

RETROACTIVIDAD DE LA NULIDAD, PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE REEMBOLSO DE INTERESES POR CLÁUSULA SUELO Y EL PROBLEMA DE LA COSA JUZGADA¹

Ángel Carrasco Perera

Centro de Estudios de Consumo

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016, sobre los efectos *ex tunc* de la nulidad de la cláusula suelo, mucho se ha especulado respecto a qué tipo de consumidores puede extender su efecto la sentencia, toda vez que ya existían condenas declarativas colectivas firmes que imponían una retroactividad limitada de la declaración de nulidad, sentencias firmes en acciones individuales y colectivas que resuelven en este mismo sentido las acciones declarativas y de restitución, autos en juicio ejecutivo rechazando el efecto retroactivo total de nulidades, etc. En este artículo expondremos las razones por las que debe considerarse que las cláusulas similares a las ya juzgadas por las sentencias firmes del Tribunal Supremo y que se refieran a las entidades demandadas en aquellas sentencias, están afectadas por la cosa juzgada, de forma tal que no les podrá resultar de aplicación la retroactividad total propuesta por la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

Palabras clave: cláusula suelo, retroactividad, cosa juzgada, STJUE de 21 de diciembre de 2016.

Title: Nullity retroactivity, extrajudicial procedure for the reimbursement of interests paid in application of floor clauses, and the *res judicata* problem

Abstract: After the CJEU Sentence of 21 December 2016, related to the *ex tunc* effects of the floor clauses nullity, there has been wide speculation as to whom the effects of the sentence could be extended since final declaratory judgments against said clauses related to class actions that imposed a limited retroactivity of the nullity declaration, final sentences in both individual and class actions following the same criterion, as well as rulings in executive proceedings denying the total retroactive effect of nullities already existed. In this article, we will expound on the reasons why it should be considered that floor clauses that are similar to those voided in the final

¹ Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, del que soy el investigador principal, ref. DER2014-56016-P.

sentences of the Spanish Supreme Courts and that are included in contracts of the defendant entities are affected by the *res judicata*. Accordingly, the complete retroactivity proposed in the CJEU Sentence of 21 December 2016 cannot affect those kinds of clauses.

Key words: floor clause, retroactivity, *res judicata*, CJEU Sentence of 21 December 2016.

1. A partir de la renombradísima STJUE 21 diciembre 2016, sobre efectos *ex tunc* de la nulidad de la cláusula suelo, no ha dejado de especularse en uno u otro sentido a qué tipo de consumidores puede extender su efecto la sentencia², toda vez que ya existían condenas declarativas colectivas firmes que imponían una retroactividad limitada de la declaración de nulidad, existen sentencias firmes en acciones individuales y colectivas que resuelven en este mismo sentido las acciones declarativas y de restitución, existen autos en juicio ejecutivo en que se ha rechazado el efecto retroactivo total de nulidades por cláusula suelo opuestas por la vía del art. 695 LEC, existen transacciones judiciales o extrajudiciales habidas entre prestatarios y bancos con las correspondientes renunciaciones a acciones consecutivas. Se da el caso, además, de que la STJUE no vendrá necesariamente seguida por la correspondiente STS, pues éste no fue el órgano proponente de la prejudicialidad comunitaria, sin perjuicio de que existan pendientes sentencias relativas a cláusulas suelo en las que la casación debe pronunciarse.
2. Con todo, si se leen las sentencias civiles producidas después del 21 diciembre 2016, parece en la mayoría de ellas que no existe problema alguno de cosa juzgada entre acciones y condenas declarativas firmes y actual reclamación de cantidades a título individual sin limitaciones retroactivas. Suponemos que ello no será así, cuando haya existido ya una sentencia firme en acción individual con condena a devolución no retroactiva, en cuyo caso prevalecerá la cosa juzgada – tengo la terrible sospecha de que incluso en estos casos habrá aventurados jueces españoles que vuelvan a condenar con retroactividad plena-. La cuestión de la cosa juzgada pasa ignorada (cfr. SAP, secc. 1ª, Lugo 4/2017 (NCG Banco) y SAP, secc. 4ª, Coruña 9/2017). Y cuando se entra en materia, estalla la confusión. Así, la SAP Pontevedra, secc. 1ª, 9/2017 (NCG Banco) sostiene que “la declaración de nulidad (de la sentencia 241/2013) no se extiende *erga omnes* y respecto de cualesquiera cláusulas limitativas de la variación de tipos de interés, sino de determinado tipo de cláusulas empleadas “por las entidades que se citan (entre ellas la demandada) y que reúnan las características y se hayan incorporado en las circunstancias que se establecen”; razonamiento inconsecuente con la doctrina de la sentencia, y que hubiera llevado a concluir, al contrario de lo decidido, que sí existía cosa juzgada y que la doctrina de la STJUE llegaba tarde.
3. Esto último debe haber pensado también el autor del RDL 1/2017 al establecer este procedimiento extrajudicial *sui generis* de devolución de las cantidades pagadas en virtud de contratos de hipoteca con cláusula suelo *nula ex tunc* en el

