

Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?

Josep Maria Bech Serrat

Profesor Titular de Derecho civil
Universitat de Girona

*Abstract**

Las cláusulas suelo declaradas abusivas deben ser consideradas, en principio, como si nunca hubieran existido, de modo que no pueden producir efectos en el consumidor. El TJUE ha sostenido en el caso Gutiérrez Naranjo que limitar temporalmente los efectos que produce la declaración de nulidad es incompatible con los Artículos 6 y 7 de la Directiva de cláusulas abusivas. Sin embargo, el principio de la cosa juzgada continúa regulándose en un plano interno de cada Estado miembro y, por tanto, la sentencia podría quedar en papel mojado para aquellos consumidores que obtuvieron sentencias firmes con anterioridad. Este artículo examina la jurisprudencia de la Unión Europea elaborada en torno al test de efectividad a que queda sometida la autonomía procesal y explora si hay margen para una revisión judicial. En casos anteriores el propósito protector de aquellos Artículos 6 y 7 ha llevado a exigir a los tribunales nacionales una evaluación de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Ahora ha llegado el momento de plantearnos si cabe establecer una excepción a la res judicata con el fin de devolver al consumidor a la situación en que se habría encontrado de no existir la cláusula suelo. Lejos de confiar en el derecho nacional, mantenemos que la regla de la cosa juzgada debe ser ponderada en el marco de una aproximación contextual, atendiendo al comportamiento del consumidor y el efecto útil de la Directiva de cláusulas abusivas. Más allá de la línea Rewe/Comet sobre autonomía procesal, también se examinan las implicaciones que podrán tener los requisitos resultantes del estándar de la protección judicial efectiva, regulado en el Artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en la aplicación de la regla española de la cosa juzgada a las cláusulas suelo.

Floor clauses held to be unfair must be regarded, in principle, as never having existed, so that it cannot have any effect on the consumer. Temporal limitation of the effects of the declaration of invalidity of these clauses was regarded as incompatible with Articles 6 and 7 of the Unfair Contract Terms Directive by the CJEU in Gutiérrez Naranjo. However, the res judicata rule is principally left to the realm of the Member States' and, therefore, the decision might not be worth the paper it is written on for those consumers who already had a final judicial decision. This article examines the European Union jurisprudence on the effectiveness test the procedural autonomy is subject to with the aim of exploring whether there is room for a revision of those procedures conferring finality on a judicial decision. In previous cases the protective purpose of those Articles 6 and 7 required national courts to assess of its own motion whether a contractual term is unfair. Now time has come to wonder whether an exception to res judicata rule should be made so as to restore the consumer to a situation that he would have been in if the floor clause had not existed. Far from relying on national law, it is argued that the res judicata rule have to be balanced with a contextual approach, meaning that the role of the consumer's behaviour and the effet utile of the Unfair Contract Terms Directive are to be taken into consideration. Beyond the procedural autonomy line as settled in Rewe/Comet, it also examines the implications of the requirements stemming from standard of effective judicial protection under Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) on the application of the Spanish res judicata rule to floor clauses.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto "Grup de dret privat comparat: fonaments i anàlisi" (Ref. 2014 SGR 0018), financiado por la Generalitat de Catalunya, cuyo investigador principal es el prof. Miquel Martín-Casals.

Palabras clave: Cláusulas suelo, cosa juzgada, principio de efectividad, derecho a una tutela judicial efectiva

Title: Floor clauses and procedural autonomy in the European Union: why not making an exception to the res judicata rule?

Keywords: Floor clauses, res judicata, principle of effectiveness, right to an effective remedy before a tribunal

Sumario

1. Introducción

2. Autonomía procesal de España al aplicar la cosa juzgada a decisiones sobre cláusulas suelo

2.1. Siguiendo la línea *Rewe/Comet*

2.2. Cosa juzgada: una ponderación desde el derecho español. Crítica

3. Evolución de la jurisprudencia del TJUE sobre la cosa juzgada

3.1. El caso *Kapferer*: el tribunal nacional debe estar legitimado bajo el ordenamiento del Estado miembro para reabrir una decisión firme

3.2. Revisión de sentencias firmes con el fin de preservar la competencia de la Comisión sobre ayudas de Estado

a. El caso *Lucchini*

b. El caso *Klausner Holz Niedersachsen*

3.3. El caso *Asturcom*

a. El principio de efectividad: una aproximación contextual que pone en valor la actuación procesal del consumidor

b. El principio de equivalencia y la función compensatoria del Derecho procesal civil

3.4. El principio de efectividad se impone a la cosa juzgada mediante un control de oficio de las cláusulas abusivas. La necesidad de proteger a los consumidores.

a. El caso *Soledad Duarte*

b. El caso *Banco Primus*

4. Los requisitos de una tutela judicial efectiva (Art. 47 CDFUE) se exigen además de los “principios Rewe”

5. Conclusiones

6. Tabla de jurisprudencia citada

7. Bibliografía

1. Introducción

Una gran tormenta se ha producido en España en torno a las cláusulas suelo de los préstamos con garantía hipotecaria concluidos con consumidores, las cuales prevén que, si el interés desciende por debajo de un cierto límite definido en el acuerdo, el consumidor deberá continuar abonando el interés equivalente a dicho límite, sin que pueda beneficiarse de un tipo inferior.

Mediante sentencia de 9 de mayo de 2013¹ y con respecto a una acción colectiva de cesación interpuesta por una asociación frente a distintas entidades de crédito, el Tribunal Supremo declaró abusivas las cláusulas suelo, dado que los consumidores no habían sido informados adecuadamente sobre la carga económica y jurídica que el contrato iba a conllevar para ellos. Sin embargo, el Alto Tribunal decidió limitar los efectos de la declaración de invalidez de las cláusulas, de modo que solamente fueran restituidos los intereses abonados indebidamente desde la fecha de la resolución mencionada. El mismo criterio fue seguido en sentencias posteriores de 25 de marzo y 29 de abril de 2015, ambas relativas a acciones individuales.² Y así, fue consolidándose una jurisprudencia nacional sobre el asunto, a pesar de la rebelión protagonizada por algunos Juzgados de primera instancia y Audiencias Provinciales.³ Entre tanto el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante plantearon una cuestión preliminar ante el TJUE y este órgano judicial mantuvo, mediante sentencia de 21 de diciembre de 2016, que la limitación temporal era incompatible con el apartado primero del Artículo 6 y el apartado primero del Artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE)⁴ (asunto *Gutiérrez Naranjo*). A juicio de la Corte de Luxemburgo, “procede considerar, en principio, que *una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor [...] [la cursiva es nuestra]*”.⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo ha sido modificada a partir del asunto

¹ STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar. 3088; MP: Rafael Gimeno Bayón Cobos).

² Limitaron la restitución a los intereses abonados en exceso desde 9 de mayo de 2013, las SSTS, 1ª, 25.3.2015 (Ar. 735; MP: Eduardo Baena Ruiz) y 29.4.2015 (Ar. 2042; MP: Rafael Saraza Jimena).

³ AGÜERO ORTIZ (2013), pp. 1-11.

⁴ DOCE nº L 95, 21.4.1993, pp. 29-34.

⁵ El TJUE declara que la declaración del carácter abusivo de la cláusula suelo “[...] debe tener como consecuencia, en principio, el *restablecimiento de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula*. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas *genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes*. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva [...] pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo [...]”. STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), §§ 61 y 63.

Gutiérrez Naranjo, mediante sentencia de 24 de febrero de 2017,⁶ de modo que desde esta fecha el Alto Tribunal español declara la plena retroactividad de la invalidez hasta el momento de celebración del contrato.

Un número considerable de consumidores han iniciado procesos judiciales contra entidades de crédito con el fin de obtener una restitución de los intereses abonados indebidamente, y está claro que el fenómeno moverá una cantidad importante de dinero. El impacto de la decisión será tal que el Gobierno español aprobó el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo⁷ en aras de facilitar la posibilidad de acuerdos extrajudiciales entre instituciones financieras y consumidores y evitar un colapso de los tribunales.

Este artículo no hará un análisis exhaustivo del caso *Gutiérrez Naranjo*. Estamos más interesados en estudiar la decisión solo desde la perspectiva de la cosa juzgada, un concepto que tradicionalmente viene formando parte de la autonomía institucional y de procedimiento de los Estados miembros de la Unión Europea, conocida también como autonomía procesal.

El efecto de cosa juzgada significa que un asunto decidido no puede ser objeto de un nuevo litigio. El Abogado General G LÉGER en el caso *Köbler*⁸ caracterizó la *res judicata pro veritate habetur* (la cosa juzgada se tiene por verdadera) señalando que este principio establecido por el Derecho romano se reconoce en todos los Estados miembros y en el ordenamiento jurídico comunitario. Conforme a la misma opinión, la cosa juzgada “significa que una decisión jurisdiccional –por la que se ha resuelto un litigio– no puede volver a cuestionarse, salvo mediante la interposición de los recursos previstos por la ley”. Además, añade el Abogado General, “de ello se deriva que dicha decisión (definitiva) ya no puede ponerse en entredicho, en caso de agotamiento de los recursos, mediante la sustanciación de un mismo procedimiento [...]”.

En ausencia de reglas en el derecho de la Unión Europea, se aplica el principio de autonomía procesal de modo que el derecho nacional designa los tribunales que tienen jurisdicción y determina las reglas de procedimiento de las acciones para salvaguardar los derechos que corresponden a los sujetos conforme al derecho de la Unión Europea. En ese contexto, el cumplimiento de este ordenamiento parece depender de cómo los Estados diseñan su derecho procesal. Sin embargo, la Corte de Luxemburgo también ha dejado claro que la autonomía procesal se encuentra limitada por los principios de efectividad y

⁶ STS, 1.ª, 24.2.2017 (Ar. 602, MP: Pedro José Vela Torres). Hace una breve valoración de la sentencia, ÁLVAREZ OLALLA (2017), pp. 1-8.

⁷ BOE nº 18, 21.1.2017.

⁸ STJUE, 30.9.2003 (C-224/01, *Köbler*), § 96.

equivalencia.⁹ Estos principios han llevado al mismo Tribunal a intervenir en procedimientos civiles nacionales y, de hecho, algunas decisiones relevantes contrastan la necesidad de dar cumplimiento a las normas de la Unión Europea con los efectos de cosa juzgada producidos por las sentencias.¹⁰

En el momento de escribir este artículo no está nada claro que los consumidores puedan obtener una restitución de aquellos intereses pagados indebidamente desde la conclusión del contrato de préstamo y hasta 9 de mayo de 2013, fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo, cuando la limitación temporal de los efectos de la invalidez de las cláusulas suelo fue discutida y ha sido objeto de una resolución judicial firme.¹¹ ¿Los consumidores que cuentan con resoluciones judiciales firmes denegando una tal restitución simplemente deberán lamentarse de su mala suerte?¹² Tras el severo recorte de que ha sido objeto la autonomía procesal de los Estados miembros en el ámbito de la revisión *ex officio* del carácter abusivo de una cláusula en contratos B2C por parte de tribunales domésticos,¹³ nosotros exploraremos la posibilidad de establecer una excepción al principio de cosa juzgada en las cláusulas suelo a la luz del derecho de la Unión Europea.

Vamos a proceder del siguiente modo: el apartado 2 analizará la autonomía procesal española en los términos en que recientemente ha sido concebida con respecto a la aplicación de la cosa juzgada a los casos de cláusulas suelo. El apartado 3 hará hincapié en la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo que pondera la cosa juzgada al hacer el denominado test de efectividad. Excluir al consumidor de la posibilidad de ser restituido de aquellos intereses que ha abonado en exceso antes del día 9 de mayo de 2013 debido a que se da preferencia al principio de la cosa juzgada conllevará, al fin y al cabo, reconocer unos efectos vinculantes a las cláusulas suelo durante un cierto intervalo de tiempo, contrariamente a lo contemplado por el Artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. De ahí que la estructura del test de efectividad del derecho de la Unión Europea merecerá nuestra plena atención, toda vez que una norma procesal española significa una limitación a la hora de efectuar una reclamación con base en aquel ordenamiento. A continuación dedicaremos

⁹ El término “autonomía procesal” ha sido considerado engañoso por cuanto lleva implícita una inmunidad de los ordenamientos nacionales con respecto al derecho de la Unión Europea, si bien ha sido empleado regularmente por la Corte de Luxemburgo. EBERS (2010), p. 825.

¹⁰ Con anterioridad a la STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), nos encontramos con la STJUE, 1ª, 16.3.2006 (C-234/04, *Kapferer*), la STJUE, Gran Sala, 18.7.2007 (C-119/05, *Lucchini*), la STJUE, 2ª, 11.11.2005 (C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*), la STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), la STJUE, 1ª, 3.10.2013 (C-32/12, *Soledad Duarte*) y la STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*).

¹¹ Fuera del ámbito de la cosa juzgada, el Tribunal de Justicia reconoce que la prescripción de una acción podrá constituir una excepción a la devolución íntegra de las cantidades indebidas; y declara que solamente él puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que este mismo órgano judicial haya hecho de una norma del Derecho de la Unión. STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), §§ 69 y 70.

¹² Respondiendo afirmativamente, PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2017), pp. 4-5.

¹³ MICKLITZ/REICH (2014), p. 784.

el apartado 4 al importante papel que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como los tribunales nacionales están llamados a desempeñar cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, a la luz del derecho a tutela judicial efectiva del Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000. Por último, el apartado 5 contiene algunas conclusiones.

2. Autonomía procesal de España al aplicar la cosa juzgada a decisiones sobre cláusulas suelo

2.1. Siguiendo la línea Rewe/Comet

Los tribunales españoles están obligados a actuar como tribunales de la Unión Europea en cualquier disputa que se gobierne por normas de la Unión (Art. 4 TUE), si bien estas últimas no contemplan un marco procedimental exhaustivo para el cumplimiento de ese deber. Con vistas a resolver esta laguna la Corte de Luxemburgo ha desarrollado el concepto de autonomía procesal de los Estados miembros.¹⁴

El legislador comunitario siempre se ha mantenido en un segundo plano por lo que se refiere a la protección judicial efectiva de los sujetos. Sin embargo, el TJCE se dio cuenta desde un primer momento que la autonomía institucional y procedimental de los Estados se encuentra potencialmente en conflicto con el efecto práctico (*effet utile*) y la aplicación efectiva del derecho comunitario.¹⁵ La Corte de Luxemburgo desarrolló entonces el principio de protección judicial efectiva con el objeto de garantizar la protección de aquellos derechos de los sujetos basados en el derecho de la Unión directamente aplicable (Art. 4.3 TUE y Arts. 6 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos). Un cumplimiento uniforme de las normas y una tutela judicial efectiva pasarán a ser principios claves y exigibles a los Estados miembros para asegurar un derecho de la Unión Europea efectivo.¹⁶

El TJUE ha desarrollado dos líneas jurisprudenciales a la hora de evaluar la legalidad del derecho procesal nacional desde la perspectiva de la Unión: en primer lugar, la línea *Rewe/Comet*, un punto de vista tradicional en el que se introduce el concepto de autonomía y, en segundo lugar, la línea *Simmenthal*, fundamentada principalmente en el principio de primacía del derecho de la Unión Europea para dar lugar a una aproximación muy progresista que pretende reforzar la plena efectividad de este ordenamiento.

¹⁴ TRSTENJAK/BEYSEN (2011), pp. 96-99.

¹⁵ En adelante emplearemos las denominaciones actuales de legislador de la Unión Europea, TJUE o Corte de Luxemburgo y derecho de la Unión Europea o derecho de la Unión.

¹⁶ REICH (2014), pp. 342-343.

En lo que respecta a la primera línea, en el caso *Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral*¹⁷ el TJUE mantuvo que, en ausencia de reglas de la Unión Europea sobre la materia, los derechos conferidos por este ordenamiento deben hacerse efectivos ante los tribunales nacionales de conformidad con las condiciones establecidas por el derecho de cada Estado, entendiendo que las condiciones a las que queda sujeta una acción no pueden ser menos favorables que aquellas relativas a acciones similares de carácter doméstico (principio de equivalencia). Esta posición sería distinta únicamente si las condiciones emanadas de las normas estatales hicieran imposible en la práctica ejercer los derechos que se basan o derivan del derecho de la Unión (principio de efectividad).¹⁸ Según la opinión mayoritaria de la doctrina científica, el deber de los tribunales nacionales a emplear su derecho procesal dentro de los límites trazados por estos principios (“principios Rewe”) puede ser analizado como una expresión práctica de los principios de primacía y efecto directo del derecho de la Unión Europea.¹⁹

Desde el caso *Rewe* (1976), el Tribunal ha hecho hincapié extensamente en su fórmula estándar²⁰ y las decisiones se han basado fuertemente en el respeto a la autonomía procesal nacional. El recurso a los “principios Rewe” ha sido constante a la hora de fijar las directrices de actuación de los tribunales estatales. El principal foco de los primeros juicios fue sobre la efectividad del derecho de la Unión y la obligación de lealtad de los Estados miembros hacia la Unión, en los términos expresados en el Artículo 4.3 TUE (antes, Artículo 10 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en adelante TCE).²¹ En principio corresponde a los tribunales domésticos establecer si las normas nacionales de procedimiento salvaguardan debidamente los derechos de los sujetos previstos en las normas europeas; y, asimismo, estos tribunales actúan como garantes del cumplimiento de los “principios Rewe”. En esta primera fase de desarrollo de la jurisprudencia, el TJUE no fue tan lejos como para imponer sanciones a los tribunales nacionales, ni ordenar remedios en aras de facilitar una tutela judicial efectiva.²² Como acertadamente puntualizó el Abogado General LÉGER,

“[I]os órganos jurisdiccionales nacionales son los que están mejor situados para efectuar dicha apreciación, por cuanto implica un conocimiento relativamente preciso de las normas procesales internas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha tenido, por lo general, la precaución de efectuar algunas observaciones a este respecto para orientar a los órganos jurisdiccionales nacionales en la tarea de que se trata”.²³

¹⁷ STJUE, 16.12.1976 (C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral*).

¹⁸ *Ibidem*, §§ 5-6.

¹⁹ TRSTENJAK/BEYSEN (2011), pp. 96-99.

²⁰ STJUE, 16.12.1976 (C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral*), § 5. Véase, por ejemplo, STJUE, 16.12.1976 (C-45/76, *Comet*), §§ 5, 13 y 16, que centra su atención en el principio de efectividad. En cuanto al principio de equivalencia, STJUE, 5ª, 10.7.1997 (C-261/95, *Palmisani*).

²¹ REICH (2014), p. 344.

²² *Ibidem*, p. 345.

²³ Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe LÉGER, presentadas el 8.4.2003, C-224/01, *Köbler*, § 98.

Pues bien, este fue el planteamiento adoptado en el caso *Gutiérrez Naranjo* al declarar 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”. La misma sentencia expresa que “el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta”; y, a juicio del TJUE, “el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada” (§ 68).

Esta decisión nada tiene que ver con la segunda línea jurisprudencial, a saber, la línea *Simmenthal*, también empleada por el TJUE para evaluar el derecho procesal nacional.

A este respecto, cabe destacar que el principio de supremacía acarrea distintos tipos de obligaciones. Una de ellas, quizá la más importante, es la obligación de los tribunales nacionales de poner a un lado el derecho nacional contradictorio. En *Simmenthal* el Tribunal estableció las obligaciones de los legisladores de los Estados y los tribunales nacionales, debido a la necesidad de garantizar la efectividad del derecho de la Unión Europea. Así, el juez nacional fue obligado a:

“[...] aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, [...] a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.²⁴

Aunque la efectividad del derecho de la Unión podría haberse convertido en el foco de interés, en este caso el TJUE sostuvo que las normas directamente aplicables obligaban a las autoridades, y en particular a los jueces competentes de los Estados miembros, a salvaguardar los intereses de un sujeto víctima de una eventual vulneración de una norma y a facilitarle una protección directa e inmediata.²⁵ El Tribunal consideró que el principio de supremacía hacía devenir inaplicable, automáticamente, cualquier norma de derecho nacional opuesta al derecho de la Unión.²⁶ En otras palabras, los tribunales nacionales, que deben aplicar el derecho de la Unión Europea en su integridad y proteger los derechos que son conferidos a los sujetos, estarían obligados a no aplicar la legislación doméstica contraria al derecho de la Unión.²⁷

La sentencia *Gutiérrez Naranjo* no planteó en ningún momento la posibilidad de no aplicar, con base en el principio de supremacía del derecho de la Unión Europea, el Artículo 207 de

²⁴ STJUE, 9.3.1978 (C-106/77, *Simmenthal II*), § 24.

²⁵ *Ibidem*, §§ 24, 21 y 23. REICH (2014), p. 345.

²⁶ *Ibidem*, §§ 17-18. Véase también § 5.

²⁷ *Ibidem*, §§ 20-21. Un mismo planteamiento defendió, por ejemplo, el Abogado General Sr. Philippe LÉGER en las conclusiones presentadas el 8.4.2003, C-224/01, *Köbler*.

la LEC regulador de la cosa juzgada, con el fin de hacer efectivo el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE.²⁸ Si el Tribunal hubiera considerado la norma inaplicable, los consumidores que cuentan con sentencias firmes ahora tendrían la posibilidad de obtener una restitución plena de los intereses abonados indebidamente bajo las cláusulas suelo declaradas nulas.

La adopción de la línea menos dinámica por parte del TJUE en *Gutiérrez Naranjo* no nos sorprende. La Corte de Luxemburgo tiene una cierta inclinación hacia la pusilanimidad en los casos en que la efectividad del derecho de la Unión es contrastada con la firmeza de resoluciones administrativas y judiciales,²⁹ lo cual se explicaría por el hecho que la regla de la *res judicata* hoy todavía permanece firmemente anclada en el derecho nacional.³⁰

Decisiones importantes del TJUE han tratado el tema de la cosa juzgada en relación a la responsabilidad del Estado³¹ y la revisión de resoluciones administrativas,³² arbitrales³³ y

²⁸ A pesar de ello SÁNCHEZ GARCÍA (2017), pp. 123-124, afirma que “para una aplicación adecuada dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno de los efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 [*Gutiérrez Naranjo*] [...] debemos acudir al principio de primacía del derecho comunitario, siguiendo la doctrina que sobre la materia ha fijado la Corte de Luxemburgo y la interpretación que respecto de dicho principio han hecho nuestro TS y TC”. Véase también SÁNCHEZ GARCÍA (2017a), p. 17.

