el consumidor todavía no tiene, pero que podría llegar a adquirir durante el transcurso de la relación contractual. Sin embargo, dicho precepto no prohíbe la renuncia por el consumidor al ejercicio de un derecho una vez que ya lo haya adquirido. Esto es, en el caso concreto de la nulidad de cláusulas abusivas, el referido art. 10 TR-LGDCU no prohíbe la renuncia al ejercicio de la acción de nulidad después de haber sido realizado el contrato y de materializarse el perjuicio que la cláusula representa para el consumidor. Lo contrario sería tanto como negar al consumidor capacidad para llegar a acuerdos transaccionales sobre el ejercicio de sus propios derechos.

La renuncia al ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula suelo normalmente se enmarca en un contrato de transacción, respecto del que existe una cierta resistencia a su impugnación, no sólo por el principio *“pacta sunt servanda”* (art. 1.091 CC), sino además porque según dispone el art. 1.816 CC el acuerdo transaccional produce un efecto de cosa juzgada. Ello no impide, pues así lo prevé expresamente el art. 1.817 CC que el contrato transaccional pueda ser impugnado por vicio del consentimiento, si bien de acuerdo con la naturaleza del contrato de transacción que es poner fin a una situación incierta, es común admitir que, en el caso concreto del error vicio, este error no puede recaer sobre la misma cuestión controvertida que es objeto de transacción,

sino sobre las premisas del acuerdo transaccional que fueron tenidas por ciertas por ambas partes. Siendo todo esto así, puede considerarse como un error sobre las premisas del acuerdo transaccional el desconocimiento por el consumidor en el momento de la renuncia de la pendencia de una cuestión prejudicial ante el TJUE que podría suponer el reconocimiento del derecho a la restitución íntegra de las cantidades pagadas en virtud de la cláusula suelo. En cualquier caso, este error tendría que ser excusable dependiendo el juicio de excusabilidad de las circunstancias subjetivas del prestatario y de la omisión de la información por parte de la entidad financiera sobre la pendencia de la referida cuestión prejudicial ante el TJUE, sobre todo si se logra acreditar que la iniciativa en la firma del acuerdo transaccional partió de la entidad financiera, en cuyo caso su actitud silente sobre esa circunstancia podría rallar el dolo omisivo.

Por otra parte, la renuncia al ejercicio de una acción judicial ha de ser clara, contundente e inequívoca, como recientemente ha recordado la STS 12 febrero 2016 (Ar. 242, Sala 1ª, MP.: Orduña Moreno). En consecuencia, la renuncia a la acción de nulidad no puede presumirse de un mero acuerdo en el que haya habido una novación de tal cláusula, pues esta novación podría tener una causa distinta a la renuncia transaccional al ejercicio de la acción de nulidad. De la misma manera podría impugnarse por falta de transparencia una renuncia incluida sorpresivamente en un acuerdo que tuviera una causa distinta a la transacción, por ejemplo, en una refinanciación, habiendo pasado inadvertida tal renuncia al consumidor.