² Últimamente ACHÓN BRUÑÉN, *Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no*, LA LEY 8904, 19 enero 2017.

sentido de la SJUE 21 diciembre. El RDL no tiene mucha sustancia. Prevé un procedimiento extrajudicial de reclamación directa al banco, una obligación de recálculo por parte del banco, un plazo para resolver y la apertura del procedimiento judicial cuando el banco no resuelve o el particular no acepta la propuesta de aquél. Se dice en la EM que el procedimiento extrajudicial es voluntario para el consumidor y obligatorio para la banca; no es esto cierto, pues la entidad puede siempre comunicar al prestatario que la devolución no es procedente, en cuyo caso se da por concluso el procedimiento. Con todo, lo más interesante de esta norma está en su art. 2.1. Las medidas previstas en este RDL "se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria que incluyan una cláusula suelo cuyo prestatario sea un consumidor". ¿Cualquier contrato de esta clase, sin importar qué ocurrió en todo el tiempo intermedio entre la demanda que dio lugar a la STS 241/2013 y la fecha de publicación de la STJUE de 21 diciembre de 2016? ¿También las nulidades futuras, por ejemplo, fundadas en el (seguramente inconstitucional) art. 251-6.4 del Código de Consumo de Cataluña? ¿Es un sistema de barra abierta donde ni siquiera tiene importancia la cosa juzgada, las transacciones habidas y las demandas ejecutivas hipotecarias ya firmes?

4. La STS 241/2013 de 9 de mayo (demandadas: BBVA, Cajamar, NCG Banco), sólo decidió sobre una acción declarativa de nulidad de cláusula, porque el actor, AUSBANC, no articuló ninguna pretensión restitutoria. Con todo, es sabido que al final de la sentencia, el TS declaró en qué términos debería entenderse y limitarse la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, proponiendo la ya célebre doctrina de la no retroactividad.

«283. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, "[...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "*condictio in debiti*". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)".

286. También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb AG, C-92/11 , apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE , hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las , Blaizot y otros, 24/86 , Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006 , Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p . I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10, apartado 32)".

2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad

287. No 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 (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "[l]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes" .

(...)

294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

5. Es por ello evidente que la STS 241/2013 no podía operar con efecto de cosa juzgada sobre ninguna pretensión restitutoria articulada posteriormente, por vía individual ni colectiva, pero por la exclusiva razón de que la correspondiente acción restitutoria no estaba comprendida en el ámbito de la STS 241/2013. En su caso esto hubiera podido ocurrir con la macrodemanda de la acción colectiva de ADICAE en JMER Madrid 11, de 7 de abril del 2016, en la que se reclamaba restitución de cantidades; pero esta sentencia, según nos consta, no es firme, y no sirve al presente propósito.

Es cierto que la reciente STS de 24 de marzo de 2015 (JUR 2015/98204) declara que: "la sentencia de esta Sala núm. 843/2011, de 23 noviembre, afirma que para

hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia - sentencias 105/1990, de 24 de febrero, 120/1992, de 11 de febrero, 81/2003, de 11 de febrero, 812/2005, de 27 de octubre, 934/2005, de 22 de noviembre, 473/2006, de 22 de mayo, entre otras- considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio *iura novit curia* y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio". Pero esta doctrina no es correcta. Y si lo fuera, sólo añadiría un argumento más a nuestra tesis: también las acciones restitutorias singulares estarían afectadas por la cosa juzgada, dando incluso fin a la polémica.

6. El abstruso apartado 300 de la STS 241/2013 no deja adivinar bien cuál es la comprensión que tiene en TS sobre el alcance de los efectos de la sentencia, si bien "nos obliga a ceñirlos a quienes oferten cláusulas idénticas a las declaradas nulas". ¿Aunque se tratara de entidades no afectadas por la sentencia? Evidentemente no; esta declaración no se hace sobre el efecto de cosa juzgada, sino que contiene una *guía de actuación futura* para los tribunales. También es un error buscar (apartado 299) el nicho de la cosa juzgada declarativa en el art. 221.1.2ª LEC, porque una acción de nulidad (declarativa) siempre surte efectos no limitados a quienes hubieran sido partes en el proceso, por lo que también devienen ociosas las (no claras) consideraciones de la STS 17 junio 2010 sobre el efecto de cosa juzgada en acciones de defensa de intereses difusos. Sería completamente absurdo pretender en contrario que se podía plantear que la STS 241/2013 sólo produciría efectos frente a AUSBANC, al parecer, único litigante real. Como bien se expresó la SJMER 11 Madrid en el caso ADICAE expuesto, estarían "beneficiados" por la condena "todos aquellos consumidores que hayan suscrito un contrato de préstamo hipotecario con las entidades demandadas en cuyas condiciones generales haya cláusulas suelo idénticas o sustancialmente iguales a las transcritas y no transparentes". Por tanto, doble identidad, subjetiva (entidades ya afectada por declaraciones judiciales anteriores) y objetiva (sustancial identidad de la cláusula). "Es decir- STS 705/2015- los efectos de la STS 241/2013 se extienden subjetivamente a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas".
7. Ahora bien, el pronunciamiento declarativo del TS también produce efecto de cosa juzgada, indudablemente, aunque no produce la situación de ejecutividad propia del art. 519 LEC. Los "afectados" por la STS no podían proceder por el incidente de ejecución atípico para cobrar cantidades, porque la STS no era susceptible de ejecución. Ahora bien, *la declaración de nulidad-no transparencia-con efectos no retroactivos* no pertenecía al ámbito de la acción restitutoria - en cuyo caso se hubiera tratado de un mero *obiter dictum* en la STS 241/2013 y *no hubiera afectado a nadie*. La cosa fue confirmada por la posterior STS 139/ 2015 de 25 marzo, en el seno de una acción individual interpuesta contra una de las entidades demandadas en la STS 241/2013; "en aplicación de la doctrina" fijada en aquella sentencia, la devolución de cantidades sólo tendría lugar a partir del 9 mayo 2013.