²⁹ GROUSSOT/MINSSEN (2007), p. 393 y TULIBACKA (2009), pp. 1535-1540.

³⁰ Los factores en juego tienen que ver con derechos nacionales, culturas jurídicas y consideraciones de política. *Ibidem*, p. 1538. Por lo demás, en la STJUE, 9.3.1978 (C-106/77, *Simmmenthal II*), § 24 no se plantea ningún conflicto entre el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional.

³¹ STJUE, 30.9.2003 (C-224/01, *Köbler*), donde el Tribunal estableció la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en un caso en que el órgano judicial de última instancia, aplicando la doctrina del acto claro, vulnera el derecho de la Unión de un modo manifiesto.

³² STJUE, 13.1.2004 (C-453/00, *Kühne & Heitz*), § 28, donde el Tribunal concluye que el principio de cooperación que deriva del artículo 10 TCE obliga a un órgano administrativo a examinar de nuevo, a instancia de parte, una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del derecho de la Unión Europea efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia cuando: según el derecho nacional, dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución; la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia; dicha resolución está basada en una interpretación del derecho de la Unión que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea; la resolución se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 TCE, apartado 3; y, finalmente, el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.

³³ STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*).

judiciales³⁴ que han adquirido firmeza, y la línea *Rewe/Comet* hoy se halla firmemente admitida por lo que se refiere al asunto.³⁵ En definitiva, en estos momentos existe una jurisprudencia consolidada conforme a la que, en ausencia de derecho de la Unión Europea sobre la materia, los Estados pueden y deben establecer las normas procesales y condiciones que gobiernen las acciones interpuestas con el fin de garantizar los derechos de las normas de la Unión, asumido que los principios de efectividad y equivalencia son observados.

En cuanto a ello, a la luz del caso *Kapferer*³⁶ y —aunque no lo menciona— *Asturcom*,³⁷ como hemos señalado, la sentencia del asunto *Gutiérrez Naranjo* asume que un tribunal nacional podrá revisar una sentencia firme únicamente cuando así lo permita el ordenamiento del Estado miembro.³⁸

La ponderación para establecer una excepción a la cosa juzgada y, de ese modo, dar efectividad al derecho de la Unión Europea, no obstante, no será fácil. A este respecto, la nueva jurisprudencia del TJUE ha evolucionado de modo significativo en lo que respecta al test de efectividad: para aplicar los “principios Rewe” el Tribunal ha confirmado en decisiones sucesivas que, “[...] cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales”; y, conforme a esta línea interpretativa, “[...] procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento”.³⁹ El test, pues, pone énfasis en el contexto del derecho de cada país. La aproximación contextualizada ha sido aplicada regularmente por el TJUE al evaluar la autonomía procesal, aunque de un modo poco

³⁴ Además de la STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), véase STJUE, 1ª, 16.3.2006 (C-234/04, *Kapferer*), STJUE, Gran Sala, 18.7.2007 (C-119/05, *Lucchini*), STJUE, 2ª, 11.11.2005 (C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*), STJUE, 1ª, 3.10.2013 (C-32/12, *Soledad Duarte*) y STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*). A pesar de mantener una relación intrincada, la doctrina observa algunas diferencias en el trato que reciben las resoluciones administrativas con respecto a las judiciales. GROUSSOT/MINSSEN (2007), p. 399 y EBERS (2010), p. 838. Con todo, nosotros centramos la atención únicamente en la posibilidad de revisar sentencias firmes.

³⁵ Véase el concepto de autonomía procesal de los Estados miembros tal y como ha sido desarrollado por la STJUE, 16.12.1976 (C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral*). La línea *Rewe/Comet* ha sido confirmada en múltiples casos con respecto a distintos ámbitos del derecho de la Unión Europea. TRSTENJAK/BEYSEN (2011), p. 101.

³⁶ STJUE, 1ª, 16.3.2006 (C-234/04, *Kapferer*).

³⁷ STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), particularmente las conclusiones de la Comisión Europea de los §§ 48-52.

³⁸ STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), § 68.

³⁹ STJUE, 4ª, 18.3.2010 (C-317-320/08, *Alassini*), §§ 61-63. TRSTENJAK/BEYSEN (2011), pp. 101-103.

sistemático,⁴⁰ y el alcance de la cosa juzgada es todavía bastante ambiguo, en la medida que la jurisprudencia sobre el asunto se encuentra en un *statu nascendi* y parece presentar una notable complejidad.⁴¹

En todo caso, como expondremos a continuación, en el derecho español se ha dado prioridad a los efectos de cosa juzgada de las resoluciones adoptadas hasta el momento sobre cláusulas suelo y no se ha efectuado el test de efectividad con la debida ponderación.

2.2. Cosa juzgada: una ponderación desde el derecho español. Crítica

El principio de la cosa juzgada no es absoluto y debe ser ponderado con la legalidad de la Unión Europea.⁴² Negar al consumidor la restitución de aquellos intereses abonados indebidamente antes de 9 de mayo de 2013 significará un reconocimiento de los efectos vinculantes de la cláusula suelo durante un intervalo de tiempo a pesar de haber sido declarada nula por no ser transparente, y ser contraria a lo prescrito en el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE. Así las cosas, ¿la prevalencia del principio de la cosa juzgada deberá tener lugar a toda costa, a pesar de contravenir el derecho de la Unión Europea?

La discusión que ha tenido lugar en España en torno al caso *Gutiérrez Naranjo* no se ha centrado en la necesidad de llevar a cabo una ponderación del principio de la cosa juzgada. El asunto de la firmeza de las resoluciones adoptadas hasta el momento más bien ha sido tratado en línea con algunos dictados contenidos en la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo –curiosamente no reproducidos en el caso *Gutiérrez Naranjo*–, y que parecen localizar el asunto de la *res judicata* tanto en un ámbito europeo como nacional, conformando un típico ejemplo de enfoque reconciliatorio. Nos referimos aquí a unas sentencias que, en lugar de enmarcar la cuestión como un conflicto entre las exigencias de la Unión Europea y las de cada Estado miembro, crean una superposición, una ficción, como si existiera una única norma perteneciente a ambos ámbitos.⁴³ Se trata de unas decisiones que dan gran importancia a la cosa juzgada y expresan sin ambages que “con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos”.⁴⁴ Ese mismo planteamiento ha sido adoptado tanto por la jurisprudencia como la doctrina española en torno a las cláusulas suelo declaradas abusivas y, a nuestro juicio, explicaría que el principio de la cosa

⁴⁰ SCHEBESTA (2010), p. 860.

⁴¹ Sobre el alcance de la *res judicata* a la luz de la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, GROUSSOT/MINSSEN (2007), pp. 385-417.

⁴² *Ibidem*, pp. 385-386.

⁴³ SCHEBESTA (2010), pp. 861-862.

⁴⁴ STJUE, 1.6.1999 (C-126/97, *Eco Swiss*), §§ 46-47, STJUE, 30.9.2003 (C-224/01, *Köbler*), § 38 y STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), § 36. GROUSSOT/MINSSEN (2007), p. 388.

juzgada con respecto a resoluciones firmes en esa materia se haya ponderado tomando en consideración predominantemente el objetivo del principio y el derecho nacional, por encima de lo prescrito en el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE.

Asumimos aquí que la cosa juzgada deberá relacionarse estrechamente con el principio de seguridad jurídica. Ahora bien, en nuestra opinión la idea de que la imposibilidad de revisar sentencias firmes resulta fundamental para una buena administración de justicia, no debería ser suficiente para justificar que los tribunales españoles, en ausencia de normas europeas sobre la cosa juzgada, puedan acudir a las normas procesales nacionales. Los tribunales nacionales tienen la obligación de hacer cumplir adecuadamente el apartado primero del Artículo 6 y el apartado primero del Artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE en cada Estado miembro por lo que se refiere a las cláusulas suelo declaradas abusivas. A nuestro juicio, el marco procedimental para el cumplimiento de estos preceptos legales no se puede inferir de la importancia que tiene la firmeza de las sentencias en un sistema judicial. Ni cabe concluir que el resultado de conjunto es coherente con el derecho de la Unión si no se considera además el impacto que tendrá el hecho de excluir a los consumidores que cuentan con resoluciones firmes de la obtención de una restitución de aquellos intereses que han abonado indebidamente hasta el día 9 de mayo de 2013.

La coherencia del marco procedimental para un cumplimiento adecuado del apartado primero del Artículo 6 y el apartado primero del Artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE y el resultado de conjunto a la luz de estas normas fueron completamente ignorados en el juicio de 9 de mayo de 2013: el Tribunal Supremo se limitó a expresar que, “[n]o obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (Art. 9.3 CE)” (§ 287). Distintos argumentos fueron esgrimidos a estos efectos. El Tribunal adujo que las cláusulas suelo eran en sí mismas lícitas, señaló que su inclusión en los contratos respondía a razones objetivas y que estas cláusulas no son inusuales ni extravagantes. Subrayó que su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado, así como que su invalidez era debida en realidad a su falta de transparencia como consecuencia de la información facilitada a los prestatarios. El Alto Tribunal declaró, asimismo, que las entidades crediticias habían observado las exigencias reglamentarias de información, y que la finalidad de la fijación del tope mínimo respondía a mantener un rendimiento mínimo de los préstamos con garantía hipotecaria que permitiera a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones. La sentencia destacó que las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar y eran tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos, y remarcó finalmente que la legislación permitía la sustitución del acreedor, así como que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico (§ 293). A la luz de esta retahíla de consideraciones, el Tribunal Supremo declaró la irretroactividad de su sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas suelo no afectara a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la resolución,

el 9 de mayo de 2013 (§ 294). A tenor del Alto Tribunal, únicamente debían ser restituidos los intereses abonados indebidamente, con arreglo a las cláusulas suelo declaradas nulas, con posterioridad a esa fecha. En definitiva pues, el principio de la cosa juzgada fue aplicado adoptando una perspectiva exclusivamente interna y sin ni siquiera mencionar los principios de efectividad y equivalencia.

Un planteamiento en clave interna ha sido también adoptado ampliamente por la doctrina científica española al considerar que las cláusulas suelo quedarán afectadas por la cosa juzgada. El argumento empleado es que las normas procesales españolas no contemplan la posibilidad de revisión de una sentencia firme como consecuencia de una sentencia posterior de criterio distinto dictada por el TJUE. Una revisión tal se encuentra prevista en el ordenamiento español con respecto a una resolución judicial firme solamente cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, y sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (Arts. 510.2 y 207.4 LEC).⁴⁵ El Real Decreto-ley 1/2017 antes mencionado no regula el asunto y el principio de la cosa juzgada fue invocado con el fin de no extender la sentencia *Gutiérrez Naranjo* a aquellas disputas que han sido resueltas mediante sentencia firme por tribunales españoles.⁴⁶

Conforme a la opinión común, la sentencia *Gutiérrez Naranjo* no afectaría a los procesos ya extintos porque prevalecería la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones. En realidad la discusión en España se ha centrado en el impacto de la *res judicata* a partir de parámetros como el tipo de procedimiento en que la sentencia se dicta, la pretensión del demandante, el alcance de la resolución judicial, el tipo de resolución judicial, o los efectos que cabe atribuir a las sentencias dictadas en procesos que tienen origen en una acción colectiva de cesación.⁴⁷ Admitidos los efectos de cosa juzgada, la doctrina se plantea la posibilidad de exigir una compensación al Estado con base en la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia.⁴⁸

Parte de esta doctrina mayoritaria, sin embargo, ha denunciado la confusión imperante

⁴⁵ GONZÁLEZ CARRASCO (2016), pp. 4-5, CORDÓN MORENO (2017), p. 1, HERRERA SÁNCHEZ (2017), pp. 2-3, SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2017), pp. 8-10, entre otros.

⁴⁶ CARRASCO PERERA (2016), p. 2.

⁴⁷ Por lo que se refiere a la doctrina científica, ACHÓN BRUÑEN (2017), pp. 15-20. Véase también CARRASCO PERERA (2016), pp. 4-7, CAÑIZARES LASO (2016), pp. 119-120, CÁMARA LAPUENTE (2017), pp. 26-27, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), pp. 11-13, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2017a), p. 3-4, BUSTO LAGO (2017), pp. 65-84 y 89 y SÁNCHEZ GARCÍA (2017a), pp. 21-23. En cuanto a la jurisprudencia, véanse por ejemplo las SSTs, 1ª, 20.4.2017 (Ar. 1559; MP: Pedro José Vela Torres) 24.2.2017 (Ar. 602, MP: Pedro José Vela Torres) y 8.6.2017 (Ar. 2509; MP: Rafael Saraza Jimena).

⁴⁸ Por ejemplo, SOLER SOLÉ (2017), pp. 9-13 y PAZOS CASTRO (2017), pp. 5-7.

entre los Juzgados de primera instancia y Audiencias provinciales con respecto a la cosa juzgada, e incluso ha vaticinado alguna rebelión ocasional por parte de algunos órganos judiciales en lo que se refiere a la materia, en el sentido de que los mismos van a decidir el caso de nuevo declarando la completa retroactividad de la ineficacia de las cláusulas suelo.

Además, en los últimos meses han proliferado algunas voces críticas con respecto al reconocimiento de efectos de cosa juzgada ante el caso *Gutiérrez Naranjo*. En ese sentido existe un sector doctrinal que considera necesario interpretar la seguridad jurídica “dentro del nuevo contexto jurídico supranacional de la Unión Europea que, en materia de consumidores, cuenta con una legislación propia de obligada observancia por parte de todos los Estados miembros y con un último intérprete de esa legislación comunitaria, que es el TJUE, cuya doctrina vincula y debe ser interpretada conforme los principios de equivalencia y efectividad”.⁴⁹ En la misma línea se señala que “la singularidad es que estaba previsto que se dictara [la sentencia *Gutiérrez Naranjo*], pues las cuestiones prejudiciales eran públicas y tuvieron amplia repercusión [...] y se dictó una sentencia [los tribunales españoles] a sabiendas de que habría una decisión que aclararía la cuestión, pero no se aguardó a tal dictamen”; y a continuación se plantea la posibilidad de hacer una interpretación favorable a que prosperen las reclamaciones de consumidores por el importe abonado al aplicar una cláusula suelo antes del 9 de mayo de 2013 en aras de evitar que “una interpretación interna sobre la cosa juzgada impida la efectiva protección del consumidor que dispone la Directiva 93/13, conculcando el principio de primacía [del derecho de la Unión Europea]”.⁵⁰ Conforme a esa opinión, “ha de pasarse, incluso, por encima del derecho procesal interno” para conseguir que se haga efectiva la no vinculación del consumidor a la cláusula suelo declarada abusiva.⁵¹ La línea doctrinal a que hacemos referencia, no obstante, continúa siendo minoritaria en el momento de publicar este trabajo.

Una minusvaloración de los principios de efectividad y equivalencia que rigen en el derecho de la Unión Europea como parámetros para limitar la autonomía procesal nacional, se denota también en la jurisprudencia española cuando la misma da un valor preponderante a la cosa juzgada. A este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de 2016⁵² desestimó una reclamación que pretendía revisar una materia resuelta por el Alto Tribunal mediante sentencia firme sobre la base de que una sentencia posterior del TJUE había decidido sobre el objeto del litigio de distinto modo, esto es, de modo que, estando

⁴⁹ SÁNCHEZ GARCÍA (2017a), p. 14. Esta opinión analiza el principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de cosa juzgada regulada en la LEC.

⁵⁰ Ante la declaración de la STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), § 68, conforme a la 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, la opinión doctrinal a que hacemos referencia asevera que “no exista obligación no impide hacerlo”. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2017), pp. 3-5.

⁵¹ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2017a), p. 2. Véase también SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2017), p. 8, quien no estima descabellado “supeditar la norma procesal a la comunitaria, visto el conflicto entre ambas, si con ello se logra la ansiada total y tuitiva efectividad”.

⁵² STS, 1ª, 18.2.2016 (Ar. 567; MP: Pedro José Vela Torres).

pendiente de resolver la cuestión prejudicial planteada, si el Tribunal Supremo hubiese esperado hasta la sentencia del TJUE, su resolución habría sido otra. La revisión de la sentencia firme fue denegada siguiendo la doctrina del TJUE sentada en el caso *Kapferer*.⁵³ Conforme a la misma sentencia del Alto Tribunal español, “el Tribunal [de Luxemburgo], en la sentencia de 16 de marzo de 2006, asunto C-234/04, caso *Kapferer*, sostuvo, tras resaltar la importancia de la cosa juzgada en un sistema presidido por el valor de la seguridad jurídica, que el Derecho comunitario no impone la revisión de las sentencias firmes cuando tal posibilidad no está prevista en la normativa procesal nacional”. Ambas sentencias recordaron que las legislaciones procesales internas deben respetar los principios de equivalencia y efectividad, aunque los mismos no fueron evaluados a la luz de las circunstancias concurrentes. Partiendo del caso *Kapferer* –sobre todo del § 21 mencionado– el Alto Tribunal español llegó a la conclusión de que no existe una doctrina suficiente del TJUE para permitir una revisión de una sentencia firme dictada por un tribunal español a partir de una sentencia posterior de la Corte de Luxemburgo (punto 4 del FJ 4). Para el Tribunal Supremo lo que es relevante, pues, es que las normas sobre revisión de sentencias firmes no incluyan este supuesto (Arts. 510.2 y 207.4 LEC)⁵⁴ y cabe suponer que la interpretación hecha por la sentencia de 18 de febrero de 2016 afectará directamente a una amplia casuística de supuestos que se han planteado por tribunales españoles ante el TJUE.⁵⁵

De hecho, el mismo criterio ha sido sostenido, recientemente, en el auto de 4 de abril de 2017 dictado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el cual inadmite a trámite una demanda de revisión de una sentencia firme del Juzgado de primera instancia nº 1 de Torremolinos, presentada con base en el asunto *Gutiérrez Naranjo* resuelto por el TJUE. El Juzgado estimó la pretensión de los demandantes contra Banco Popular Español S.A., en la que solicitaron que se declarara la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario que habían concertado con ese banco, y condenó a la entidad financiera a la devolución de lo indebidamente pagado desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013. La sentencia devino firme el día 2 de diciembre de 2016 al no ser recurrida, esto es, antes de recaer la sentencia de la Corte de Luxemburgo, el 21 de diciembre de 2016. Los demandantes alegaron que la sentencia del asunto *Gutiérrez Naranjo* debía permitir la revisión de la sentencia firme anterior. Ello no obstante, el Alto Tribunal considera que, de acuerdo con su jurisprudencia reproducida en la sentencia de 18 de febrero de 2016, la sentencia posterior del TJUE no es un documento a efectos de lo previsto en el Artículo 510.1.1º LEC que permita la revisión y declara que ha de prevalecer el efecto de cosa

⁵³ STJUE, 1ª, 16.3.2006 (C-234/04, *Kapferer*).

⁵⁴ La STS, 1ª, 18.2.2016 (Ar. 567; MP: Pedro José Vela Torres) fue invocada por la doctrina científica que sostiene, al comentar la STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), que no cabe permitir que la misma materia de la nulidad de las cláusulas suelo sea discutida de nuevo por las mismas partes. Así CÁMARA LAPUENTE (2017), p. 26 y CORDÓN MORENO (2017), p. 1. Sin embargo, la doctrina minoritaria mantiene que la STS, 1ª, 18.2.2016, “cercena los legítimos intereses de los consumidores, infringiendo la tutela judicial efectiva del justiciable, cuando este litiga en su condición de consumidor [...]”. SÁNCHEZ GARCÍA (2017), p. 166.

⁵⁵ Así lo afirma, *ibidem*, p. 57.

juzgada de la sentencia firme dictada con anterioridad.⁵⁶

En nuestra opinión la jurisprudencia española no ha llegado al fondo del asunto en cuanto a la autonomía procesal a ejercer con respecto al principio de la cosa juzgada. El impacto de los principios de efectividad y equivalencia no ha sido debidamente examinado y, ello no obstante, la materia ha sido de nuevo dejada a criterio de los tribunales españoles por parte del TJUE en el caso *Gutiérrez Naranjo*.

La referencia de la sentencia *Gutiérrez Naranjo* a *Kapferer*⁵⁷ ha dado alas a la doctrina científica española para admitir la aplicación del principio de la cosa juzgada en los términos actualmente previstos en el ordenamiento interno. Así, el apartado 68 de la sentencia ha sido interpretado como un contrapeso al efecto útil (*effet utile*) de la Directiva 93/13/CEE. Ha sido calificado como coherente con aquella jurisprudencia altamente protectora de los consumidores desarrollada en los últimos años por el TJUE: las sentencias firmes adoptadas siguiendo la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo, conforme a esa opinión, no pueden ser revisadas ni empleadas para abrir nuevos procedimientos promovidos para obtener una restitución de la parte de intereses indebidamente abonada con anterioridad a la fecha de 9 de mayo de 2013. La *res judicata* (Arts. 510.2 y 207.4 LEC) y el principio de seguridad jurídica, afirma esta posición doctrinal, no permiten efectuar la revisión.⁵⁸

En la misma línea, una parte de la doctrina sostiene que el apartado 66 del caso *Gutiérrez Naranjo* limita el reenvío a la autonomía procesal de los Estados contenida en el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE al “régimen procesal que determina las condiciones de ejercicio y ejecución de la declaración de no vinculación” (“[...] si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar 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 [...]”). La misma opinión añade que la remisión del Artículo 6.1 a los ordenamientos nacionales es absolutamente pertinente para que los Estados miembros determinen, con arreglo a sus distintos regímenes de ineficacia (nulidad de pleno derecho,

⁵⁶ ATS, 1ª, 1.4.2017 (no publicado: MP: Rafael Sarazá Jimena). La Sala del Tribunal Supremo indica que es la primera vez que se plantea la cuestión de los efectos que produce una sentencia del TJUE sobre las sentencias firmes anteriores de los tribunales nacionales en relación a los efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula suelo. El Alto Tribunal español aplica la jurisprudencia del TJUE que reconoce la importancia del principio de la cosa juzgada tanto en derecho de la Unión como en los derechos nacionales, por garantizar la estabilidad del derecho y de las relaciones jurídicas y la recta administración de la justicia. A juicio del Alto Tribunal, la aplicación de los principios de efectividad y equivalencia no determina la revisión de las sentencias firmes por el hecho de que con posterioridad se haya dictado una sentencia por el TJUE que sienta una doctrina incompatible con la de la sentencia firme del tribunal nacional. Recientemente se refieren a la resolución, ÁLVAREZ OLALLA (2017), p. 3, SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2017), pp. 4-7 y FERRER TAPIA (2017), pp. 183-184.

⁵⁷ STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*).

⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE (2017), pp. 18 y 26.

anulabilidad, nulidad relativa, inoponibilidad) 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. A este respecto nótese que el principio de la cosa juzgada no se incluye en el elenco. Además, la misma doctrina reconoce que “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”.⁵⁹

En consecuencia, a pesar de que la protección de los consumidores afectados por una sentencia firme que aplica incorrectamente el derecho de la Unión Europea –como certificó después el TJUE– entra en conflicto con el principio de seguridad jurídica, el TJUE decide en el caso *Gutiérrez Naranjo* que dar preferencia al principio de la cosa juzgada no contraviene el derecho de la Unión.⁶⁰ De ese modo el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 13/1993/CEE queda sujeto a las exigencias de la autonomía procesal en los términos establecidos en los casos *Rewe/Comet* y, a juicio del Alto Tribunal, el test de efectividad queda superado.

Sin embargo, nosotros consideramos que en la autonomía procesal ejercida por los tribunales españoles con respeto a los casos de cláusulas suelo todavía no se ha llevado a cabo una debida ponderación de los principios de efectividad y equivalencia. Por ese motivo, en el próximo apartado examinaremos con mayor detalle la jurisprudencia del TJUE en torno a esta cuestión.

3. Evolución de la jurisprudencia del TJUE sobre la cosa juzgada

3.1. El caso *Kapferer*: el tribunal nacional debe estar legitimado bajo el ordenamiento del Estado miembro para reabrir una decisión firme

Empezaremos con el caso *Kapferer*.⁶¹ En el año 2000 la Sra. Kapferer, consumidora austríaca, recibió una carta de Schlink & Schick GmbH, empresa alemana relacionada con las ventas por pedidos que desarrollaba su actividad en distintos países. La carta informaba a la Sra. Kapferer de que había ganado un premio que le daba derecho a cobrar un importe de 4.000 € en metálico. La Sra. Kapferer siguió las instrucciones para la obtención del premio y, ante el impago de la compañía, interpuso acción ante el Juzgado de primera instancia (*Hall Bezirksgericht*) reclamando el premio con base en el Artículo 5j de la Ley austríaca de

⁵⁹ Solamente fueron mencionados el modo de determinar la competencia de una autoridad pública para declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual, el plazo de prescripción y la legitimación de las partes en los procedimientos judiciales. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), p. 8. Véase también ACHÓN BRUÑÉN (2017), pp. 15-16.

⁶⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), p. 9.

⁶¹ STJUE, 1ª, 16.3.2006 (C-234/04, *Kapferer*).

protección de los consumidores (*Konsumentenschutzgesetz*).⁶² La demandante pretendió que este tribunal dirigiera a Schlank & Schick una orden de pago por el importe principal más los intereses devengados desde 27 de mayo de 2000 a un tipo de un 5 por 100.

Schlank & Schick se opuso por falta de competencia territorial de los tribunales austríacos. Argumentó que los Artículos 15 y 16 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶³ no eran aplicables porque estas normas requerían la existencia de un contrato. El Tribunal de distrito (*Bezirksgericht*), aunque rechazó la objeción de la empresa, desestimó la demanda de la Sra. Kapferer. En consecuencia, Schlank & Schick consideró que la decisión del *Bezirksgericht* en cuanto a la competencia territorial no le afectaba negativamente pues la demanda, al fin y al cabo, había sido desestimada. Por esa razón Schlank & Schick no recurrió la sentencia. La consecuencia de ello fue que, de conformidad con ciertas disposiciones del Código de procedimiento civil austríaco (*Zivilprozessordnung*), el juicio sobre la competencia territorial adquirió firmeza.

La Sra. Kapferer, sin embargo, interpuso recurso de apelación ante el Tribunal regional de Innsbruck (*Landesgericht Innsbruck*), que entonces expresó dudas en cuanto a la competencia territorial del *Bezirksgericht*. En ese contexto, la corte dudó no solamente acerca de la correcta interpretación del Reglamento del Consejo (CE) No. 44/2001, sino también si, aun en ese caso, tenía la obligación de revisar un juicio firme sobre competencia judicial bajo el Artículo 10 TCE una vez resultara probado que ese juicio era contrario al derecho de la Unión Europea. El tribunal nacional previó la existencia de una tal obligación. Planteó concretamente si era posible transponer los principios establecidos en el juicio *Kühne & Heitz*,⁶⁴ relativo a la obligación impuesta a una autoridad administrativa de revisar una resolución administrativa firme que era contraria al derecho de la Unión, en los términos en que había sido interpretada entre tanto por el TJUE.

El juicio del TJUE en el caso *Kapferer* tiene particular interés para el propósito de este artículo en la medida que, como hemos señalado, fue la sentencia en la que se basó la decisión *Gutiérrez Naranjo*.

En aquella ocasión, de manera parecida a la opinión expresada por el Abogado General Sr. Antonio TIZZANO,⁶⁵ el Tribunal primero subrayó la importancia del principio de la cosa juzgada, tanto para el ordenamiento de la Unión Europea como los ordenamientos nacionales.⁶⁶ En general, el derecho de la Unión, sostuvo la Corte de Luxemburgo en el caso *Kapferer*, “no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de

⁶² BGBl. I, 1979, p. 140 y BGBl. I, 1999, p. 85.

⁶³ DOCE n° L 12, 16.1.2001, p. 1.

⁶⁴ STJUE, 13.1.2004 (C-453/00, *Kühne & Heitz*).

⁶⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio TIZZANO, presentadas el 10.11.2005, C-234/04, *Kapferer*.

⁶⁶ STJUE, 1ª, 16.3.2006 (C-234/04, *Kapferer*), § 20. GROUSSOT/MINSSEN (2007), p. 386.

procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión”. No obstante, el Tribunal expresó que, al establecer la regulación procesal de los recursos judiciales que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que el efecto directo del derecho de la Unión genera en favor de los justiciables, los Estados miembros deben actuar de modo que dicha regulación cumpla con los principios de efectividad y equivalencia.⁶⁷

Un examen de pronunciamientos anteriores llevó a la Corte de Luxemburgo a considerar que no podía alterar su razonamiento lo establecido en el caso *Kühne & Heitz*, en el que el mismo tribunal declaró que el Artículo 10 TCE obliga en determinadas condiciones a un órgano administrativo a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración una decisión dictada posteriormente por el Tribunal de Justicia. Antes el Abogado General Sr. TIZZANO había llegado a la misma conclusión. Distinguió el caso *Kühne & Heitz* de *Kapferer* y destacó que el primero estuvo relacionado con la revisión de una resolución administrativa adoptada vulnerando el derecho de la Unión. *Kapferer*, en cambio, se refería a la revisión de una sentencia firme, y el Sr. TIZZANO argumentó que la cuestión decidida en el primer caso fue “de una naturaleza y un alcance distintos a la que entraña el principio de la *res judicata*, un principio fundamental que caracteriza únicamente a las decisiones judiciales”. De ahí que, en opinión del Abogado General en el caso *Kapferer*, las conclusiones alcanzadas por el TJUE en el caso *Kühne & Heitz* no podían ser trasladadas a las cuestiones planteadas en *Kapferer*.⁶⁸

De hecho, incluso admitiendo una extrapolación de los principios establecidos en *Kühne & Heitz* a decisiones judiciales firmes, el Sr. TIZZANO señaló que los hechos concurrentes en *Kapferer* no reunían las cuatro condiciones básicas que, conforme al primero de estos casos, permitirían imponer a una autoridad administrativa, bajo el Artículo 10 TCE, una obligación de revisar una resolución firme atendiendo a una posterior interpretación del derecho de la Unión Europea llevada a cabo por el TJUE. Haciendo hincapié en esas condiciones,⁶⁹ el Abogado General subrayó los siguientes hechos: en primer lugar, el *Landesgericht Innsbruck* no se encontraba legitimado para reabrir de oficio una resolución firme con arreglo al derecho austríaco. Segundo, la resolución sobre el tribunal competente no devino firme como resultado de un juicio de un tribunal nacional que sentenció en primera instancia, sino a consecuencia de que la empresa demandada *Schlank & Schick GmbH* no apeló dentro del plazo prescrito por el derecho austríaco. En tercer lugar, al tiempo de ser planteada la cuestión prejudicial ante el TJUE no existía ninguna sentencia de este tribunal interpretando el Reglamento No. 44/2001, que era relevante para el caso. Y, finalmente, ninguna de las partes del proceso pretendió revisar la resolución de primera instancia. Fue el tribunal que planteó la cuestión prejudicial el que puso en tela de juicio si

⁶⁷ STJUE, 1ª, 16.3.2006 (C-234/04, *Kapferer*), §§ 21-22. Con anterioridad, STJUE, 1.6.1999 (C-126/97, *Eco Swiss*), §§ 46-47.

⁶⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio TIZZANO, presentadas el 10.11.2005, C-234/04, *Kapferer*, §§ 17 y 25.

⁶⁹ *Ibidem*, § 27. STJUE, 13.1.2004 (C-453/00, *Kühne & Heitz*), § 28.

debía revisar la resolución firme actuando de oficio.

El mismo criterio mantuvo el TJUE que, sin embargo, consideró que era evidente, a partir de los hechos ocurridos, que en *Kapferer* no se daba la primera de las cuatro condiciones básicas que se fijaron en *Kühne & Heitz*: a saber, la autoridad nacional –el *Landesgericht Innsbruck*– no se encontraba legitimada para reabrir de oficio una resolución firme con arreglo al derecho nacional. A juicio del tribunal esa circunstancia era suficiente para no aplicar la doctrina de *Kühne & Heitz* y, por tanto, concluyó como el Abogado General Sr. TIZZANO, que el Artículo 10 TCE no obligaba a un tribunal nacional a dejar de aplicar normas procesales domésticas para revisar una sentencia firme a pesar de que la misma sea contraria al derecho de la Unión.

Desafortunadamente, en el juicio *Kapferer* no se llega a ponderar el ejercicio de la autonomía procesal con respecto a la cosa juzgada, ni los límites que a este respecto significan los principios de efectividad y equivalencia. Aunque se exige a los Estados miembros garantizar que las normas domésticas en cuestión y su aplicación sean acordes con estos principios, los mismos no fueron sacados a colación en el procedimiento principal por los litigantes. No obstante, nosotros podemos extraer algunas lecciones de la sentencia del TJUE y, particularmente, de la opinión del Abogado General Sr. TIZZANO que, a nuestro juicio, nos permitirán disponer de más elementos para valorar la sentencia *Gutiérrez Naranjo*.

En primer lugar, el juicio *Kapferer*, aunque confirmó la particular importancia de la cosa juzgada, dejó abierta la posibilidad de acudir a los requisitos exigidos en el caso *Kühne & Heitz* para establecer una excepción al principio y revisar una sentencia firme a partir de otra posterior dictada por la Corte de Luxemburgo. El Tribunal estableció que el umbral del principio resulta ser especialmente alto en el caso de una resolución judicial adoptada por un tribunal nacional, en contraste con una mera decisión administrativa. A nuestro juicio, el argumento confirma que, debido a la importancia de la *res judicata*, deberán concurrir circunstancias muy excepcionales para que el principio de cooperación del Artículo 10 TCE exija a un tribunal nacional que no aplique las normas procesales internas y revise una sentencia firme cuando la misma vulnera el derecho de la Unión. *Kapferer* demuestra, a nuestro modo de ver, que ello presumiblemente tendrá lugar en casos muy poco frecuentes y que la gran mayoría de las veces prevalecerá la resolución judicial firme dictada por un tribunal nacional.⁷⁰

En segundo lugar, un análisis de las cuatro condiciones descritas en *Kühne & Heitz* para imponer a una autoridad administrativa la obligación de revisar una resolución administrativa firme, de conformidad con el Artículo 10 TCE, con el fin de alinearla con una posterior interpretación del derecho de la Unión llevada a cabo por la Corte de Luxemburgo, revela que los hechos producidos en *Kapferer* no coinciden con los de *Gutiérrez Naranjo*. Esa circunstancia será particularmente relevante a los efectos de que se

⁷⁰ GROUSSOT/MINSSEN (2007), pp. 408-409.

cumpla la segunda de las condiciones mencionadas: en el primer caso, el asunto sobre la competencia territorial ni siquiera se discute ante el tribunal antes de que la sentencia adquiriera firmeza, pues la empresa demandada Schlank & Schick GmbH no interpone recurso de apelación dentro del plazo establecido en el derecho austríaco; mientras que en el segundo caso la firmeza de la sentencia es resultado de un juicio de un tribunal nacional que se pronuncia sobre los efectos de las cláusulas suelo declaradas nulas, como consecuencia de una actividad procesal desarrollada por el consumidor, colectiva o individualmente. Como hemos mencionado, en *Kapferer* el TJUE consideró suficiente la no concurrencia de la primera condición establecida en *Kühne & Heitz*, la circunstancia de que la autoridad nacional debía estar legitimada bajo el derecho interno para revisar la resolución, para no hacer una excepción al principio de la cosa juzgada. El mismo planteamiento fue adoptado en *Gutiérrez Naranjo*.⁷¹ En contraste con ello, la segunda condición fue examinada en la opinión presentada por el Abogado General Sr. TIZZANO y—como veremos *infra* § 3.3—será clave en otra sentencia posterior de la Corte de Luxemburgo.

A continuación expondremos dos casos en que el TJUE estimó que era necesario hacer una excepción al principio de la cosa juzgada. De ahí procuraremos extraer nuevas ideas que nos ayuden a explorar si hay lugar para que los consumidores afectados por cláusulas suelo puedan retar las resoluciones judiciales firmes.

3.2. Revisión de sentencias firmes con el fin de preservar la competencia de la Comisión sobre ayudas de Estado

a. El caso Lucchini

El caso *Lucchini*⁷² se refiere a una ayuda de Estado solicitada en el año 1985 por la antecesora de la empresa italiana de acero Lucchini SpA. Con arreglo a lo previsto en el apartado primero del Artículo 6 del Tercer Código de ayudas de Estado a la siderurgia, en abril de 1988 Italia notificó a la Comisión Europea la intención de conceder una ayuda a la empresa. La Comisión, sin embargo, comunicó a las autoridades italianas, por medio de una carta de junio de 1988, que la información que le había sido facilitada no era suficiente. Ello no obstante, las autoridades italianas hicieron caso omiso a la misiva recibida y en noviembre de 1988 resolvieron otorgar la ayuda en cuestión. Posteriormente, la Comisión instó un procedimiento, bajo las normas aplicables en materia de ayudas estatales, puesto que, según su punto de vista, la información de que disponía no le permitía comprobar si la ayuda dada cumplía con las normas de la Unión Europea. Esta situación llevó a la Comisión, en el año 1990, a prohibir expresamente la ayuda, una decisión que nunca fue recurrida ni por Lucchini SpA ni por el Gobierno italiano ante los tribunales competentes de la Unión.

⁷¹ *Supra* § 2.1.

⁷² STJUE, Gran Sala, 18.7.2007 (C-119/05, *Lucchini*).

En lugar de ello, la empresa demandó al Gobierno italiano ante los tribunales italianos debido a que la ayuda concedida no había sido satisfecha. Tras distintos procedimientos civiles tramitados en sede nacional, en el año 1994 la *Corte d'Appello*, a partir de una interpretación del derecho interno, ordenó al Gobierno italiano abonar a Lucchini SpA distintos importes relacionados con la ayuda. A pesar de una primera oposición, al final las autoridades italianas cumplieron esta resolución que, mientras tanto, había devenido firme. En su virtud, en el año 1996, el Gobierno pagó ciertas cantidades a Lucchini SpA, aunque lo hizo bajo la reserva de que la ayuda podía ser revocada completa o parcialmente, si así lo exigía una decisión denegatoria de la Comisión.

Refiriéndose a su decisión previa de 1990, posteriormente la Comisión dirigió una serie de órdenes al Gobierno italiano instándole a recuperar la ayuda abonada. En vista de ello, las autoridades italianas intentaron cumplir las órdenes recibidas e iniciaron otros procedimientos en los que Lucchini SpA, ahora demandada, puso en entredicho la resolución adoptada por aquellas que revocaba la ayuda concedida y exigía su restitución. La empresa invocó entonces los efectos de cosa juzgada de la sentencia firme dictada en el procedimiento civil. Finalmente el asunto terminó ante el más alto tribunal administrativo italiano (*Consiglio di Stato*), que decidió plantear cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo. Básicamente el *Consiglio di Stato* quiso saber si una resolución judicial nacional que había devenido firme entre un particular y la Administración pública podía impedir a la Comisión ejercer su competencia exclusiva y examinar si una ayuda cumplía con el mercado común y si se debía exigir la restitución de la ayuda estatal ilegal por parte de las autoridades nacionales.

En su opinión dada el 14 de septiembre de 2006,⁷³ el Abogado General Sr. GEELHOED tuvo que tratar esencialmente con dos posiciones. De un lado, Lucchini SpA y el Gobierno checo invocaron ante el TJUE los juicios *Eco Swiss*, *Köbler*, *Kühne & Heitz* y *Kapferer*. Resumidamente, sostuvieron que el juicio del tribunal nacional, que había devenido firme, tenía –debido al principio de la cosa juzgada– un mayor peso que el interés de la Unión Europea de recuperar la ayuda estatal que había sido concedida vulnerando el derecho de la Unión. Por otro lado, hubo la posición de los Gobiernos italiano y holandés, así como de la Comisión, que, a pesar de reconocer la importancia de la *res judicata* en los términos expresados en la jurisprudencia del TJUE, afirmaron que la cosa juzgada no era aplicable al caso o que debía hacerse una excepción a este principio.

Al pronunciarse sobre estas posiciones, el Abogado General primero enfatizó que todos los sistemas jurídicos nacionales reconocen la importancia del principio de la cosa juzgada, en la medida en que interesa a la seguridad jurídica que las resoluciones judiciales, contra las que no cabe recurso, devengan firmes para las personas que se encuentran involucradas en el caso. Una tal circunstancia, sin más consideración, conllevaría, en opinión del Sr. GEELHOED, la imposibilidad de reabrir un caso resuelto de estas características, si lo que se

⁷³ Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. GEELHOED, presentadas el 14.9.2006, C-119/05, *Lucchini*, §§ 36-48 y 70.

pide tiene el mismo objeto, se refiere a las mismas partes y se basa en unos mismos fundamentos. Ello no obstante, el Abogado General remarcó a continuación que un estudio comparado ponía de manifiesto que ni los diversos ordenamientos jurídicos ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideraban el principio de la *res judicata* como si fuera intocable y que –aunque bajo unas condiciones muy severas– cabía establecer excepciones a aquel principio.

Además, aunque el Sr. GEELHOED manifestó su acuerdo en cuanto a que el principio era respetado en el derecho de la Unión Europea y que su importancia había sido reconocida en la relación entre este ordenamiento y el derecho nacional (casos *Eco Swiss, Köbler, Kühne & Heitz y Kapferer*), a continuación distinguió estos casos de *Lucchini* señalando que ninguno de aquellos estaba relacionado con el ejercicio de una competencia de la Unión. En particular, el Abogado General subrayó que en el último caso el juicio de la *Corte d'Apello* no solamente tenía consecuencias en la relación jurídica entre la empresa perceptora de la ayuda y el Estado italiano con arreglo al derecho interno, sino que ignoró asimismo la competencia exclusiva de la Comisión para examinar el cumplimiento de las normas sobre el funcionamiento del mercado común por parte de una concreta ayuda estatal. En opinión del Sr. GEELHOED, el juicio de la *Corte d'Apello* tuvo lugar haciendo caso omiso a las obligaciones contraídas por Italia, bajo el derecho de la Unión, al conceder ese tipo de ayudas. Desde esa perspectiva el problema no estaba relacionado, por tanto, con un litigio entre una empresa y una autoridad administrativa nacional a resolver en el marco del derecho interno, sino una disputa que, por encima de todo, debía ser decidida con arreglo al derecho de la Unión Europea, en donde la demarcación entre los dos ordenamientos –y de ese modo la delimitación de las obligaciones que resultan para el tribunal nacional de cada uno de ellos– adquiere especial importancia. Desarrollando la última idea, el Abogado General consideró que la cuestión fundamental era determinar si un juicio que tiene lugar bajo circunstancias como las del caso, y que acarrea graves consecuencias en la distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, debía ser firme y conclusivo y producir efectos de cosa juzgada.