Obsérvese que tal "aplicación" no pudo venir causada por el efecto de cosa juzgada sobre la acción restitutoria, sino por el efecto de cosa juzgada de la declaración sobre *en qué términos y efectos es nula la cláusula suelo*. Por eso carece de relevancia que esta sentencia 139/2015 realizara una digresión sobre la ausencia de efecto de cosa juzgada de la STS 241/2013 por no haberse acumulado a la declarativa, en aquélla, una acción de recuperación. En definitiva, la cosa juzgada material "afecta a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes conforme al art. 11 (de la LEC)".

8. Para "salir" de la cosa juzgada de la STS 241/2013 tenía que existir una norma parecida al art. 247.1 e) Ley de Jurisdicción Social respecto de los conflictos colectivos: el miembro de la clase que no estuvo en el proceso puede ejecutar la sentencia colectiva en su beneficio *o demandar individualmente*.
9. Repárese en la STS 705/2015 de 23 de diciembre. Entre los demandados, BE, BBVA, BP. Se trataba igualmente de una acción colectiva en la que no se había demandado restitución. Respecto de la cláusula suelo, el Tribunal estimó que la declaración de nulidad de la cláusula BBVA era *ya cosa juzgada desde las sentencias 241/2013, 139/2015 y 222/2015*. Pero la nulidad que vincula es la nulidad "en su contexto", esto es, en los términos detallados en la STS 241/2013. Y no hace falta que hagamos ninguna aventura intelectual (como por ejemplo, la SAP Córdoba 328/2015, de 20 julio) proponiendo que la mera declaración de nulidad ya comportaba efectos restitutorios por el art. 1303 CC sin necesidad de petición expresa.
10. Todavía queda una posibilidad. Sabemos que la nulidad de la cláusula suelo no procede de la abusividad intrínseca, sino de la falta de transparencia en los términos expuestos por la STS 241/2013, y que han sido repetidos sucesivas veces por tribunales de todo orden. Podríamos decir que la declaración relativa a la nulidad en la STS 241/2013 sólo pudo ser *condicional*, una especie de guía para el futuro, porque la apreciación de falta de transparencia requeriría un juicio de contraste individual. Pero no hay tal cosa. La sentencia de referencia declara contundentemente nulas determinadas cláusulas y lo hace porque contundentemente declara que carecen de transparencia. Es decir, los elementos del control de transparencia quedan incorporados a la sentencia de origen; el juez sucesivo debe averiguar sólo si en la acción sucesiva se produce el supuesto de hecho en virtud de la cual la cláusula es nula. Es cierto que la cosa podía no haber sido así, pero la falta de calidad general de la STS 241/2013 nos conduce a estos derroteros.
11. Lo explicado hasta ahora podría considerarse en contradicción con la doctrina de la STJUE de 14 abril de 2016, donde se resolvió sobre los efectos de prejudicialidad y litispendencia entre acciones colectivas e individuales en defensa de consumidores. Según la sentencia, el art. 7 de la Directiva 13/93 "se opondría a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de la acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato, a *suspender automáticamente* la tramitación de esa acción en espera de que exista una sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores (...), sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la

perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda individual ante el juez y *sin que ese consumidor pueda decidir voluntariamente de esa acción colectiva*". Extraña resolución, que parece admitir el efecto prejudicial si el legislador hubiera diseñado un mecanismo de *opting out* para el consumidor. En cualquier caso, si se repasan con atención los términos de la doctrina del tribunal, la cuestión en él resuelta no afecta a nuestro problema actual, en el que la sentencia colectiva ya se ha producido y se pretende determinar su alcance de cosa juzgada.

12. En consecuencia, estimo que las cláusulas similares a las ya juzgadas por las dos sentencias firmes (colectivas) del TS y que se refieran a entidades que fueron demandadas en aquellas sentencias, están afectadas por la cosa juzgada, y no se les puede aplicar la retroactividad total propuesta por la STJUE 21 diciembre 2016.