El Sr. GEELHOED dio una respuesta negativa a ello. En su opinión, un tribunal nacional que meramente interpreta derecho nacional no puede dictar resoluciones que ignoran la distribución de competencias, ni siquiera cuando tales resoluciones han devenido *res judicata*. A su juicio, ello debía ser particularmente así cuando las reglas aplicables se basan en principios fundamentales del derecho sustantivo de la Unión. A este respecto el Abogado General sostuvo que las normas sobre ayudas estatales, Artículos 87 y 88 TCE, caían bajo esa categoría de normas y, a este respecto, subrayó en particular que el apartado tercero del Artículo 88 TCE y la jurisprudencia del TJUE afín, al tiempo de producirse los hechos, habían definido claramente cuáles eran las obligaciones legales de los tribunales nacionales.⁷⁴ En consecuencia, no nos sorprende que su conclusión final fuera que la autoridad de *res judicata* asignada a la resolución de la *Corte d'Apello* no podía impedir la restitución de la ayuda, y que, a su juicio, debía remediarse la vulneración de las normas de

⁷⁴ *Ibidem*, §§ 72-73.

la Unión que tuvo lugar en ese juicio.⁷⁵

La Corte de Luxemburgo, por su parte, siguió la opinión del Abogado General. Yendo más allá en el razonamiento, la sentencia *Lucchini*, además de interpretar el Artículo 2909 del Código Civil italiano que formula el principio de la cosa juzgada,⁷⁶ estableció lo siguiente (§§ 60-61):

“60. En este contexto, es necesario recordar que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar las disposiciones del Derecho nacional, en la medida de lo posible, de forma que puedan recibir una aplicación que contribuya a la ejecución del Derecho comunitario.

61. Además, resulta de reiterada jurisprudencia que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartados 21 a 24; de 8 de marzo de 1979, *Salumificio di Cornuda*, 130/78, Rec. p. 867, apartados 23 a 27; y de 19 de junio de 1990, *Factortime* y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartados 19 a 21).⁷⁷

El Tribunal concluyó así que, puesto que la decisión acerca de la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado común corresponde a la competencia exclusiva de la Comisión, el derecho de la Unión Europea excluye la aplicación de una norma nacional, como el Artículo 2909 del Código civil italiano. Dicha aplicación impediría la restitución de una ayuda estatal que fue concedida, conforme a una decisión de la Comisión, vulnerando el derecho de la Unión; de ese modo, la sentencia viene a preservar la distribución de competencias.⁷⁸

Sin duda la línea de razonamiento seguida por la sentencia *Lucchini* significó una limitación importante al principio de la cosa juzgada como consecuencia de las exigencias del derecho

⁷⁵ *Ibidem*, §§ 86-87.

⁷⁶ El Artículo 2909 del Código Civil italiano, que lleva por título «Fuerza de cosa juzgada», dispone que “[l]as apreciaciones realizadas en una sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada obligan a las partes, sus herederos y sus causahabientes”. La STJUE, Gran Sala, 18.7.2007 (C-119/05, *Lucchini*), §§ 14-16, declara que “[s]egún el órgano jurisdiccional remitente, esta disposición no solo es aplicable a los motivos invocados en el procedimiento de que se trate, sino también a los que podrían haberse invocado”, y añade a continuación que “[d]esde un punto de vista procesal, [la misma norma] excluye cualquier posibilidad de iniciar un procedimiento judicial respecto de una controversia sobre la que ya se haya pronunciado otro órgano jurisdiccional mediante una sentencia firme”.

⁷⁷ Puede afirmarse que la línea jurisprudencial *Simmenthal* permite evitar las disparidades creadas por una aplicación de los criterios de los casos *Kühne & Heitz* y *Arcor* a resoluciones administrativas. Como sabemos, en los últimos casos el Tribunal no se mostró dispuesto a revisar una resolución con base en una obligación de derecho de la Unión y prefirió confiar, en cambio, en el derecho nacional. Evidentemente la sentencia *Lucchini* se aparta de este último planteamiento a partir de la competencia exclusiva de la Comisión en materia de ayudas estatales y la consecuente competencia plena de la Corte de Luxemburgo. GROUSSOT/MINSSEN (2007), p. 414.

⁷⁸ STJUE, Gran Sala, 18.7.2007 (C-119/05, *Lucchini*), §§ 62-63. GROUSSOT/MINSSEN (2007), pp. 413-414.

de la Unión, aunque, a tenor de algún estudio doctrinal,⁷⁹ no constituyó una ruptura con respecto a la jurisprudencia anterior de la Corte de Luxemburgo. A este respecto, como apuntó el Abogado General Sr. GEELHOED en las conclusiones presentadas, cabe distinguir *Lucchini* de los casos *ECO Swiss*, *Köbler*, *Kühne & Heitz* y *Kapferer*. En *Köbler* y *Kühne & Heitz* el derecho de la Unión Europea fue aplicado equivocadamente por los tribunales nacionales y luego no existió ningún remedio disponible para hacer frente a la decisión judicial. Lo mismo ocurrió en los juicios *Eco Swiss* y *Kapferer*, en los que la resolución adquirió firmeza por expirar los plazos establecidos legalmente para recurrir. Fuera de *Lucchini*, en ninguno de los demás casos se vio afectado el ejercicio de competencias de la Unión Europea; mientras que, como ha quedado expuesto, en *Lucchini* la Corte d'Appello interpretó el derecho nacional y luego adoptó una resolución firme que, con arreglo a las disposiciones fundamentales de los Artículos 87 y 88 TCE, evidentemente quedaba fuera de su competencia.⁸⁰ Ello explicaría, conforme a la opinión que reproducimos, que la necesidad de revisar una resolución firme se diera solamente en el último caso.

En vista de la importancia que tiene la *res judicata* para la seguridad jurídica, los ámbitos en que una tal restricción sería factible tendrían que interpretarse, a la luz de la sentencia que comentamos, de forma muy restringida. Las normas europeas sobre ayudas estatales son específicas y, en un marco más amplio, se encuentran claramente vinculadas al derecho de la competencia. Se trata de una materia sumamente importante para el funcionamiento del mercado común y es por ello que el derecho de la Unión atribuye unas competencias concretas y claramente definidas a la Comisión.

b. El caso *Klausner Holz Niedersachsen*

En el mismo ámbito cabe situar el caso *Klausner Holz Niedersachsen*.⁸¹ El día 20 de febrero de 2007 el grupo empresarial Klausner y la Administración de Nordrhein-Westfalen celebraron un contrato de suministro de madera. En virtud de ese contrato, la Administración se comprometía a vender a Klausner Holz, empresa del grupo, durante los años 2007 a 2014, cantidades fijas de madera a unos precios determinados en función del tamaño y de la cantidad. La operación fue completada mediante un “contrato marco de compraventa” de fecha 17 de abril de 2007. Tras una disminución en la cantidad de madera suministrada con respecto a lo acordado, ciertas dificultades económicas de Klausner Holz y algunos retrasos en los pagos, en agosto de 2009 la Administración resolvió el “contrato marco de compraventa” y dejó de suministrar madera. Sin embargo, mediante sentencia de 17 de febrero de 2012, el Tribunal de la región de Münster (*Landgericht Münster*) declaró que los contratos controvertidos seguían en vigor; y dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de la región en Hamm (*Oberlandsgericht Hamm*), que resolvió en apelación mediante sentencia de 3 de diciembre de 2012, y que adquirió fuerza de cosa

⁷⁹ GROUSSOT/MINSSEN (2007), pp. 409-413.

⁸⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. GEELHOED, presentadas el 14.9.2006, C-119/05, *Lucchini*, §§ 39-48.

⁸¹ STJUE, 2ª, 11.11.2005 (C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*).

juzgada.

Seguidamente Klausner Holz interpuso una demanda contra la Administración regional ante el *Landgericht Münster* reclamando indemnización por el daño producido, entre otras actuaciones, por la omisión de suministro de madera; y fue entonces cuando la Administración demandada alegó lo que no hizo ante el *Oberlandsgericht Hamm*, a saber, que el derecho de la Unión se oponía a la ejecución de los contratos, en la medida en que éstos constituían ayudas de Estado en el sentido del apartado primero del Artículo 107 TFUE, y que tales ayudas habían sido concedidas infringiendo el apartado tercero, tercera frase, del Artículo 108 TFUE. Con base en ello, en julio de 2013 la República Federal de Alemania informó a la Comisión Europea de la existencia de una ayuda no notificada, los contratos controvertidos, y, junto con las quejas presentadas por varios competidores de Klausner Holz, mantuvo que aquella era incompatible con el mercado interior. La misma valoración hizo el *Landgericht Münster* y, ello no obstante, este tribunal afirmó que no podía extraer las consecuencias de la infracción del apartado tercero, tercera frase, del Artículo 108 TFUE, debido a que la sentencia del *Oberlandsgericht Hamm*, de 3 de diciembre de 2012, que declaró que los contratos controvertidos seguían en vigor, había adquirido fuerza de cosa juzgada. En este contexto el *Landgericht Münster* decidió suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial y entonces, siguiendo el criterio del caso *Lucchini*,⁸² el TJUE declaró lo siguiente:

“El Derecho de la Unión se opone a que, en circunstancias como las del litigio principal, la aplicación de una norma de Derecho nacional que tiene la finalidad de consagrar el principio de cosa juzgada impida al juez nacional que haya comprobado que los contratos objeto del litigio de que conoce constituyen una ayuda de Estado, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, ejecutada infringiendo el artículo 108 TFUE, apartado 3, tercera frase, extraer todas las consecuencias de esa infracción debido a la existencia de una resolución judicial nacional firme que, sin examinar si dichos contratos establecen una ayuda de Estado, declaró que éstos siguen en vigor”.

El TJUE está dispuesto, pues, a revisar sentencias firmes con el fin de preservar la competencia de la Comisión sobre ayudas de Estado, crucial para el funcionamiento del mercado, a dar mayor peso a la legalidad comunitaria que a la seguridad jurídica que resulta de la cosa juzgada. Ahora bien, ¿la Corte de Luxemburgo debería hacer lo mismo para preservar la competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros en materia de protección del consumidor (apartado segundo del Art. 4, letra f TFUE) en el caso de unos consumidores adheridos a unas cláusulas suelo cuya declaración de invalidez ha producido unos efectos que una sentencia firme española, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, ha limitado temporalmente? Antes de dar respuesta a esta pregunta sigamos analizando la jurisprudencia en torno a la cosa juzgada y veamos, en el siguiente apartado, el razonamiento del TJUE empleado en el caso *Asturcom*.⁸³

⁸² STJUE, Gran Sala, 18.7.2007 (C-119/05, *Lucchini*).

⁸³ STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*).

3.3. El caso *Asturcom*

*Asturcom*⁸⁴ es otro caso resuelto por la Corte de Luxemburgo relativo a la aplicación del principio de la cosa juzgada. Los hechos se refieren a la contratación de un servicio de telefonía móvil por parte de la Sra. Cristina Rodríguez Nogueira a la empresa Asturcom Telecomunicaciones el día 24 de mayo de 2004. De acuerdo con el contrato, la Sra. Rodríguez Nogueira se obligó a mantener la suscripción por un periodo de dieciocho meses a contar desde el inicio de la prestación del servicio, a gastar un mínimo de 6 € por línea de teléfono y a mantener los términos contemplados en las condiciones generales. Además, la Sra. Rodríguez Nogueira acordó el pago de la suma de 300 € a Asturcom en caso de que ella incumpliera el contrato, y una cláusula estipulaba que cualquier conflicto relacionado con el cumplimiento del contrato quedaría sujeto a un arbitraje que se sustanciaría ante la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE). La sede de AEADE era Bilbao y no fue mencionada en el contrato.

Asturcom inició un procedimiento arbitral ante AEADE cuando la Sra. Rodríguez Nogueira dejó de abonar una serie de facturas de teléfono y, además, dio por extinguido el contrato antes de transcurrir el plazo convenido de dieciocho meses. El 14 de abril de 2005 el tribunal arbitral ordenó a la Sra. Rodríguez Nogueira el abono de la cantidad de 669,60 € a favor de Asturcom, equivalente a la suma de una penalización de 300 € y un importe de 369,90 € por costas adicionales resultantes del procedimiento. A este respecto, el apartado segundo del Artículo 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje,⁸⁵ establece un plazo de dos meses para interponer una acción de anulación del laudo, y, transcurrido ese plazo, el apartado primero del Artículo 38 prescribe que el laudo deviene definitivo y, conforme al Artículo 43, el mismo produce efectos de cosa juzgada. Dado que la Sra. Rodríguez Nogueira no solicitó revisión en los términos previstos en el último precepto, según su redacción vigente en el momento de los hechos, el laudo adquirió firmeza.

Con fecha 29 de octubre de 2007 Asturcom interpuso acción ante el Juzgado de Primera Instancia No. 4 de Bilbao con el fin de ejecutar el laudo. El Juzgado consideró que la cláusula arbitral era abusiva y formuló cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo preguntando, en lo sustancial, si la Directiva 93/13/CEE debía interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, obligaba a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor y anular el laudo.⁸⁶ Esa cuestión ha tenido un particular relieve debido a que, conforme al derecho español, los árbitros no están legitimados para evaluar *ex officio* si una cláusula arbitral

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ BOE nº 309, 26.12.2003.

⁸⁶ STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), § 28. El tribunal español se centró en la protección sustantiva de los consumidores y prestó poca atención a las restricciones de índole procesal. MAK (2010), p. 440.

debe ser declarada nula por abusiva en el sentido de la Directiva 93/13/CEE (Art. 22 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje). Además, la LEC no regula cómo deben actuar los tribunales nacionales frente a cláusulas arbitrales que ellos consideran abusivas cuando el procedimiento ha llegado a la fase de ejecución del laudo.⁸⁷

- a. El principio de efectividad: una aproximación contextual que pone en valor la actuación procesal del consumidor

En la decisión *Asturcom*, la Corte de Luxemburgo primero hizo alusión a una serie de sentencias previas que aplicaron la Directiva 93/13/CEE (§§ 29-32): siguiendo el caso *Océano Grupo*⁸⁸ y el caso *Mostaza Claro*,⁸⁹ el Tribunal destacó que el sistema de protección introducido por esa normativa se basa en la idea que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad con respecto al vendedor o prestador del servicio, tanto en lo que se refiere a su poder de negociación como a su nivel de conocimiento. El apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, expresó el Tribunal, es una disposición imperativa que “trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas”.⁹⁰ Y la misma decisión, a modo de conclusión, reiteró que, “a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual”.⁹¹

En los últimos años el TJUE ha dictado una serie de sentencias relevantes, la mayoría dando respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles, en torno a la autonomía procesal y de remedios de los Estados miembros y a la necesidad de dar cumplimiento a los derechos derivados de distintas directivas de protección de los consumidores. En algunos casos la Corte de Luxemburgo se ha mostrado dispuesta a respetar los ordenamientos jurídicos nacionales y sus particularidades.⁹² Sin embargo, en otras ocasiones puede observarse una aplicación menos rigurosa del concepto de autonomía procesal. La piedra angular de la última línea jurisprudencial la encontramos en el caso *Océano Grupo*,⁹³ donde el Tribunal demostró su interés en salvaguardar la efectividad del sistema establecido en la Directiva 93/13/CEE para la protección de los derechos de los consumidores.⁹⁴ Desde entonces la Corte de Luxemburgo ha pasado a

⁸⁷ La AP Bilbao no había permitido ese tipo de revisión judicial en otras experiencias previas. *Ibidem*.

⁸⁸ STJUE, 27.6.2000 (C-240-244/98, *Océano Grupo*), § 25.

⁸⁹ STJUE, 1ª, 26.10.2006 (C-168/05, *Mostaza Claro*), § 25.

⁹⁰ *Ibidem*, § 36 y STJUE, 4ª, 4.6.2009 (C-243/08, *Pannon GSM*), § 25.

⁹¹ STJUE, 1ª, 26.10.2006 (C-168/05, *Mostaza Claro*), § 38. *Infra* § 3.4.

⁹² La STJUE, 1ª, 3.9.2009 (C-489/07, *Messner*) es un ejemplo de esta línea jurisprudencial. TRSTENJAK/BEYSEN (2011), p. 109.

⁹³ STJUE, 27.6.2000 (C-240-244/98, *Océano Grupo*).

⁹⁴ Este planteamiento fue confirmado en casos posteriores relativos a directivas de protección de los consumidores: STJUE, 5ª, 21.11.2002 (C-473/00, *Cofidis*), STJUE, 1ª, 26.10.2006 (C-168/05, *Mostaza Claro*), STJUE, 4ª, 4.6.2009 (C-243/08, *Pannon GSM*) y STJUE, GS, 9.11.2010 (C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*).

hacer una interpretación favorable a los consumidores de los conceptos de autonomía procesal⁹⁵ y de remedios de los Estados en materias cubiertas por directivas de protección de los consumidores. Haciendo hincapié en la posición de inferioridad del consumidor, el Tribunal implícitamente fija un umbral de la efectividad que deben cumplir las normas procesales nacionales que tratan de dar cumplimiento a los derechos establecidos en estas normas de la Unión Europea.⁹⁶ A este respecto, desde *Océano Grupo* se viene considerando que en derecho de consumo casi todos los casos son resueltos con base en un fundamento exclusivamente teleológico, a saber, lo importante es el propósito de una norma, y entonces la efectividad actúa como un estándar alejado de un planteamiento de ponderación/contextualizado.⁹⁷

Asturcom, no obstante, no se alinea con esta última jurisprudencia. El Tribunal consideró preciso “determinar si la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas obliga al juez que conoce del procedimiento ejecutivo a brindar una protección absoluta al consumidor, aun cuando éste no haya ejercitado acción judicial alguna para hacer valer sus derechos y pese a las normas procesales nacionales de aplicación del principio de cosa juzgada [la cursiva es nuestra]”. Y entonces la Corte de Luxemburgo distinguió los hechos enjuiciados en *Asturcom* de *Mostaza Claro* y remarcó que la Sra. Rodríguez Nogueira no había comparecido en ninguno de los procedimientos, y, en particular, no había interpuesto una acción de revisión o anulación del laudo y destacó asimismo que, por este motivo, la resolución adquirió firmeza.⁹⁸ El Tribunal se planteó si “el logro de un equilibrio real obliga al juez que conoce del procedimiento ejecutivo a brindar una protección absoluta al consumidor, aun cuando este no haya ejercitado acción judicial alguna para hacer valer sus derechos y pese a las normas procesales nacionales de aplicación del principio de cosa juzgada [la cursiva es nuestra]”.⁹⁹ Importante, el mismo órgano judicial añadió que “el respeto del principio de efectividad no puede llegar, en circunstancias como las del procedimiento principal, hasta el extremo de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no solo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos, como en el asunto que dio lugar a la sentencia *Mostaza Claro* [...] sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado que, como la demandada en el procedimiento principal, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la anulación del laudo arbitral que, en consecuencia, pasó a ser firme”.¹⁰⁰

Así, la decisión *Asturcom* pondera, por un lado, el objetivo de la Directiva 93/13/CEE de

⁹⁵ La doctrina de la autonomía procesal fue expresamente confirmada en la STJUE, 1ª, 26.10.2006 (C-168/05, *Mostaza Claro*), § 24 y la STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), § 38.

⁹⁶ TRSTENJAK/BEYSEN (2011), p. 121.

⁹⁷ En todos estos casos las exigencias del derecho europeo del consumo prevalecen y se requiere una aplicación de oficio. SCHEBESTA (2010), p. 860. Cf. § 3.2.

⁹⁸ STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), § 33.

⁹⁹ *Ibidem*, § 34.

¹⁰⁰ *Ibidem*, §§ 47-48.

reemplazar el equilibrio formal del contrato con el equilibrio real entre el consumidor y la otra parte, y, por el otro lado, las exigencias de la *res judicata* unidas a la apatía del consumidor.¹⁰¹ Formulados en otros términos, la inactividad del consumidor fue un elemento tomado en consideración al establecer la efectividad como límite de la autonomía procesal, o sea, el consumidor perdió sus derechos al no participar activamente en ninguna fase de los procedimientos. Con todo, uno también podría hacer otra lectura de la sentencia y considerar una diferencia que tiene que ver con las características de los procedimientos sustanciados: aunque ambos casos conciernen a disputas resueltas por vía de arbitraje, *Mostaza Claro* se refiere a una acción de revisión o anulación de un laudo, mientras que *Asturcom* es fruto de una demanda de ejecución de este tipo de resoluciones.¹⁰²

De ese modo en *Asturcom* la Corte no confirma el *status sui generis* que antes su misma jurisprudencia había concedido al derecho de consumo. Al contrario, en esta ocasión el Tribunal claramente sujeta el derecho del consumo a las exigencias de la autonomía procesal, entendida esta conforme a la línea jurisprudencial iniciada en *Rewe/Comet* y, por tanto, limitada por los principios de efectividad y equivalencia.¹⁰³

La norma nacional sobre la cosa juzgada superó así el test de efectividad y la sentencia *Asturcom* en buena medida vino a coincidir con el criterio tradicional: por principio, el derecho de la Unión Europea 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 vulneración de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del derecho de la Unión Europea por la resolución en cuestión. Dentro del denominado “modelo de autonomía procesal”, en que el derecho de la Unión goza de primacía sustantiva, pero el TJUE debe respetar la autonomía procesal de los Estados miembros,¹⁰⁴ el Tribunal destacó que las normas nacionales que implementan el principio de la *res judicata* no deben ser menos favorables que la normativa correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), y las mismas no deben estar articuladas de tal manera que hagan imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).¹⁰⁵ En general, cabe concluir que los derechos nacionales que confieren firmeza a las resoluciones arbitrales o judiciales tras expirar un plazo de tiempo razonable solo pueden ponerse en duda con arreglo al principio de efectividad bajo unas condiciones muy restringidas y excepcionales. Desde ese

¹⁰¹ SCHEBESTA (2010), p. 861.

¹⁰² Sobre la distinción entre una efectividad subjetiva y objetiva, SCHEBESTA (2010), pp. 862-864.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 861.

¹⁰⁴ Este modelo reta al derecho de la Unión Europea a distinguir entre derecho sustantivo y procesal. *Ibidem*, p. 856. La razón de este planteamiento ha sido explicada por el Abogado General Sr. F.G. JACOBS en la conclusión presentada el 15.6.1995, C-430-431/93, *Jeroen van Schijndel*, § 31: “En primer lugar, procede tomar nota de que una correcta aplicación del Derecho no significa necesariamente que no pueda existir ningún límite a su aplicación”.

¹⁰⁵ STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), §§ 37-38, con referencias a la STJUE, 1.6.1999 (C-126/97, *Eco Swiss*), §§ 47-48, la STJUE, 1ª, 16.3.2006 (C-234/04, *Kapferer*), § 21 y la STJUE, 2ª, 3.9.2009 (C-2/08, *Fallimento Olimpclub*), § 23.

punto de vista, la decisión en *Asturcom* parece ser coherente con la jurisprudencia más antigua, confirmando que el derecho de consumo imperativo no es una excepción,¹⁰⁶ y ha sido valorada como un intento de racionalizar los casos de derecho de consumo con el cuerpo general de normas relacionadas con la autonomía procesal.¹⁰⁷

En relación al test de efectividad, la Corte de Luxemburgo, siguiendo la jurisprudencia previa, tomó en consideración los principios básicos del sistema judicial doméstico, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento. De este modo, un plazo de dos meses como el establecido en el Artículo 41.4 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, cuya expiración sin haber interpuesto acción de anulación conlleva que el laudo adquiera firmeza y, por tanto, efectos de cosa juzgada, fue considerado por el Tribunal que era coherente con el principio de efectividad, por no imposibilitar ni dificultar excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13/CEE confiere a los consumidores.¹⁰⁸ En definitiva pues, en *Asturcom* la Corte de Luxemburgo opta por dejar intactas las restricciones procedimentales nacionales.¹⁰⁹

La comparación con la jurisprudencia previa realizada por el Tribunal en *Asturcom* no ha convencido totalmente a parte de la doctrina científica.¹¹⁰ Como sabemos, en *Océano Grupo*¹¹¹ se planteó si el tribunal nacional debía examinar de oficio la validez de una cláusula contractual de competencia judicial territorial a la luz de la Directiva 93/13/CEE, y que prescribía que los consumidores debían presentarse ante un órgano judicial lejos de su lugar de residencia para instar la declaración de dicha invalidez. Formulada la cuestión prejudicial correspondiente, la Corte de Luxemburgo dio una respuesta positiva. De ahí que un sector doctrinal se plantea porque la Sra. Rodríguez Nogueira no recibió la misma protección que los consumidores en el caso *Océano Grupo*, los cuales en primera instancia mostraron idéntica pasividad; y la misma opinión encuentra la respuesta en el hecho de que el análisis hubiera exigido a la Corte de Luxemburgo extender a las resoluciones de arbitraje el deber de examinar *ex officio* la validez de las cláusulas contractuales bajo la Directiva 93/13/CEE.¹¹²

¹⁰⁶ EBERS (2010), p. 838.

¹⁰⁷ A este respecto la STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*) ha sido vista como un punto de inflexión con respecto a los anteriores avances jurisprudenciales. La autonomía procesal se consolida firmemente como principio en el ordenamiento europeo y el Tribunal somete dogmáticamente su alcance a los tests de efectividad y equivalencia, incluso en el ámbito del derecho de consumo. SCHEBESTA (2010), p. 861.

¹⁰⁸ STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), §§ 39-46. En la STJUE, 16.12.1976 (C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral*) y la STJUE, 16.12.1976 (C-45/76, *Comet*) el Tribunal ya había considerado que establecer una limitación razonable del plazo para interponer una acción generalmente era acorde con el principio de efectividad. EBERS (2010), p. 836.

¹⁰⁹ MAK (2010), p. 440.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 442-444.

¹¹¹ STJUE, 27.6.2000 (C-240-244/98, *Océano Grupo*).

¹¹² Conforme a esta opinión, el arbitraje sería un tópico delicado desde un punto de vista político y que la Corte de Luxemburgo prefirió soslayar. MAK (2010), pp. 442-444. En cuanto al impacto del caso *Asturcom*

En cualquier caso, el razonamiento de la Corte de Luxemburgo en *Asturcom* está en armonía con otra línea de casos en que el mismo órgano judicial tuvo que decidir si el principio de efectividad conlleva que una sentencia o laudo arbitral que ha adquirido autoridad de cosa juzgada deben dejarse de aplicar o ser revisados cuando son contrarios al derecho de la Unión Europea,¹¹³ y se aparta de la opinión de la Abogada General Sra. Verica TRSTENJAK. En consonancia con los Gobiernos húngaro y español y la Comisión, la Sra. TRSTENJAK sostuvo que, en vista del principio de tutela judicial efectiva y la necesidad de una protección efectiva del consumidor, era necesario desatender el principio de la *res judicata*.¹¹⁴ En su opinión, una interpretación contraria vendrá a significar que la cláusula contractual abusiva prevalece definitiva e irrevocablemente y en detrimento del consumidor. La Abogada General puntualizó además que los árbitros pueden tener un interés personal en mantener la validez de la cláusula arbitral que ha sido redactada por la asociación con la que se confía el procedimiento arbitral. Por todo ello, la Sra. TRSTENJAK concluyó que el tribunal encargado de la ejecución del laudo debería tener un poder adecuado de revisión. En contraste con esa opinión, no obstante, el Tribunal de Justicia basó la decisión *Asturcom* solamente en el principio de efectividad – no hizo referencia, en cambio, a la tutela judicial efectiva – y dio prioridad a la cosa juzgada.¹¹⁵

Nosotros, por nuestro lado, extraemos una importante lección del caso *Asturcom* para los consumidores con cláusulas suelo cuya declaración de invalidez ha producido unos efectos que una sentencia firme española, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, ha limitado temporalmente.

A este respecto a primera vista parece que *Asturcom* meramente viene a confirmar el estado de la cuestión: mientras las normas nacionales sobre firmeza de las sentencias observen los principios de efectividad y equivalencia, ellas son materia del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. Sin embargo, un análisis más exhaustivo revela que *Asturcom* es el primer caso sobre *res judicata* donde, en línea con la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, la autonomía procesal queda limitada por el principio de efectividad a partir

en el arbitraje de consumo, EBERS (2010), pp. 842-843.

¹¹³ STJUE, 1.6.1999 (C-126/97, *Eco Swiss*), §§ 46-47, respecto a un laudo arbitral que adquiere firmeza en un contrato B2B, y donde el Tribunal señala que un plazo de tres meses para interponer una acción de anulación no es excesivamente breve.

¹¹⁴ Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica TRSTENJAK, presentadas el 14.5.2009, C-40/08, *Asturcom*, § 75 (“[h]abida cuenta de las consideraciones precedentes, sobre todo la necesidad de proporcionar a los consumidores una protección efectiva y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que exige la intervención positiva, ajena a las partes del contrato, estoy convencida de que excepcionalmente puede ser necesario quebrar la fuerza de cosa juzgada”). La Abogada General basó sus argumentos principalmente en el principio de tutela judicial efectiva (§ 61) y la protección dada a los consumidores por la Directiva 93/13/CEE (§§ 64-71).

¹¹⁵ El hecho de que la Abogada General Sra. Verica TRSTENJAK y la Corte de Luxemburgo adoptaran una posición distinta en lo fundamental en el caso *Asturcom* ha sido considerado un tanto sorprendente, en comparación con la STJUE, 1ª, 14.6.2012, (C-618/10, *Banco español de Crédito contra Camino*), § 69. Véase MICKLITZ/REICH (2014), p. 783 en nota a pie 40.

de tomar en consideración los principios básicos del sistema judicial doméstico. Y la consecuencia de este planteamiento es que un consumidor que es informado de un procedimiento interpuesto en su contra, y que no participa en ninguna de sus fases, debería aceptar el resultado, incluso si es contrario a sus intereses.¹¹⁶

De ese modo, en nuestra opinión, la decisión de la Corte de Luxemburgo permite hacer un razonamiento *a contrario sensu* en relación a la cuestión tratada en este trabajo: el hecho de que un tribunal nacional haya dictado una sentencia que ha adquirido firmeza, en el marco de un procedimiento donde interviene activamente un consumidor, mediante el ejercicio de una acción individual o colectiva, debería ser un indicio a apreciar favorablemente por parte de los tribunales españoles a la hora de garantizar la protección debida a este sujeto, mediante el reemplazo del equilibrio formal derivado del contrato de préstamo con garantía hipotecaria por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre las partes.

Efectividad significa que el derecho nacional no puede hacer que la plena restitución sea prácticamente imposible o excesivamente difícil¹¹⁷ y, bajo nuestro punto de vista, no puede comportar que los consumidores afectados por cláusulas suelo que han sido declaradas nulas mediante sentencias firmes dictadas por tribunales españoles, en virtud de la aplicación de la *res judicata*, no estén facultados para obtener restitución de aquellos intereses abonados indebidamente desde la fecha de celebración del contrato de préstamo y hasta el día 9 de mayo de 2013.

b. El principio de equivalencia y la función compensatoria del Derecho procesal civil

El principio de equivalencia en *Asturcom* llevó a la Corte de Luxemburgo a explorar la posibilidad de hacer una revisión de oficio de las cláusulas contractuales en procedimientos ejecutivos. El principio exigía, a tenor del Tribunal, un mismo tratamiento entre una reclamación basada en el derecho de la Unión Europea y otra similar con fundamento en el derecho nacional. Por tanto, cuando los tribunales nacionales están legitimados para examinar *ex officio* ciertos fundamentos jurídicos formulados con arreglo al derecho interno, el principio de equivalencia requiere que aquellos estén legitimados también con respecto a fundamentos equivalentes basados en el derecho de la Unión.¹¹⁸ A este respecto el Tribunal consideró que el Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE “debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público”. El Tribunal sostuvo lo siguiente:¹¹⁹

¹¹⁶ MAK (2010), p. 448.

¹¹⁷ MICKLITZ/REICH (2014), pp. 796-797.

¹¹⁸ EBERS (2010), p. 834.

¹¹⁹ STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), §§ 52-53, con una remisión a la STJUE, 4ª, 4.6.2009 (C-243/08, *Pannon GSM*). Al respecto, la inserción del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE dentro del concepto de “política pública”, la aseveración de que este precepto debería ser considerado como de igual rango que las normas nacionales de orden público, ha llevado a plantear hasta qué punto esta línea de razonamiento

“52. [E]n este contexto, es necesario recordar que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar las disposiciones del Derecho nacional, en la medida de lo posible, de forma que puedan recibir una aplicación que contribuya a la ejecución del Derecho comunitario.

53. De ello se desprende que, en la medida en que el juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme deba, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo 6 de la citada Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véase, en este sentido, la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 32)”.

Bajo esa perspectiva, los tribunales nacionales encargados de la ejecución de laudos arbitrales firmes estarán obligados a revisar de oficio cláusulas que no han sido negociadas individualmente, si el derecho interno aplicable reconoce el “orden público” como un motivo por el cual una acción de ejecución puede ser desestimada.¹²⁰

La calificación de las normas de protección del consumidor como normas de “orden público” se ha mostrado problemática.¹²¹ Algunos comentarios subrayan que, en la medida que las condiciones impuestas por el derecho doméstico bajo las cuales los tribunales nacionales pueden o deben intervenir activamente para garantizar la observancia de las normas nacionales son, por lo general, más exigentes si estas normas tienen rango de orden público, la Corte de Luxemburgo, al colocar ciertas normas de las directivas de protección del consumidor al mismo nivel que aquellas normas, indirectamente obliga a los Estados a extender sus normas procesales más favorables a acciones que pretenden dar cumplimiento a los derechos del consumidor contemplados en el derecho de la Unión Europea.¹²² Y también se ha considerado que el empleo de un concepto autónomo de orden público por

realmente da a los tribunales nacionales un instrumento para examinar de oficio si una cláusula arbitral es abusiva. MAK (2010), pp. 445-447.

¹²⁰ El Tribunal reiteró su razonamiento en la STJUE, 1ª, 26.10.2006 (C-168/05, *Mostaza Claro*) en aras de determinar cuáles son las reclamaciones similares o equivalentes y, en esta sentencia, sostuvo que el Artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición imperativa y que esta normativa, “que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores, constituye, conforme al artículo 3 CE [TCE], apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad [...]”.

¹²¹ EBERS (2010), p. 835. Para una crítica a la posibilidad de calificar las normas de protección del consumidor como normas de orden público o del mismo rango que estas últimas, STUYCK (2010), pp. 891-892. En relación a ello, conforme a la misma opinión, la decisión adoptada en *Asturcom* es demasiado abstracta y, en consecuencia, susceptible de dar pie a una manipulación en el test de autonomía procesal. En la misma línea, SCHEBESTA (2010), pp. 868-870 y 876.

¹²² De ese modo la Corte de Luxemburgo implícitamente hace una excepción a aquella regla establecida por la jurisprudencia en cuya virtud el principio de equivalencia no puede ser interpretado en el sentido de que obliga a los Estados miembros a extender sus normas procesales más favorables a todas las acciones para hacer cumplir los derechos derivados del derecho de la Unión Europea. TRSTENJAK/BEYSEN (2011), p. 121.

parte de la Corte de Luxemburgo da lugar a la fijación de unos estándares en la Unión Europea que van más allá de una simple aplicación de la equivalencia, socavando de ese modo el principio de la *res judicata*.¹²³ En cualquier caso, desde una óptima estrictamente española, la apreciación de la cosa juzgada es cuestión de orden público procesal y que ha de ser estimada de oficio, como pone de manifiesto la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo,¹²⁴ por lo que una equiparación de rango con las normas de consumo no será suficiente por sí misma para dar prioridad a las últimas.

Del último razonamiento del TJUE nosotros extraemos otra importante lección para los consumidores con cláusulas suelo y a cuya declaración de invalidez se ha reconocido una retroactividad limitada. Se trata de hacer unas consideraciones de índole política. Como sugerimos antes en relación al caso *Lucchini*,¹²⁵ la protección de los consumidores está en juego cuando estos sujetos no pueden reabrir sentencias firmes en España. Admitiendo que el Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE debería ser tratado como una norma de orden público, tal vez ha llegado el momento de extender el impacto de aquella norma en el derecho procesal de los Estados, e ir más allá del paradigma del examen *ex officio* del carácter abusivo de una cláusula inserta en contratos celebrados entre empresas y consumidores por parte de los tribunales domésticos,¹²⁶ hasta alcanzar concretamente el principio de la cosa juzgada.¹²⁷

La jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo ha dejado claro que las normas procesales nacionales que se basan únicamente en el principio de autonomía de la voluntad, atribuyen un papel limitado al juez civil, prevén una disponibilidad limitada de defensas y pueden impedir el buen funcionamiento del principio de efectividad en el derecho europeo del consumo. El Tribunal de Justicia emplea de nuevo el método de ponderación porque no abandona completamente los principios del proceso civil que se encuentran bien establecidos, aunque los adapta a la concreta posición de inferioridad del consumidor, con

¹²³ Dado que la Corte de Luxemburgo ve el orden público como una razón que obliga al juez civil a desviarse de los principios fundamentales del proceso civil, incluida la *res judicata*, su posición socava la seguridad jurídica si resulta prácticamente imposible predecir cuáles van a ser en un futuro las reglas del derecho de la Unión Europea consideradas de orden público. Sin embargo, a propósito de *Asturcom* se ha considerado que, si el razonamiento del Tribunal es tomado seriamente, ninguna obligación surge para aquellos Estados que, como España, no reconocen el orden público como motivo suficiente para rechazar una solicitud de ejecución. EBERS (2010), pp. 835, 839-841 y 843-846.

¹²⁴ Véanse, por ejemplo, las SSTs, 1ª, 25.4.2001 (Ar. 3362; MP: Antonio Romero Lorenzo), FD 4º, y 20.4.2010 (Ar. 3539; MP: Antonio Salas Carceller), FJ 2º, a cuyo tenor la cosa juzgada debe “estimarse de oficio «para evitar resoluciones contradictorias que serían contrarias a la seguridad jurídica, cuestión que es de orden público, en atención a la cual el principio "non bis in idem" impide volver a plantear la misma cuestión ya debatida entre las mismas partes en anterior proceso y obtener una nueva decisión (Sentencias de 16 de marzo y de 27 de diciembre de 1993 y de 20 de mayo de 1994, entre otras)». Sobre esta jurisprudencia, SÁNCHEZ GARCÍA (2017), pp. 99-115.

¹²⁵ *Supra* § 3.2.

¹²⁶ Contrástese con la STJUE, 1ª, 14.3.2013 (C-415/11, *Aziz*). En cuanto al “constitucionalismo escondido” en este caso, MICKLITZ/REICH (2014), pp. 800-802.

¹²⁷ Sobre ello, *infra* § 3.4.

respecto no solamente a sus derechos contractuales sino también la ejecución de esos derechos.

El derecho procesal civil tiene una “función compensatoria”¹²⁸ que ha sido descrita una y otra vez por la Corte de Luxemburgo, por ejemplo, en *Pénzügyi Lízing*:

“46. Para responder a la cuestión planteada, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas [...].

47. El Tribunal de Justicia también ha declarado que, habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas [...].

48. Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva, el Tribunal de Justicia ha subrayado que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato [...]”.¹²⁹

La “función compensatoria” del derecho procesal civil, desarrollada en el ámbito de las cláusulas abusivas, denota un “activismo político” de la Corte de Luxemburgo, y ha sido aplicada en un número considerable de sentencias sin poner en duda, en lo fundamental, los conceptos de autonomía procesal y de remedios de los Estados miembros en materias cubiertas por las directivas de protección de los consumidores, y sin renunciar a un planteamiento “contextualizado” o de ponderación. Ahora bien, el Tribunal ha hecho una interpretación de estos conceptos “amiga del consumidor”.¹³⁰ En ese contexto apartar la norma de la cosa juzgada, hacer una excepción a su aplicación, constituye un auténtico reto, un paso más a realizar en la misma dirección.

Cabe concebir la cosa juzgada con un alcance flexible y, de hecho, en otra ocasión, el asunto *Invitel*,¹³¹ el TJUE mantuvo que el *effet utile* de la Directiva 93/13/CEE exigía una extensión de la *res judicata*. El caso trata de una acción colectiva de cesación interpuesta por la Oficina nacional húngara de protección del consumidor (*Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*) contra un proveedor de servicios de telecomunicaciones que empleaba en sus contratos una cláusula en cuya virtud le estaba permitido revisar unilateralmente el precio de los servicios, sin una razón válida y sin describir explícitamente el método de cálculo de la

¹²⁸ MICKLITZ/REICH (2014), pp. 802-803.

¹²⁹ STJUE, GS, 9.11.2010, (C-137/08, VB *Pénzügyi Lízing*), §§ 46-48.

¹³⁰ TRSTENJAK/BEYSEN (2011), p. 121.

¹³¹ STJUE, 1ª, 26.4.2012 (C-472/10, *Invitel*).

variación. Lo que resulta de particular interés es el efecto potencial que puede tener la acción en contratos individuales que contienen exactamente la misma cláusula que ha sido declarada nula tras el ejercicio de la acción colectiva. A este respecto, como sabemos, lo previsto en el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE no queda restringido a procedimientos individuales sino que, debido al apartado segundo del Artículo 7, se aplica también a la acción de cesación. De ahí que las conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Verica TRSTENJAK el 6 de diciembre de 2011, expresaron que las cláusulas habían sido “establecidas para ser aplicadas en un gran número de contratos celebrados con los consumidores en el marco de las operaciones comerciales”; y que la misma opinión llegara a la firme convicción de que sólo era posible luchar eficazmente contra aquellas cláusulas si se confería “un cierto radio de eficacia” a la resolución judicial declarativa de su carácter abusivo.¹³² La opinión expresada no cayó en saco roto y la Corte de Luxemburgo resolvió que “[...] cuando, en el marco de una acción de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula”.¹³³ Por su lado, el apartado tercero del Artículo 222 LEC prevé, según parte de la doctrina,¹³⁴ una extensión *ultra vires* de la cosa juzgada *secundum eventum litis*, en la medida en que esta extiende los efectos a consumidores que no han intervenido en el proceso promovido por una asociación en defensa de los intereses colectivos solo si la sentencia es favorable a esos intereses.¹³⁵ Pues bien, en nuestra opinión, el *effet utile* del apartado primero del Artículo 6

¹³² Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica TRSTENJAK, presentadas el 6.12.2011, C-472/10, *Invitel*, § 51.

¹³³ A partir de las Conclusiones de la Abogada General TRSTENJAK, §§ 38, 41-42 y 51, y la STJUE, 1ª, 26.4.2012 (C-472/10, *Invitel*), § 43, se ha sugerido que los Estados miembros ahora tienen la obligación de extender los efectos de cosa juzgada más allá de las partes contratantes. De hecho, ambos documentos parecen presuponer que una protección adecuada y efectiva de lo previsto en el Artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE debe incluir a todos los consumidores que han concluido un contrato con el profesional y no limitarse a las partes del litigio. MICKLITZ/REICH (2014), pp. 795-796.

¹³⁴ Por todos, SÁNCHEZ GARCÍA (2017), pp. 54-55.

¹³⁵ Por lo demás, la concurrencia de acciones individuales y colectivas en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE ha suscitado un importante debate. A este respecto, la STJUE, 1ª, 14.4.2016 (C-381 y 385/14, *Sales Sinués*), declaró que el Artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a declarar abusiva una cláusula, a suspender automáticamente su tramitación en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores y con el fin de que cese el uso de cláusulas análogas. Además, a la luz de esta sentencia, poco después la STC, 2ª, 19.9.2016 (Ar. 148: MP: Antonio Narvárez Rodríguez) sostuvo que las actuales normas españolas de la acción colectiva de cesación de cláusulas contractuales no permiten sustentar la tesis del desplazamiento o exclusión de la acción individual de nulidad de cláusulas abusivas, en beneficio de la referida acción de cesación, y que un tal desplazamiento causa una vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1CE). Entre la doctrina, CACHÓN CADENAS/REYNAL QUEROL (2015), pp. 141-162, GUIXÉ NOGUÉS (2013), pp. 245-259.

de la Directiva 93/13/CEE puede exigir no solamente una extensión de la *res judicata* sino también, cuando sea necesario a partir de la función compensatoria del derecho procesal civil, que se establezca una excepción a este principio. De lo contrario, limitar temporalmente los efectos de la declaración de invalidez de las cláusulas suelo, no permitir al consumidor una restitución de los intereses abonados por exceso con anterioridad a la fecha de 9 de mayo de 2013, conllevará que se reconozca el carácter vinculante de las cláusulas durante un periodo de tiempo, en contra de lo prescrito por el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE.¹³⁶

Políticamente, atribuir una retroactividad absoluta a los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo tendrá impacto en la reciente crisis financiera española. Extender la aplicación de la sentencia *Gutiérrez Naranjo*, sin duda, no saldrá gratis a aquellas entidades de crédito involucradas. Obviamente no es lo mismo restituir los intereses cobrados indebidamente desde 9 de mayo de 2013 que tener la obligación de hacerlo con respecto a los devengados desde la fecha de celebración del contrato de préstamo. Ahora bien, el mismo razonamiento fue utilizado por la doctrina de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para limitar temporalmente los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. El “orden público económico” fue invocado por la sentencia del Alto Tribunal español de 9 de mayo de 2013.¹³⁷ Para justificar el aplazamiento, el Tribunal Supremo basó su decisión en una serie de argumentos, incluida la aceptación social del empleo de cláusulas suelo, y luego apeló a un supuesto equilibrio entre, por un lado, la protección a proporcionar a los consumidores bajo la Directiva 93/13/CEE, y, por el otro lado, “los desafíos macroeconómicos que debe afrontar un sistema bancario ya de por sí debilitado de un Estado miembro” (§293, letra k);¹³⁸ y, sin embargo, una limitación temporal de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo fue considerada incompatible con el derecho de la Unión Europea en la misma sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016.

Una interpretación del carácter no vinculante de las cláusulas abusivas como prevé el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE se ha relacionado con el objetivo de la misma regulación, en los términos expresados por el Artículo 7.1, a saber,

¹³⁶ Más allá de la *res judicata*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), pp. 6-7.

¹³⁷ Para una crítica al razonamiento relativo al “orden público económico” empleado por el Alto Tribunal, *ibidem*, p. 3.

¹³⁸ El mismo planteamiento fue adoptado en las conclusiones del Abogado General Sr. Paolo MENGZZI al considerar la cuestión y hacer el test de efectividad en *Gutiérrez Naranjo*, presentadas el 13.07.2016, C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, del tenor siguiente: “[d]ependiendo de la fecha de celebración de los contratos de préstamo, la falta de efecto completamente retroactivo no ha tenido necesariamente como resultado no restablecer el equilibrio”. Esta constatación, a juicio del Abogado General, quedó confirmada por dos consideraciones esenciales en la apreciación realizada por el Tribunal Supremo, a saber, “en primer término, que el consumidor vinculado por un contrato de préstamo que incluía una cláusula «suelo» podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato, y, en segundo término, que la aplicación de la cláusula «suelo» no había tenido como consecuencia una modificación sustancial del importe de las mensualidades debidas por los consumidores”. Véase el § 73.

evitar el uso continuado de cláusulas abusivas en contratos concluidos entre profesionales y consumidores; un objetivo que exige que los efectos derivados de la nulidad de una cláusula suelo, declarada judicialmente, disuada el uso continuado de las cláusulas contractuales abusivas por parte de los profesionales. De modo que una nulidad sin efectos plenamente restitutorios estará lejos de tener esa consecuencia en el comportamiento, e incluso podrá alentar a los profesionales a emplear tales cláusulas en sus contratos toda vez que las mismas producirán los efectos deseados durante un cierto tiempo. En relación con ello, el Abogado General Sr. Paolo MENGOZZI opinó en *Gutiérrez Naranjo* que el efecto disuasorio se iba a garantizar plenamente en la medida en que a cualquier vendedor o proveedor que, con posterioridad a 9 de mayo de 2013, insertara esas cláusulas en sus contratos, le fuera ordenado eliminarlas y restituir cualquier importe recibido. A su juicio, el comportamiento de los profesionales iba necesariamente a cambiar, pues, desde el día 9 de mayo de 2013. A nosotros nos parece en cambio que el efecto solo será realmente disuasorio si ningún profesional puede esperar que aquellas cláusulas suelo insertas en un contrato carentes de transparencia produzcan efecto alguno.¹³⁹

La última tendencia de la jurisprudencia del TJUE da preferencia al principio de efectividad de las normas europeas frente a la cosa juzgada con el fin de proteger a los consumidores.

3.4. El principio de efectividad se impone a la cosa juzgada mediante un control de oficio de las cláusulas abusivas. La necesidad de proteger a los consumidores.

a. El caso Soledad Duarte

El litigio en el caso *Soledad Duarte*¹⁴⁰ tiene su origen en julio de 2004, momento en que la Sra. Duarte Hueros compró a la empresa Autociba un coche de techo corredizo. Efectuado por parte de la compradora el pago del precio, que fue de 14.320 €, Autociba le hizo entrega del citado vehículo durante el mes de agosto siguiente. Tras comprobar que, cuando llovía, se filtraba agua por el techo del habitáculo, la Sra. Duarte Hueros llevó el vehículo a Autociba, y al no haber resultado eficaces las repetidas reparaciones efectuadas, la Sra. Duarte Hueros solicitó la sustitución del coche.¹⁴¹

Dado que Autociba no accedió a la referida sustitución, la Sra. Duarte Hueros presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz, mediante la que reclamó la resolución del contrato de compraventa y la condena solidaria de la vendedora Autociba y la fabricante del vehículo Citroën España, S.A., a la devolución del precio. No obstante, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz expuso que, en virtud del artículo 3, apartado 6, de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (en

¹³⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), p. 7.

¹⁴⁰ STJUE, 1ª, 3.10.2013 (C-32/12, *Soledad Duarte*).

¹⁴¹ Para el comentario de la sentencia en la doctrina española, MUERZA ESPARZA (2013), pp. 1-2.

adelante Directiva 1999/44/CE),¹⁴² la resolución del contrato no era procedente, por tratarse de un defecto de escasa importancia.

En tal contexto, aun cuando, con arreglo al artículo 3, apartado 5, de la referida directiva, la Sra. Duarte Hueros tenía derecho a exigir una reducción del precio, el Juez remitente expuso que, de conformidad con el Derecho procesal español y, en particular, con el apartado primero del artículo 218 LEC, relativo al principio de congruencia que ha de existir entre las demandas de las partes y las sentencias, no podía reconocérsele la reducción del precio, porque la consumidora no lo había solicitado. El mismo tribunal declaró asimismo que, al haber tenido la Sra. Duarte Hueros la posibilidad de pedir en el litigio principal, siquiera con carácter subsidiario, dicha reducción del precio, esa eventual pretensión no podía ser ya juzgada en un ulterior procedimiento judicial, dado que en el derecho español el instituto de la cosa juzgada se extiende a todas las acciones que hubieran podido ser ejercitadas en un primer procedimiento.

En estas circunstancias, por albergar dudas sobre la compatibilidad del Derecho español con los principios derivados de la Directiva 1999/44/CE, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial, mediante la que pidió que se dilucidara si la directiva se oponía a la normativa procesal española, al no permitir esta última que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio.

Al resolver el asunto, la Corte de Luxemburgo empieza recordando que la finalidad de la Directiva 1999/44/CE es, tal y como indica su primer considerando, garantizar un alto nivel de protección de los consumidores;¹⁴³ y tras declarar que la regulación procesal destinada a salvaguardar los derechos que la directiva confiere a los consumidores corresponde al ordenamiento interno de cada Estado miembro,¹⁴⁴ el Tribunal de Justicia hace una ponderación encaminada a dilucidar si la efectividad del derecho a la reducción del precio conferido por la Directiva 1999/44/CE hace necesario establecer una excepción a la cosa juzgada regulada por las normas españolas.

Al llevar a cabo el test de efectividad y evaluar la autonomía procesal el TJUE hace una vez más una "aproximación contextualizada" y, por tanto, tiene en cuenta el lugar que ocupa la norma procesal controvertida dentro del conjunto del procedimiento y las peculiaridades que el mismo presenta ante las diversas instancias nacionales.¹⁴⁵ En un contexto de análisis del Derecho procesal civil español, la Corte de Luxemburgo observa, entre otras cosas, que, con arreglo al Artículo 400 LEC, "al demandante no se le concede la posibilidad de presentar una nueva demanda para hacer valer pretensiones que hubiesen podido deducirse, cuando menos con carácter subsidiario, en un primer procedimiento"; y que

¹⁴² DOCE nº L 171, 7.7.1999, pp. 12-16.

¹⁴³ STJUE, 1ª, 3.10.2013 (C-32/12, *Soledad Duarte*), § 25.

¹⁴⁴ *Ibidem*, § 31.

¹⁴⁵ *Ibidem*, § 34. Sobre el asunto, *supra* § 2.1.

“[e]fectivamente, en virtud del instituto de la cosa juzgada, dicha demanda resultaría inadmisibles”.¹⁴⁶ A partir de ello el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que un régimen procesal de las características del español, “al no permitir que el juez nacional reconozca de oficio al consumidor el derecho a obtener una reducción adecuada del precio de compra del bien, a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión ni de presentar al efecto una nueva demanda, *puede menoscabar la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión* [la cursiva es nuestra]”;¹⁴⁷ y con base en ese razonamiento, la sentencia declara que la normativa española controvertida “no se atiene al principio de efectividad, en la medida en que hace excesivamente difícil, cuando no imposible, en los procedimientos judiciales iniciados a instancia de los consumidores en caso de falta de conformidad con el contrato del bien entregado, la aplicación efectiva de la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos”.¹⁴⁸ La preservación de la competencia en materia de protección del consumidor, compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros (apartado segundo del Art. 4, letra f TFUE), deviene pues fundamental a la hora de hacer prevalecer la efectividad de las normas europeas frente a la cosa juzgada de las normas españolas.

b. El caso *Banco Primus*

La misma idea de dar preferencia al principio de efectividad frente a la cosa juzgada contemplada por el derecho nacional cuando se trata de proteger a los consumidores se observa en *Banco Primus*,¹⁴⁹ si bien el asunto constituye un nuevo hito en la evolución jurisprudencial si atendemos a la argumentación esgrimida por la Corte de Luxemburgo.¹⁵⁰

Con fecha 12 de junio de 2008, Banco Primus concedió al Sr. Gutiérrez García un préstamo garantizado con una hipoteca sobre la vivienda de este. Dicho préstamo se acordó por un plazo de cuarenta y siete años y debía devolverse en 564 cuotas mensuales. Como consecuencia del impago de siete mensualidades consecutivas, se declaró el vencimiento anticipado del préstamo en aplicación de la cláusula 6 *bis* del contrato y, el día 23 de marzo de 2010, Banco Primus reclamó el pago de la totalidad del capital pendiente de devolución, más intereses, costas y gastos. Dando curso a esta reclamación, se procedió asimismo a la venta en pública subasta del bien hipotecado. El día 11 de enero de 2011 tuvo lugar dicha

¹⁴⁶ STJUE, 1ª, 3.10.2013 (C-32/12, *Soledad Duarte*), § 36.

¹⁴⁷ *Ibidem*, § 39.

¹⁴⁸ *Ibidem*, § 41. La Corte de Luxemburgo expone que “el sistema español obliga a los consumidores, en lo esencial, a anticipar el resultado de la calificación jurídica de la falta de conformidad del bien, cuyo análisis definitivo corresponde al juez competente, lo que supone que la protección que el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44 atribuye al consumidor resulte meramente aleatoria y, en consecuencia, inadecuada”. A juicio del Tribunal, “[e]llo es así con mayor razón cuando, como sucede en el litigio principal, dicho análisis es especialmente complejo y, por ello, la referida calificación depende esencialmente de las diligencias que practicará el juez que conoce del asunto”. §40.

¹⁴⁹ STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*).

¹⁵⁰ Para el comentario de la sentencia en la doctrina española, PAZOS CASTRO (2017a), pp. 163-181.

subasta, pero no compareció ningún postor. En consecuencia, mediante decreto de adjudicación de 21 de marzo de 2011, el órgano jurisdiccional remitente adjudicó el bien a Banco Primus por un importe que representaba el 50% del valor de tasación del mismo. El 6 de abril de 2011, Banco Primus solicitó la entrada en posesión del bien, que fue diferida por tres incidentes sucesivos, entre los cuales figura el que concluyó con el pronunciamiento del auto de 12 de junio de 2013 por el que se consideró abusiva la cláusula 6 del contrato de préstamo, relativa a intereses de demora. La adopción del auto de 8 de abril de 2014, a raíz del tercer incidente, puso fin a la suspensión del procedimiento de lanzamiento.

El día 11 de junio de 2014, el Sr. Gutiérrez García formuló ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander un incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución del bien hipotecado, invocando el carácter abusivo de la cláusula 6 *bis* del contrato de préstamo, relativa al vencimiento anticipado.¹⁵¹ A raíz de esta oposición, el Juzgado, tras suspender el procedimiento de lanzamiento mediante resolución de 16 de junio de 2014, puso de manifiesto que subsistían dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato de préstamo. No obstante, por una parte, el mismo órgano judicial constató que el Sr. Gutiérrez García había formulado la oposición fuera de plazo, ya que había expirado el plazo preclusivo de un mes para formular el incidente, fijado por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social;¹⁵² y, por otra parte, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander señaló que el Artículo 207 LEC, regulador del principio de cosa juzgada formal, impedía realizar un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato sobre el que versaba el litigio principal, dado que con anterioridad un auto de fecha 12 de junio de 2013 había declarado la abusividad de la cláusula 6 *bis* del contrato en el marco de otro procedimiento, y esa resolución había adquirido firmeza. El Juzgado indicó además que incluso en el supuesto de que procediera declarar abusiva esta última cláusula, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le impediría declararla nula y dejarla sin aplicar, dado que Banco Primus no la había aplicado en la práctica, sino que había actuado de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del Artículo 693 LEC al esperar a que se produjera el impago de siete mensualidades para declarar el vencimiento anticipado.

Ante la situación creada, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander preguntó a la Corte de Luxemburgo, entre otras cuestiones, si los Artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE debían interpretarse en el sentido de que obligaban al órgano jurisdiccional remitente a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato que antes había sido sometido a un examen de tal naturaleza a la luz de la propia directiva, en el marco de otro procedimiento que había dado origen a una resolución judicial firme, a pesar

¹⁵¹ La cláusula controvertida facultaba a Banco Primus a exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos, entre otras razones, al producirse la falta de pago en fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco.

¹⁵² BOE nº 116, 15.5.2013, con rectificación de errores en BOE nº 123, 23.5.2013.

de las normas procesales nacionales reguladoras del principio de cosa juzgada. La discusión se centró entonces en si la Directiva 93/13/CEE se oponía a lo previsto en el Artículo 207 LEC.

Junto a otros pronunciamientos que trascienden el objeto del presente trabajo,¹⁵³ en *Banco Primus* el Tribunal de Justicia declara que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del Artículo 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; y que, 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 el eventual carácter abusivo de esas cláusulas, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.¹⁵⁴

La sentencia resultará de particular interés toda vez que—y en esto difiere de *Soledad Duarte*— la Corte de Luxemburgo aplica al ámbito de la cosa juzgada algunos razonamientos empleados hasta el momento con el fin de hacer compatibles los “principios Rewe” y la protección de los consumidores, una argumentación que ha llevado al Tribunal de Justicia a declarar en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE. En ese sentido, el Tribunal de Justicia reitera que el Artículo 6 de la norma de la Unión debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público;¹⁵⁵ y, lo que a nosotros nos parece aún de mayor relieve, *Banco Primus* es el primer asunto en que el Tribunal de Justicia se plantea si, dadas las circunstancias, la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones del

¹⁵³ En particular el Tribunal de Justicia declaró que los Artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE se oponían a una disposición nacional como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, reiterando así el criterio sostenido en la STJUE, 1ª, 29.10.2015 (C-8/14, *BBVA*). Véase la STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), §§ 36-38.

¹⁵⁴ A partir de la STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*) se afirma que la aparición sobrevenida de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para evaluar el carácter abusivo de una cláusula anteriormente no evaluada constituirá una de las excepciones que obliga al juez nacional a dejar de aplicar las normas procesales nacionales sobre cosa juzgada. PAZOS CASTRO (2017a), p. 168.

¹⁵⁵ En este punto la STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), § 42, cita la STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), § 52, y la STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), § 54, aunque, como sabemos, ninguna de ellas posterga la *res judicata* para dar preferencia al principio de efectividad. Véase *supra* § 3.3. De hecho en el segundo caso prevalece la cosa juzgada prevista en el derecho nacional.

profesional y del consumidor por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estos impone al órgano jurisdiccional remitente la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial de ese contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada.¹⁵⁶

En efecto, en *Banco Primus* la Corte se hace eco de la jurisprudencia que el mismo órgano judicial ha desarrollado. Señala que el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información.¹⁵⁷ Bajo esa perspectiva el apartado primero del Artículo 6 de la directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor con el fin de reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real.¹⁵⁸

En este contexto, la apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE viene a constituir un modo de subsanar el desequilibrio.¹⁵⁹ A continuación el Tribunal de Justicia recuerda la importancia que tiene el principio de cosa juzgada a la hora de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia; y reproduce aquella jurisprudencia que establece que el derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13/CEE, salvo que el derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público.¹⁶⁰ El apego a esa línea de razonamiento es lo que lleva a la Corte de Luxemburgo a declarar que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del Artículo 207 LEC, cuando ya existe un pronunciamiento firme sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva.¹⁶¹ Ahora bien, a continuación el Tribunal invoca la situación de inferioridad del consumidor y la necesidad de alcanzar un equilibrio real entre este sujeto y el profesional mediante la imposición al juez nacional de la obligación de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y extrae de ello que las condiciones establecidas por

¹⁵⁶ STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), §§ 40-41 y, sobre todo, 45.

¹⁵⁷ La cita aquí es de la STJUE, 1ª, 17.7.2014 (C-169/14, *Sánchez Morcillo*), § 22.

¹⁵⁸ La STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), § 41, invoca a este respecto la STJUE, 1ª, 17.7.2014 (C-169/14, *Sánchez Morcillo*), § 23 y la STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), § 53 y 55.

¹⁵⁹ STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), § 43. Sobre la “función compensatoria” del derecho procesal civil, desarrollada en el ámbito de las cláusulas abusivas, y que denota un “activismo político” de la Corte de Luxemburgo, *supra* § 3.4.

¹⁶⁰ STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), §§ 46-47. La cita en este punto es de la STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*), §§ 37 y 53 y la STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), § 68.

¹⁶¹ STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), § 49.

los Derechos nacionales, a las que se refiere el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, 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.¹⁶² Y esta última consideración lleva al Tribunal a declarar lo siguiente:

“De este modo, en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato. En efecto, en ausencia de ese control, la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)”.¹⁶³

Con estas palabras, a nuestro juicio, la Corte de Luxemburgo viene a preservar la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión, como sucedió con respecto a otra materia en el caso *Soledad Duarte*, mediante el mecanismo de la apreciación de oficio. En *Banco Primus*, sin embargo, el test de efectividad se efectúa de un modo menos explícito.¹⁶⁴ La línea de razonamiento, según opinamos, hace quebrar la cosa juzgada, pues una resolución firme podrá reabrirse cuando anteriormente el tribunal no ha evaluado el carácter abusivo de la cláusula contractual. La sentencia prefiere hacer efectivo lo previsto en el apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE y, aunque no lo expresa, ve oportuno establecer una excepción a la *res judicata*. En suma, el TJUE se muestra dispuesto a revisar sentencias firmes con el fin de preservar la competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados en materia de protección del consumidor (apartado segundo del Art. 4, letra f TFUE), de manera parecida a cómo antes lo había hecho con respecto a la competencia de la Comisión sobre ayudas de Estado.¹⁶⁵ En *Banco Primus* las distintas construcciones doctrinales elaboradas por el Tribunal de Justicia vienen a confluír, pues, en torno a la cosa juzgada.

La lección que resulta de esta sentencia para las cláusulas suelo está por aclarar. Como ha sostenido parte de la doctrina con respecto al control judicial de oficio de las cláusulas

¹⁶² STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), § 51, con remisión a los §§ 40-43 y cita de la STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), § 71.

¹⁶³ STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), § 52. Por lo demás, a tenor del § 53, “[e]n el presente asunto, a falta de mayores precisiones en los autos en poder del Tribunal de Justicia, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en el auto de 12 de junio de 2013, dotado de fuerza de cosa juzgada, se realizó un control, a la luz de la Directiva 93/13, de la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal o únicamente de la cláusula 6 del mismo”.

¹⁶⁴ Al analizar la jurisprudencia del TJUE sobre la cosa juzgada, SÁNCHEZ GARCÍA (2017), pp. 92-94, observa que con el asunto *Banco Primus* “se abre una esperanza” y a continuación el autor reproduce los §§ 50-52.

¹⁶⁵ *Supra* § 3.2.

abusivas en contratos celebrados con consumidores, la cuestión de la efectiva protección de los intereses de los consumidores obliga a replantear el rol del juez en su relación con la norma procesal a la luz de la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo.¹⁶⁶ A este respecto nosotros sostenemos –como SÁNCHEZ GARCÍA– que en el marco de la Unión Europea la protección de los derechos de los consumidores se eleva a rango fundamental y que esa circunstancia exige realizar una interpretación de las normas españolas sustantivas y procesales conforme a la legislación y jurisprudencia de la Unión.¹⁶⁷ Bajo esa perspectiva el razonamiento de *Banco Primus* ha sido empleado para afirmar que es posible declarar la abusividad de una cláusula contractual cuando estamos ante un procedimiento judicial que, conforme a las normas procesales, puede verse afectado por los efectos de cosa juzgada formal o material, regulados respectivamente en los Artículos 207 y 222 de la LEC o, en su caso, por los efectos derivados de la cosa juzgada virtual de Artículo 400.2 de la LEC.¹⁶⁸

En esa línea, a nosotros nos parece que la existencia de una resolución firme y los efectos de cosa juzgada producidos en reclamaciones sobre cláusulas suelo ya enjuiciadas no deberían ser óbice para declarar en un futuro la plena retroactividad de la invalidez hasta la fecha de celebración del contrato. La idea de hacer una excepción a la cosa juzgada regulada en las normas procesales para lograr una plena efectividad del apartado primero del Artículo 6 y el apartado primero del Artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE con respecto a la materia que estudiamos, como hemos señalado, no es completamente nueva en el derecho español.¹⁶⁹ Existirán dificultades de índole procesal para llevar a efecto lo que aseveramos. En ese sentido, el mecanismo previsto para revisar una resolución firme, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones regulado en el Artículo 228 de la LEC, resultará poco idóneo toda vez que el párrafo segundo del primer apartado de la norma establece que su ejercicio solamente puede tener lugar dentro de un plazo perentorio de veinte días hábiles desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.¹⁷⁰ Ahora bien, afirmada la subordinación de las normas procesales, entendemos que la misma debería llevarse a efecto. En relación a ello estaría por ver si, como propugna parte de la doctrina, cabría aplicar el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo – particularmente, los apartados 2 *in fine* y 3 de la exposición de motivos y los Artículos 1 y 2– para reclamar la totalidad de las cantidades indebidamente satisfechas cuando la cláusula suelo es declarada abusiva, al tratarse de una cuestión *ex novo* regulada con posterioridad y como causa de la sentencia

¹⁶⁶ SÁNCHEZ GARCÍA (2017), pp. 170-171.

¹⁶⁷ SÁNCHEZ GARCÍA (2014), p. 4.

¹⁶⁸ SÁNCHEZ GARCÍA (2017a), p. 22, haciendo hincapié en el § 54 de la sentencia.

¹⁶⁹ SÁNCHEZ GARCÍA (2014), p. 4, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2017), pp. 3-5 y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2017), p. 8.

¹⁷⁰ Sobre el incidente de nulidad de actuaciones, véase el ATS, 1^a, 2.2.2015 (Ar. 141; MP: Rafael Saraza Jimena).

del TJUE recaída en el caso *Gutiérrez Naranjo*.¹⁷¹

Moviéndonos más allá de los confines de los “principios Rewe”, a la hora de implementar el derecho de la Unión Europea el tribunal nacional también debe respetar los requisitos de la tutela judicial efectiva de los derechos que este ordenamiento reconoce a los sujetos, tal y como garantiza el Artículo 47 CDFUE. Los derechos fundamentales de la UE deben ser observados por los tribunales civiles nacionales al resolver conflictos entre particulares.¹⁷² Allí donde los Artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE no contemplan una regla procesal específica para garantizar la tutela judicial efectiva con respecto a las cláusulas suelo, por último pero no por ello menos importante, la actuación de los Estados miembros bajo el derecho de la Unión Europea queda sujeta a los requisitos que resultan de este derecho fundamental, en aras de hacer cumplir efectivamente aquel derecho y asegurar que su cumplimiento no afecta al Artículo 47 CDFUE. El significado y la realización del “test estándar” de efectividad y equivalencia llevada a cabo por la Corte de Luxemburgo continúa siendo objeto de debate.¹⁷³ No obstante, ¿puede el Artículo 47 CDFUE añadir alguna cosa al marco legal actualmente empleado por el TJUE para garantizar una protección de los derechos del consumidor, en los términos previstos en los Artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, desde una perspectiva procedimental y de remedios?

4. Los requisitos de una tutela judicial efectiva (Art. 47 CDFUE) se exigen además de los “principios Rewe”

El Artículo 47 CDFUE, párrafo primero, establece que “[t]oda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva [...]”. Un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se puede

¹⁷¹ El consumidor haría la reclamación previa del Artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2017 fundando su pretensión en una regulación inexistente cuando interpuso la demanda; y la verificaría para reclamar la restitución de cantidades indebidamente satisfechas, puesto que la sentencia firme acogió su pretensión en virtud de la jurisprudencia imperante en ese momento y, por tanto, no se le devolvió lo abonado con anterioridad a la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Así, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2017a), pp. 4-7; sigue el mismo criterio SÁNCHEZ GARCÍA (2017a), p. 29. También aboga por flexibilizar los efectos de la cosa juzgada a raíz de la excepcionalidad del sistema de reclamación introducido mediante esta regulación, ADÁN DOMÈNECH (2017), p. 37. Este autor justifica su posición con base en la consideración de las reglas de protección de los consumidores como normas imperativas de orden público, la prevalencia de la jurisprudencia del TJUE respecto del Tribunal Supremo español conforme al Artículo 4 bis de la LOPJ y, finalmente, la regulación excepcional aprobada por el Gobierno con el fin de instaurar un procedimiento *ad hoc* para reclamar estas cantidades. Al contrario, otros análisis del Real Decreto-ley 1/2017 sostienen que concurrirá el efecto de cosa juzgada material. CONDE FUENTES (2017), p. 228.

¹⁷² CHEREDNYCHENKO (2016), p. 113.

¹⁷³ Se ha afirmado que el test de efectividad no refleja lo que la Corte de Luxemburgo está haciendo realmente, de modo que es loable considerar si el Artículo 47 CDFUE puede facilitar un modelo mejor para guiar el examen de los remedios y procedimientos nacionales. MAK (2012), p. 20.

hacer cumplir ante las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros cuando aplican el derecho de la Unión (Art. 51, apartado primero). El apartado primero del Artículo 19 TUE, segundo párrafo, hace a los Estados miembros responsables de “establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión” desde una perspectiva que contempla a sus tribunales como tribunales de la Unión.¹⁷⁴ La responsabilidad para proteger este derecho será, pues, compartida entre la Unión y los Estados miembros. A estos últimos se les impone una obligación de compensar un ámbito limitado y acceso restringido a la revisión judicial por parte de los Tribunales de la Unión Europea.¹⁷⁵ Cada Estado aporta su propio sistema judicial para asegurar una aplicación efectiva del derecho de la Unión Europea.¹⁷⁶ Mientras que los tribunales nacionales conceden, dentro de su esfera de competencias, el nivel de protección exigido por el derecho de la Unión, es al TJUE a quien corresponde determinar, mediante una interpretación del Artículo 47 CDFUE y los actos que lo desarrollan, cuál es exactamente ese nivel, esto es, el estándar de protección de la Unión Europea.¹⁷⁷

Una lectura de la línea jurisprudencial que trata de la posibilidad de revisar sentencias que han adquirido firmeza en los ordenamientos nacionales¹⁷⁸ nos permite aseverar que la sentencia *Gutiérrez Naranjo* dictada por la Corte de Luxemburgo no fue consciente de la dimensión de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, en los términos consagrados en el Artículo 47 CDFUE; y que esta vertiente tampoco fue considerada por el Abogado General Sr. MENGOZZI, a pesar de que la Audiencia Provincial de Alicante apuntara que una extensión a la acciones individuales del criterio mantenido en la sentencia de 25 de marzo de 2015, adoptado en el contexto de una acción colectiva, “*podría tener como efecto restringir el derecho de los prestatarios, considerados individualmente, a la tutela judicial efectiva, en la medida en que las circunstancias específicas de cada caso concreto no se tomarían en consideración para determinar el punto de partida de la obligación de restitución que incumbe a la entidad bancaria que se haya beneficiado de los efectos de una*

¹⁷⁴ El derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del Artículo 47 CDFUE, no queda confinado al ejercicio de los derechos fundamentales, sino que abarca la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión Europea. Así lo declara la STFPUE, 1ª, 20.9.2011 (F-8/05 REV, *Fouwels*), § 53. Por lo demás, un buen ejemplo de la importancia del Artículo 47 CDFUE en la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo lo encontramos en la STJUE, 4ª, 18.3.2010 (C-317-320/08, *Alassini*). Por lo que respecta al significado de la tutela judicial efectiva en derecho del consumo, REICH (2014), pp. 346 y 352-362. En cuanto al papel a desempeñar por parte de los tribunales nacionales al interpretar y aplicar medidas domésticas que caen bajo el ámbito del derecho de la Unión Europea, a la luz de los derechos fundamentales, véase CHEREDNYCHENKO (2016), pp. 122-127.

¹⁷⁵ SAFIAN/DÜSTERHAUS (2014), pp. 4 y 6.

¹⁷⁶ LENAERTS, p. 1625.

¹⁷⁷ SAFIAN/DÜSTERHAUS (2014), p. 9. En relación a ello, por ejemplo, la STJUE, 6ª, 1.4.2004 (C-263/02, *Commission contra Jégo-Quéré & Cie Sa*), § 31, declara que “corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva [...]”.

¹⁷⁸ STJUE, 1ª, 16.3.2006 (C-234/04, *Kapferer*), STJUE, Gran Sala, 18.7.2007 (C-119/05, *Lucchini*) y STJUE, 1ª, 6.10.2009 (C-40/08, *Asturcom*).

cláusula abusiva [la cursiva es nuestra]”.¹⁷⁹ De hecho, el tribunal de instancia decidió plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal –únicamente con respecto al caso C-308/15–:

“8) ¿Es compatible con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la extensión automática de la misma limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula “suelo” declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra entidades financieras, a las acciones individuales de nulidad de una cláusula “suelo” por abusiva instadas por los clientes-consumidores que contrataron un préstamo hipotecario con entidades financieras distintas? [la cursiva es nuestra]”.¹⁸⁰

Ha quedado claro que *Gutiérrez Naranjo* fue un caso relativo al cumplimiento del derecho sustantivo de la Unión y en el que asimismo la cuestión de la cosa juzgada no se relaciona con debidamente con la tutela judicial efectiva. El mismo planteamiento se observa en *Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral*,¹⁸¹ sentencia a la que hemos aludido en distintas ocasiones, y, sin embargo, su apartado 5 ha sido interpretado en el sentido que, en ausencia de normas de la Unión Europea que rijan la materia, las normas nacionales que tratan de hacer cumplir el derecho de la Unión deben cumplir con el Artículo 47 CDFUE y los principios de efectividad y equivalencia (“*Rewe 47 test*”).¹⁸² Además, en cuanto a la relación entre el Artículo 47 CDFUE y los “Principios Rewe”, los principios de efectividad y equivalencia, la sentencia *Sánchez Morcillo*¹⁸³ ha declarado lo siguiente:

“35. De este modo, la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial, consagrada asimismo en el artículo 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar (véase, en este sentido, la sentencia *Banif Plus Bank*, C-472/11, EU:C:2013:88, apartado 29). Esta tutela judicial ha de extenderse tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el Derecho de la Unión como a la definición de la regulación procesal de tales demandas (véase, en este sentido, la sentencia *Alassini* y otros, C-317/08 à C-320/08, EU:C:2010:146, apartado 49).

[...]

50. En tales circunstancias, es preciso declarar que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el

¹⁷⁹ STJUE, Gran Sala, 21.12.2016 (C-154-307-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), § 41.

¹⁸⁰ *Ibidem*, § 42.

¹⁸¹ STJUE, 16.12.1976 (C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral*).

¹⁸² SAFIAN/DÜSTERHAUS (2014), p. 10.

¹⁸³ STJUE, 1ª, 17.7.2014 (C-169/14, *Sánchez Morcillo*), §§ 35 y 50.

documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía”.

Los requisitos derivados del Artículo 47 CDFUE tienden a superponerse al principio de efectividad cuando dichos requisitos vienen a reflejar preferencias del derecho secundario de la Unión Europea. Ello es particularmente así, afirma una opinión doctrinal, cuando las normas procesales sometidas a examen acentúan un desequilibrio entre las partes que la protección del consumidor ofrecida por la Unión Europea pretende compensar. Normas procesales que globalmente cumplen con los requisitos del Artículo 47 CDFUE pueden fallar, no obtener el mismo resultado, cuando las mismas comprometen o ponen en peligro la protección dispensada a los consumidores ante cláusulas contractuales abusivas.¹⁸⁴

En la misma línea, el principio de tutela judicial efectiva ha sido tomado en consideración en apoyo del hecho que el tribunal nacional también debe estar legitimado en procedimientos ejecutivos para examinar de oficio si una cláusula arbitral debe ser declarada abusiva. La Abogada General Sra. Verica TRSTENJAK expresó en *Asturcom* que “esta interpretación es la que mejor se compadece con el objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13”. A su juicio, un análisis en estos términos “[t]ambién concuerda con el tenor del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, que exige expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas [...]”; y coincide asimismo con “la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que exige que, al adaptar el Derecho interno a una directiva, los Estados garanticen de manera eficaz los derechos que la Directiva confiere a los particulares”.¹⁸⁵ De acuerdo con esa opinión, la autonomía procesal “tampoco se opone a dicha interpretación. Al contrario: de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables”. Y, añade a continuación la Abogada General, “[a] este respecto ha de tenerse en cuenta que, conforme a una jurisprudencia reiterada, el principio de tutela judicial efectiva forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados y también ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y reiterado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000”. Y asimismo, sigue afirmando la misma opinión, “conforme a jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el respeto del

¹⁸⁴ Ello de se debe a que el apartado primero del Artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, leído conjuntamente con el Artículo 47 CDFUE, se opone a las disposiciones que prohíben a un tribunal de primera instancia suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria para valorar el carácter abusivo de una cláusula contractual. SAFIAN/DÜSTERHAUS (2014), p. 12.

¹⁸⁵ Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica TRSTENJAK, presentadas el 14.5.2009, C-40/08, *Asturcom*, § 59.

derecho de defensa debe garantizarse «en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo», es decir, también en procedimientos arbitrales”.¹⁸⁶

De esta manera los requisitos derivados del Artículo 47 CDFUE y los procesales nacionales deben evolucionar claramente a la par y, en el ámbito de las cláusulas contractuales abusivas, los primeros se superponen a los “principios Rewe”.¹⁸⁷

Lo problemático será determinar entonces si los requisitos que resultan del Artículo 47 CDFUE fueron observados por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 cuando estableció una limitación temporal de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, habida cuenta de la falta de parámetros en la jurisprudencia del TJUE. A lo largo de los últimos años la Corte de Luxemburgo ha procurado alcanzar un estándar coherente de tutela judicial efectiva dentro del ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea.¹⁸⁸ Los temas que han sido tratados en casos previos, no obstante, no guardan relación con los planteados en *Gutiérrez Naranjo*. Así, por ejemplo, en *Commission contra Ireland y otros*,¹⁸⁹ *Review M contra EMEA*¹⁹⁰ y *Banif Plus Bank*¹⁹¹ encontramos los requisitos que resultan del derecho a ser oído en procedimientos judiciales. En estos casos el TJUE ha declarado que “por regla general el principio de contradicción implica el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de las pruebas y alegaciones presentadas ante el juez y de discutir las”; así como que “basar una resolución judicial en hechos y documentos de los cuales las propias partes, o una de ellas, no han podido tener conocimiento, y sobre los cuales, por tanto, no han podido presentar sus observaciones, supondría violar un principio jurídico elemental”; o, en fin, que el principio de contradicción implica, “con carácter general, el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales tiene intención de fundamentar su decisión”.¹⁹² Para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un

¹⁸⁶ *Ibidem*, §§ 60-61. Véanse también la conclusiones del Abogado General Sr. Antonio TIZZANO, presentadas el 17.4.2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, § 59. Una revisión *ex ante* y *ex post* del derecho secundario a la luz de los derechos fundamentales ha ganado importancia en el derecho de consumo de la Unión Europea. CHEREDNYCHENKO (2016), pp. 115-116.

¹⁸⁷ SAFIAN/DÜSTERHAUS (2014), pp. 12 y 15. Cfr. MAK (2012), pp. 6, 12 y 17. MICKLITZ/REICH (2014), p. 802. A este respecto se ha afirmado que el principio de tutela judicial efectiva expande el “viejo” principio de efectividad del derecho de la Unión Europea. EBERS (2010), p. 836.

¹⁸⁸ Dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, únicamente la Corte de Luxemburgo puede decidir en última instancia cuál es el estándar de protección y hasta dónde los Estados pueden garantizar uno de superior sin vulnerar la primacía, unidad y efectividad de aquel Derecho; ello a pesar de que la competencia del Tribunal de Justicia se ejerce a base de un diálogo constructivo con los tribunales nacionales, particularmente los constitucionales. SAFIAN/DÜSTERHAUS (2014), pp. 26 y 38.

¹⁸⁹ STJUE, Gran Sala, 2.12.2009 (C-89/08, *Commission contra Ireland y otros*).

¹⁹⁰ STJUE, 3ª, 17.12.2009 (C-197/09, *Review M contra EMEA*).

¹⁹¹ STJUE, 1ª, 21.2.2013 (C-472/11, *Banif Plus Bank*).

¹⁹² STJUE, Gran Sala, 2.12.2009 (C-89/08, *Commission contra Ireland y otros*), §§ 52 y 55 y STJUE, 3ª, 17.12.2009 (C-197/09, *Review M contra EMEA*), § 41.

proceso equitativo, declaró el Tribunal, “procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento”.¹⁹³

El derecho a una tutela judicial efectiva regulado en el Artículo 47 CDFUE ha adquirido, como parte del derecho de la Unión Europea, una entidad y sustantividad propias, al reconocerse la posibilidad de recibir un asesoramiento, una defensa y una representación, más allá de las garantías contempladas en el Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).¹⁹⁴ Sin embargo, a diferencia de la sentencia *Gutiérrez Naranjo*, estos requisitos se han establecido en un contexto bastante distinto, en casos relativos a la revisión de un juicio sustanciado ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas,¹⁹⁵ o en que la tutela judicial efectiva no fue empleada en la misma dirección que la idea de dar efectividad al derecho de la Unión.¹⁹⁶ Únicamente hace pocos meses, en *Banco Primus*, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse, como hemos expuesto, acerca de una eventual vulneración tanto de la efectividad del apartado primero del Artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, como de la tutela judicial efectiva, con respecto una cláusula de vencimiento anticipado; y sentenció que la necesidad de hacer efectiva la norma permitía revisar sentencias firmes que no habían valorado la legalidad de la cláusula y que la tutela judicial efectiva, en cambio, no había sido transgredida. A este respecto el Tribunal de Justicia reiteró que “según el Derecho de la Unión Europea, el principio de tutela judicial efectiva de los consumidores no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal”.¹⁹⁷ Con todo, los requisitos que fijan las sentencias resultan insuficientes para evaluar si las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que los Artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE conceden a los consumidores, fueron plenamente respetados en los casos de cláusulas suelo que son objeto de este trabajo, en los términos que garantiza el Artículo 47 CDFUE.

¹⁹³ STJUE, Gran Sala, 2.12.2009 (C-89/08, *Commission contra Ireland y otros*), § 56, STJUE, 3ª, 17.12.2009 (C-197/09, *Review M contra EMEA*), § 41 y STJUE, 1ª, 21.2.2013 (C-472/11, *Banif Plus Bank*), §§ 30 y 36. En el último caso el Tribunal sostuvo que “los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula”. Sin embargo, expresa la misma sentencia a continuación, “el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales”.

¹⁹⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, presentadas el 1.3.2011, C-69/10, *Samba Diouf*, § 39. También SAFIAN/DÜSTERHAUS (2014), p. 32.

¹⁹⁵ STJUE, Gran Sala, 2.12.2009 (C-89/08, *Commission contra Ireland y otros*) y STJUE, 3ª, 17.12.2009 (C-197/09, *Review M contra EMEA*).

¹⁹⁶ En relación a ello, STJUE, 3ª, 17.12.2009 (C-197/09, *Review M contra EMEA*), § 33.

¹⁹⁷ STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14, *Banco Primus*), § 48, con cita de la STJUE, 1ª, 17.7.2014 (C-169/14, *Sánchez Morcillo*), § 36.

En relación a ello, nosotros consideramos que dar a todas las partes del proceso la oportunidad de exponer sus opiniones sobre la materia en el sistema judicial nacional no debería ser suficiente para cumplir los requisitos de la tutela judicial efectiva cuando se encuentran involucrados derechos de los consumidores derivados del derecho de la Unión, cuando el consumidor o una asociación de consumidores ha interpuesto una acción judicial para hacer valer sus derechos y, ello no obstante, el criterio del tribunal nacional no es conforme con el derecho de la Unión Europea. Esto último ocurrió en el procedimiento que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y que dictaminó que la declaración de invalidez de las cláusulas suelo examinadas debía producir unos efectos limitados temporalmente. Como vimos, la pasividad absoluta del consumidor resultó relevante en *Asturcom*.¹⁹⁸

A la luz de este caso —y de *Mostaza Claro*— opinamos que la tutela judicial no pudo ser efectiva con respecto a las asociaciones de consumidores y los consumidores que ejercieron sendas acciones ante los tribunales nacionales por el cauce adecuado, aunque se discutiera acerca de los efectos que produce la declaración de invalidez como consecuencia de la falta de transparencia de las cláusulas suelo; y que una tutela judicial efectiva en los términos del Artículo 47 CDFUE exige que se establezca una excepción a la *res judicata* que permita aplicar el criterio fijado por el TJUE en *Gutiérrez Naranjo*.

A nuestro juicio, en este caso hay lugar para sugerir que las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros dejen de aplicar el principio de la cosa juzgada, cuyo alcance impide en estos momentos a los consumidores obtener una tutela judicial efectiva y vulnera el derecho fundamental plasmado en el Artículo 47 CDFUE.¹⁹⁹ Este derecho únicamente será respetado si se permite a los consumidores afectados por el criterio establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, beneficiarse de la decisión del TJUE en *Gutiérrez Naranjo*, y obtener una restitución plena de los intereses abonados ilegítimamente con motivo de las cláusulas suelo.²⁰⁰

En definitiva, nos parece que debemos asumir que los requisitos derivados del Artículo 47 CDFUE se superponen a aquellos atribuidos al principio de efectividad, y que ello debería llevar a la adopción de medidas de promoción de una protección procesal del

¹⁹⁸ *Supra* § 3.3.

¹⁹⁹ La obligación de las autoridades públicas de respetar los derechos fundamentales al elaborar, interpretar y aplicar normas de derecho privado ha sido reconocida en un contexto nacional y europeo. CHEREDNYCHENKO (2016), p. 136.

²⁰⁰ Empleando un razonamiento distinto SÁNCHEZ GARCÍA (2017), p. 167, llega al mismo resultado que nosotros cuando expresa lo siguiente: “conforme a la doctrina fijada por el TJUE [en *Gutiérrez Naranjo*] [...] la regla preclusiva del artículo 400 de la LEC y los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material no deberían afectar al litigante consumidor, ya que tratándose de normativa comunitaria de *ius cogens* y, por tanto de orden público e imperativo, el principio de efectividad proclamado por el TJUE debe permitir al consumidor ejercitar las pretensiones que no hayan caducado ni prescrito, *al amparo del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* [la cursiva es nuestra]”.

consumidor;²⁰¹ y que, entre tanto, el derecho fundamental a un remedio efectivo y a un proceso equitativo, contemplado en el Artículo 47 CDFUE, podría invocarse ante el TJUE porque el mismo fue vulnerado por los tribunales españoles al interpretar y aplicar las medidas nacionales que recaen dentro del ámbito del derecho de la Unión. La necesidad de preservar el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva debería justificar el establecer una excepción a la *res judicata*.²⁰²

5. Conclusiones

La cosa juzgada no tiene carácter absoluto y debe ser cuidadosamente ponderada con el derecho de la Unión Europea. A la hora de decidir sobre temas que tienen un impacto en la validez de las sentencias firmes dictadas por tribunales nacionales, el TJUE debe encontrar un equilibrio entre, por un lado, la necesidad de preservar la autonomía procesal de los Estados miembros y los requisitos esenciales de la seguridad jurídica y, por el otro, la efectividad del derecho de la Unión Europea en los casos en que se produce una vulneración de este ordenamiento.

La sentencia *Gutiérrez Naranjo* siguió la línea de *Kapferer* y, de ese modo, la posibilidad de establecer una excepción a la *res judicata* fue dejada a la esfera de la organización judicial española, tras asumir que la primacía del derecho de la Unión y la autonomía procesal no son antítesis una de otra. Con base en ese planteamiento, el derecho de la Unión Europea no exige a un tribunal nacional dejar de aplicar las normas procesales domésticas que confieren firmeza a una resolución, ni siquiera si ello permite subsanar una vulneración de aquel ordenamiento por parte de la resolución en cuestión. La idea de que el derecho de la Unión Europea como tal no presupone su automática aplicación ha sido aceptada mayoritariamente en España con respecto a las consecuencias de la sentencia *Gutiérrez Naranjo*. Hoy se sostiene casi unánimemente que la aplicación de las actuales normas procesales nacionales no permite a los tribunales de este país reabrir aquellas resoluciones firmes que atribuyen unos efectos restitutorios limitados temporalmente a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

Sin embargo, los principales textos legales vienen estableciendo que los consumidores deben ser objeto de un alto nivel de protección (Arts. 12 y 169 TFUE, Art. 38 CDFUE); una protección, al fin y al cabo, del sujeto y que los Estados deben alcanzar permitiéndoles hacer efectivos frente a los profesionales aquellos derechos que tienen bajo el derecho de la

²⁰¹ En la misma línea, STJUE, 1ª, 17.7.2014 (C-169/14, *Sánchez Morcillo*). Se ha interpretado que los derechos contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea pueden dar lugar a que las autoridades europeas y nacionales reclamen la adopción de medidas. CHEREDNYCHENKO (2016), p. 129. Las obligaciones positivas en este sentido, se afirma, podrían resultar de una interpretación funcional del test de efectividad llevado a cabo con arreglo al Artículo 47 CDFUE y el párrafo segundo del Artículo 19.1 TUE. SAFIAN/DÜSTERHAUS (2014), p. 1.

²⁰² Las partes envueltas en un litigio civil bajo el derecho de la Unión Europea pueden invocar su derecho a una tutela judicial efectiva en los términos previstos en el Artículo 47 CDFUE para garantizar que se les facilite una defensa procesal suficiente. MAK (2012), p. 18.

Unión.

Ciertamente, los Estados miembros no disponen de los parámetros necesarios para ponderar el ejercicio de la autonomía procesal y, en definitiva, para determinar si el principio de efectividad de la Unión Europea debe llevar a establecer una excepción a la *res judicata*. Así que la jurisprudencia estándar de la línea *Rewe* es empleada a veces para trazar los límites del paradigma de la autonomía procesal nacional, una aproximación que lleva a confiar plenamente en el derecho nacional; de suerte que, en una especie de argumento circular, no se acepta ninguna excepción al principio de la cosa juzgada cuando el tribunal nacional no está legitimado, de acuerdo con el derecho interno, a revisar una resolución definitiva (caso *Kapferer*).

De acuerdo con esa perspectiva, la cuestión de la limitación temporal de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo fue presa de una verdadera telaraña. El parámetro del derecho nacional, a nuestro modo de ver, no debería ser suficiente para alcanzar un equilibrio. Una trampa para moscas que resulta particularmente llamativa si consideramos que las sentencias adquirieron firmeza tras una lucha de los consumidores para hacer efectivos sus derechos.

Como consecuencia de la obvia laguna existente en hacer cumplir el derecho de la Unión Europea, la Corte de Luxemburgo ha desarrollado gradualmente un amplio sistema de protección jurídica cuyo potencial está todavía por explorar por parte de los consumidores individuales y las asociaciones de consumidores.²⁰³ Puesto que la seguridad jurídica en los ordenamientos nacionales es uno de los valores que este Tribunal debe ponderar, este órgano judicial debería preocuparse igualmente de que sus propias resoluciones cumplan también con ese principio fundamental. A este respecto, nos parece muy importante que el TJUE sea capaz de consolidar una jurisprudencia clara y coherente, que permita a los operadores jurídicos extraer criterios precisos. Entonces será mucho más fácil para los sujetos adoptar estrategias ante las distintas situaciones, y para los tribunales nacionales dictar sentencias adecuadas.²⁰⁴

El TJUE ha desempeñado un papel más activo y establecido una excepción a la *res judicata* cuando se ha tratado de preservar el ejercicio de las competencias atribuidas a la Comisión por lo que se refiere a ayudas estatales al sector de la industria, un área extremadamente importante para el funcionamiento del mercado común (casos *Lucchini* y *Klausner Holz Niedersachsen*).

El principio de efectividad puede constituir una poderosa justificación para dejar de aplicar la legislación nacional de la *res judicata* y, por tanto, para dar más peso a la legalidad de la Unión Europea. Entonces, a la luz de la jurisprudencia analizada, se podrá imponer una aproximación contextual orientada a dar relieve a la actuación del consumidor en el

²⁰³ REICH (2014), p. 343.

²⁰⁴ GROUSSOT/MINSSEN (2007), p. 415.

proceso judicial (caso *Asturcom*); aunque, más recientemente, las decisiones tomadas en *Soledad Duarte* y *Banco Primus* han abierto las puertas a la posibilidad de dar prevalencia al principio de efectividad frente a la cosa juzgada cuando se trata de proteger a los consumidores.

Nosotros nos preguntamos por qué en *Gutiérrez Naranjo* no se extendió el efecto útil de la Directiva 93/13/CEE en lo que atañe a la *res judicata*. Como mantuvieron los profs. Dres. MICKLITZ y REICH, la Directiva 93/13/CEE ha resurgido en los últimos años y las respuestas dadas por la Corte de Luxemburgo se encuentran relacionadas con una preocupante negación de los derechos de los consumidores como consecuencia de una serie de límites procesales impuestos por el derecho de los Estados miembros. Uno entonces podría plantearse qué existe detrás de esa negación, sobre todo cuando los litigios judiciales tienen lugar en el marco de una crisis económica y financiera, los consumidores acuden a los tribunales tratando de que se haga justicia y la misma es denegada por los gobiernos nacionales, agencias, e incluso los parlamentos.²⁰⁵ Siguiendo a los profs. Dres. MICKLITZ y REICH, la jurisprudencia que hemos examinado pone de manifiesto la estrecha relación entre derechos, remedios y procedimientos, entre un derecho de consumo sustantivo y un derecho de consumo que debe hacerse cumplir.²⁰⁶ El *revival* de la Directiva 93/13/CEE debe proseguir y, según opinamos, el *effet utile* de esta normativa requiere una reconsideración de los procedimientos nacionales en su totalidad, incluidas las normas reguladoras de la cosa juzgada.

Obviamente, mientras la *res judicata* se mantenga firmemente arraigada en el derecho nacional, hacer una excepción en favor de la efectividad de los Artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE no será tarea fácil. Ahora bien, el Tribunal Supremo español ya sufrió un serio revés cuando la interpretación realizada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 no fue seguida por el TJUE, particularmente en lo que atañe al argumento del impacto económico; y las normas procesales no deberían ser obstáculo alguno para extender el efecto útil de la Directiva 93/13/CEE a la cosa juzgada.

La sentencia *Gutiérrez Naranjo* fue valiente hasta cierto punto, pero ha llegado el momento de dar un paso más, no solamente con respecto a los “principios Rewe”, sino, incluso, a los requisitos derivados del Artículo 47 CDFUE. Aunque faltan parámetros en la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo para evaluar si el derecho a una tutela judicial efectiva fue vulnerado por los tribunales españoles al interpretar y aplicar las medidas nacionales que forman parte del ámbito del derecho de la Unión Europea (Arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE), un escenario de superposición del Artículo 47 CDFUE con los “principios Rewe” fue trazado por la Corte de Luxemburgo en *Sánchez Morcillo*²⁰⁷ en el campo de las cláusulas contractuales abusivas. Definitivamente, aquellos consumidores que cuentan con resoluciones judiciales firmes denegando una restitución plena de los

²⁰⁵ MICKLITZ/REICH (2014), p. 806.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 807.

²⁰⁷ STJUE, 1ª, 17.7.2014 (C-169/14, *Sánchez Morcillo*), §§ 35 y 50.

efectos producidos por la declaración de nulidad de las cláusulas suelo no deberían simplemente lamentarse de su mala suerte.

6. Tabla de jurisprudencia citada

Corte de Luxemburgo (TJUE)

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
STJUE, 16.12.1976	C-33/76, <i>Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral</i>	[1976] ECR 1989
STJUE, 16.12.1976	C- 45/76, <i>Comet</i>	[1976] ECR 2043
STJUE, 9.3.1978	C-106/77, <i>Simmenthal II</i>	[1978] ECR 629
STJUE, 14.12.1995	C-312/93, <i>Peterbroeck</i>	[1995] ECR I-4599
STJUE, 14.12.1995	C-430-431/93, <i>Jeroen van Schijndel</i>	[1995] ECR I-04705
STJUE, 5ª, 10.7.1997	C-261/95, <i>Palmisani</i>	[1997] I ECR-4028
STJUE, 1.6.1999	C-126/97, <i>Eco Swiss</i>	[1999] ECR I-3055
STJUE, 27.6.2000	C-240-244/98, <i>Océano Grupo</i>	[2000] ECR I-4941
STJUE, 5ª, 21.11.2002	C-473/00, <i>Cofidis</i>	[2002] ECR I-10875
STJUE, 30.9.2003	C-224/01, <i>Köbler</i>	[2003] ECR I-10239
STJUE, 13.1.2004	C-453/00, <i>Kühne & Heitz</i>	[2004] ECR I-837
STJUE , 6ª, 1.4.2004	C-263/02, <i>Commission v Jégo-Quééré & Cie Sa</i>	[2004] ECR I-3425
STJUE, 2ª, 11.11.2005	C-505/14, <i>Klausner Holz Niedersachsen</i>	ECLI:EU:C:2015:742
STJUE, 1ª, 16.3.2006	C-234/04, <i>Kapferer</i>	[2006] ECR I-2585
STJUE, 1ª, 26.10.2006	C-168/05, <i>Mostaza Claro</i>	[2006] ECR I-10421
STJUE, GS, 18.7.2007	C-119/05, <i>Lucchini</i>	[2007] ECR I-6228
STJUE, 4ª, 4.6.2009	C-243/08, <i>Pannon GSM</i>	[2009] ECR I-4713
STJUE, 1ª, 3.9.2009	C-489/07, <i>Messner</i>	[2009] ECR I-7315
STJUE, 2ª, 3.9.2009	C-2/08, <i>Fallimento Olimpiclub</i>	[2009] ECR I-07501
STJUE, 1ª, 6.10.2009	C-40/08, <i>Asturcom</i>	[2009] ECR I-09579
STJUE, GS, 2.12.2009	C-89/08, <i>Commission v Ireland and others</i>	[2009] ECR I-11245
STJUE, 3ª, 17.12.2009	C-197/09, <i>Review M v EMEA</i>	[2009] ECR I-12033
STJUE, 4ª, 18.3.2010	C-317-320/08, <i>Alassini</i>	[2010] ECR I-2214
STJUE, GS, 9.11.2010	C-137/08, <i>VB Pénzügyi Lízing</i>	[2010] ECR I-10847
STJUE, 2ª, 28.7.2011	C-69/10, <i>Samba Diouf</i>	[2011] ECR I-7151
STJUE, 1ª, 26.4.2012	C-472/10, <i>Invitel</i>	ECLI:EU:C:2012:242
STJUE, 1ª, 14.6.2012	C-618/10, <i>Banco español de Crédito v Camino</i>	ECLI:EU:C:2012:349
STJUE, 1ª, 21.2.2013	C-472/11, <i>Banif Plus Bank</i>	ECLI:EU:C:2013:88
STJUE, 1ª, 14.3.2013	C-415/11, <i>Aziz</i>	ECLI:EU:C:2013:164

STJUE, 1ª, 3.10.2013	C-32/12, <i>Soledad Duarte</i>	ECLI:EU:C:2013:637
STJUE, 1ª, 17.7.2014	C-169/14, <i>Sánchez Morcillo</i>	ECLI:EU:C:2014:2099
STJUE, 1ª, 29.10.2015	C-8/14, <i>BBVA</i>	ECLI:EU:C:2015:731
STJUE, 1ª, 14.4.2016	C-381 y 385/14, <i>Sales Sinués</i>	ECLI:EU:C:2016:252
STJUE, GS, 21.12.2016	C-154-307-308/15, <i>Gutiérrez Naranjo</i>	ECLI:EU:C:2016:980
STJUE, 1ª, 26.1.2017	C-421/14, <i>Banco Primus</i>	ECLI:EU:C:2017:60

Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (TFPUE)

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
STFPUE, 1ª, 20.9.2011	F-8/05 REV, <i>Fouwels</i>	ECLI:EU:F:2011:145

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 2ª, 19.9.2016	RJ 148	Antonio Narváez Rodríguez

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 25.4.2001	RJ 3362	Antonio Romero Lorenzo
STS, 1ª, 20.4.2010	RJ 3539	Antonio Salas Carceller
STS, 1ª, 9.5.2013	RJ 3088	Rafael Gimeno Bayón Cobos
ATS, 1ª, 2.2.2015	RJ 141	Rafael Saraza Jimena
STS, 1ª, 25.3.2015	RJ 735	Eduardo Baena Ruiz
STS, 1ª, 29.4.2015	RJ 2042	Rafael Saraza Jimena
STS, 1ª, 18.2.2016	RJ 567	Pedro José Vela Torres
ATS, 1ª, 1.4.2017	No publicado	Rafael Saraza Jimena
STS, 1ª, 24.2.2017	RJ 602	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, 20.4.2017	RJ 1559	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, 8.6.2017	RJ 2509	Rafael Saraza Jimena

7. Bibliografía

M^a José ACHÓN BRUÑÉN (2017), “Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, nº 8904, 17 de enero de 2017, pp. 1-51.

Federico ADÁN DOMÈNECH (2017), “Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017 de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 1, pp. 31-49.

Alicia AGÜERO ORTIZ (2013), “Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 6 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

Pilar ÁLVAREZ OLALLA (2017), “Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo”, *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, nº 5, pp. 1-8.

José Manuel BUSTO LAGO (2017), “Sobre los efectos de la STJUE que declara contraria al derecho de la UE la limitación de la eficacia retroactiva de la nulidad de las cláusulas contractuales nulas por defectos de transparencia”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 145, pp. 43-90.

Manuel Jesús CACHÓN CADENAS/Núria REYNAL QUEROL (2015), “Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, pp. 141-162.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2017), “Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016”, *InDret* 1/2017 (www.indret.com).

Ana CAÑIZARES LASO (2016), “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, nº 4, pp. 103-123 (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/25/showToc>).

Ángel CARRASCO PERERA (2016), “Retroactividad de la nulidad, procedimiento extrajudicial de reembolso de intereses por cláusula suelo y el problema de la cosa juzgada”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 20 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

Olha O. CHEREDNYCHENKO (2016), “The impact of fundamental rights”, en Christian TWIGG-FLESNER (Editor), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 109-137.

Jesús CONDE FUENTES (2017), “El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo: el Real Decreto-ley 1/2017”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, nº 1, pp. 219-233 (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/246/204>).

Faustino CORDÓN MORENO (2017), "Cuestiones sobre el Real Decreto de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo", *Revista CESCO de Derecho de consumo* (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

Martin EBERS (2010), "ECJ (First Chamber) 6 October 2009, Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira", *European Review of Private Law*, n° 4, pp. 823-846.

Belén FERRER TAPIA (2017), "Tratamiento de las cláusulas suelo a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (gran sala) de 21 de diciembre de 2016", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 43, pp. 163-184.

M^a Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (2016), "SJUE 21.12.2016: Retroactividad absoluta de efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n° 20 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

Xavier GROUSSOT/Timo MINSSEN (2007), "Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality?", *European Constitutional Law Review*, n° 3, pp. 385-417.

Elena GUIXÉ NOGUÉS (2013), "La extensión de los efectos de cosa juzgada a las pretensiones deducibles en el pleito anterior y el Derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE", en Joan PICÓ JUNOY (Dir.), *Principios y garantías procesales: Liber Amicorum, en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, Bosch, Barcelona, pp. 245-259.

José Antonio HERRERA SÁNCHEZ (2017), "De la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, al Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, ¿y ahora qué?", *Diario La Ley*, n° 8928, 23 de febrero de 2017, pp. 1-12.

Koen LENAERTS (2007), "The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union", *Common Market Law Review*, vol. 44, pp. 1625-1659.

Chantal MAK (2010), "Judgment of the Court (First Chamber) of 6 October 2009, Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira, Case C-40/08", *European Review of Contract Law*, vol. 6, n° 4, pp. 437-448.

Chantal MAK (2012), "Rights and Remedies: Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters". Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-88; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-11. (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2126551>).

Hans-W. MICKLITZ and Norbert REICH (2014), "The Court and Sleeping Beauty: The

Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)", *Common Market Law Review*, vol. 51, pp. 771-808.

Julio J. MUERZA ESPARZA, "Protección de oficio a los consumidores" (2013), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 874, pp. 1-2.

Hugo NOGALES BILBAO (2017), "Más de derecho de consumidores y de prácticas judiciales en este ámbito jurídico y una cuestión: ¿todo es posible?", *Boletín Digital Civil de la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria*, nº 11, pp. 8-11 (<http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2017/03/CIVIL-01.01.17.pdf>).

Ricardo PAZOS CASTRO (2017), "La retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo según el TJUE: luces y sombras", *La Ley Unión Europea*, nº 45, 28 de febrero de 2017, pp. 1-16.

Ricardo PAZOS CASTRO (2017a), "Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas: comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*)", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, nº 1, pp. 163-181 (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/245/203>).

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), "Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016", *InDret* 1/2017 (www.indret.com).

Norbert REICH (2014), "Legal protection of individual and collective consumer interests", en Hans-W. MICKLITZ *et al.*, *European Consumer Law*, 2nd ed., Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, pp. 339-392.

Edmundo RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2017), "Implicaciones, a vuela pluma, de la STJUE de diciembre de 2016 sobre cláusulas suelo", *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, nº 1, pp. 1-5.

Edmundo RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2017a), "Tras la doctrina del TJUE: ¿sigue siendo santa la cosa juzgada?", *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, nº 4, pp. 1-7.

Marek SAFIAN/Dominik DÜSTERHAUS (2014), "A Union of Effective Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU", *Yearbook of European Law*, vol. 33, nº 1, pp. 3-40.

Eduardo SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2017), "No es viable la revisión de sentencias firmes en materia de cláusulas suelo: comentario al auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017", pp. 1-11.

Jesús María SÁNCHEZ GARCÍA (2014), "El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo", *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, nº 4, BIB 2014/2149, pp. 1-18.

Jesús María SÁNCHEZ GARCÍA (2017), *La cosa juzgada en el ámbito de los consumidores y los efectos retroactivos de la cláusula suelo declarada abusiva*, vLex, Barcelona.

Jesús María SÁNCHEZ GARCÍA (2017a), "El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la LEC", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 1, pp. 13-30.

Hanna SCHEBESTA (2010), "Does the National Court Know European Law? A note on *Ex Officio* Application after *Asturcom*", *European Review of Private Law*, nº 4, pp. 847-880.

Guillem SOLER SOLÉ (2017), "TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado", *Diario La Ley*, nº 8905, 20 de enero de 2017, pp. 1-13.

Jules STUYCK (2010), "Case note on *Pannon GSM* and *Asturcom Telecomunicaciones*", *Common Market Law Review*, vol. 47, pp. 879-898.

Verica TRSTENJAK/Erwin BEYSEN (2011), "European Consumer Protection Law: *Curia Semper Sabit Remedium?*", *Common Market Law Review*, vol. 48, pp. 95-124.

Magdalena TULIBACKA (2009), "Europeanization of Civil Procedures: In Search of a Coherent Approach", *Common Market Law Review*, vol. 46, pp. 1527-1565.