

FORO DE ACTUALIDAD

ESPAÑA

LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS SOBRE ACCIONES COLECTIVAS EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS RESPECTO DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES POSTERIORES: JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas respecto de las acciones individuales posteriores: jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo

Entre las cuestiones todavía debatidas en la litigación en materia de cláusulas abusivas —y una de las variadas causas de que esa litigación siga siendo alta y reiterada— se encuentra la relativa a los efectos que las sentencias dictadas en procesos judiciales derivados de acciones colectivas producen en los procesos individuales posteriores. Recientemente, el Tribunal Constitucional y la Sala Primera del Tribunal Supremo han dictado un conjunto de sentencias importantes que han alterado sustancialmente la interpretación del ordenamiento procesal civil sobre esta cuestión. Se trata, no obstante, de una jurisprudencia escasamente definitiva, todavía algo imprecisa y cuyo contenido y alcance acaso estén excesivamente condicionados por el caso de las cláusulas suelo.

PALABRAS CLAVE

Acciones colectivas, Cláusulas abusivas, Efecto de cosa juzgada, Cláusulas suelo.

Effects on individual claims of judgments issued as a result of collective claims: latest developments in Spanish case law

The effect on individual claims of judgments issued as a result of collective claims —one of the varied causes of the frequent and repeated litigation related to unfair terms in Spain— is still disputable in Spain. Recently, both the Spanish Constitutional and Supreme Courts have issued important judgments that have substantially modified the interpretation of the Spanish civil procedure law in this realm. However, these judgments are inconclusive, still somewhat vague, and their content and scope might be constrained by the case law concerning 'floor clauses'.

KEY WORDS

Collective claims, Unfair terms, Res iudicata effect, Clauses that set minimum interest rates in mortgage contracts ('floor clauses').

Fecha de recepción: 26-10-2017

Fecha de aceptación: 30-10-2017

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, España viene experimentando una alta y reiterada litigación en el ámbito del derecho del consumo y, en particular, en el del régimen de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria. Entre las cuestiones todavía debatidas en esta materia —y una de las variadas causas de que esa litigación siga siendo alta y reiterada— se encuentra la relativa a los efectos que las sentencias dictadas en procesos judiciales derivados de acciones colectivas producen en los procesos individuales posteriores.

Se trata, en concreto, de determinar la eficacia y extensión de la cosa juzgada de esas sentencias, esto es, si los pronunciamientos —estimatorios o

desestimatorios de las pretensiones declarativas de nulidad de una cláusula o de restitución de las prestaciones realizadas en aplicación de esta cláusula— contenidos en una sentencia firme dictada en un proceso derivado de la acción colectiva ejercitada por una de las entidades específicamente legitimadas excluyen los procesos posteriores derivados del ejercicio de una acción individual relativa a la abusividad de esa misma cláusula o a la restitución de prestaciones también enjuiciada en el anterior proceso colectivo o si, en el plano positivo o prejudicial, vinculan de algún modo al tribunal que debe resolver sobre estas pretensiones ejercitadas individualmente por un consumidor.

La cuestión —difícil, en el plano teórico, como enseguida se verá— adquiere una importancia práctica de primer orden cuando se produce un cambio jurisprudencial. Así ha sucedido en el caso de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario: el cambio —motivado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo— de la jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo («TS») que limitó en el tiempo los efectos de la restitución de prestaciones derivada de la nulidad por abusividad de esas cláusulas ha provocado que los consumidores que se adhirieron a una cláusula suelo no transparente (y abusiva) tengan ahora derecho a la restitución de las cantidades pagadas en exceso en aplicación de esa cláusula suelo con anterioridad a 9 de mayo de 2013 (esto es, la fecha de publicación de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS núm. 241/2013, de 9 de mayo [«STS de 9 de mayo de 2013»] que fijó la anterior doctrina jurisprudencial sobre estas cláusulas). Ahora bien, el hecho de que esa limitación de efectos fuera objeto de un pronunciamiento firme como el contenido en la STS de 9 de mayo de 2013 obligó a formularse una pregunta incómoda: ¿producía ese pronunciamiento firme efecto de cosa juzgada negativa de manera que excluía un nuevo pronunciamiento del tribunal que debía enjuiciar las pretensiones individuales de nulidad y restitución respecto de una de las cláusulas suelo anuladas en esa sentencia anterior y, por tanto, los consumidores que se adhirieron a estas cláusulas no podían exigir la restitución negada en la STS de 9 de mayo de 2013?

Al mismo tiempo y todavía en el caso de las cláusulas suelo, la jurisprudencia ha cambiado en el sentido de admitir que, en un proceso derivado de una acción individual de nulidad y al margen del juicio de valor abstracto que deba realizarse en un proceso colectivo, las circunstancias particulares referidas al perfil de ese concreto consumidor o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto pueden permitir acreditar la transparencia sustantiva (véase la STS de 9 de marzo de 2017 y su contraste con lo dispuesto en la STS de 8 de septiembre de 2014 y, sobre todo, en el Auto del TS de 3 de junio de 2013 de aclaración de la STS de 9 de mayo de 2013 [FD 2.º, apdo. 13]). Este cambio jurisprudencial (calificado por Cámara Lapuente [2017: 1740-1742] de «mutación hacia la transparencia subjetiva») ha llevado a preguntarse si el pronunciamiento firme que estimó la acción colectiva respecto de la cláusula

suelo de una entidad debe vincular al tribunal en los litigios individuales posteriores, en el sentido de impedir ese juicio en el caso concreto de un determinado consumidor adherido a esa cláusula o en el sentido de vincular de algún modo a este tribunal.

La respuesta a estas cuestiones viene dada, por ahora, por el conjunto de sentencias recientes de la Sala Primera del TS que son objeto de esta reseña, a saber y en esencia: las sentencias núm. 123/2017 de 24 de febrero (Pte. Vela Torres), núm. 334/2017 de 25 de mayo (Pte. Sancho Gargallo), núm. 367/2017, de 8 de junio (Pte. Sarazá Jimena) y núm. 643/2017, de 24 de noviembre (Pte. Sarazá Jimena).

Estos pronunciamientos —que, como se verá e importa advertir desde este momento, no son enteramente consistentes entre ellos ni resuelven definitivamente la cuestión discutida— se han apoyado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre la materia, que también es objeto de esta nota.

Antes de reseñar esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TS, es oportuno reparar en tres cuestiones preliminares fundamentales para entender su trascendencia y las líneas de resolución del grupo de casos planteado.

TRES CUESTIONES PRELIMINARES

Los datos normativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La norma que regula la cosa juzgada de las sentencias que resuelvan procedimientos promovidos mediante acciones colectivas se encuentra en el artículo 222.3 I de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), según el cual «*la cosa juzgada afectará [...] a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley*».

Como han señalado autorizados procesalistas (Gascón Inchausti, 2011: 962-963; Cordon Moreno, 2016: 2; Díez-Picazo, 2017), la norma es clara en cuanto a su contenido y alcance: la cosa juzgada de esas sentencias se extiende a sujetos no litigantes, de manera que, en los procesos que tienen origen en la legitimación extraordinaria que reconoce el art. 11 de la LEC (que comprende, sin asomo de duda, las acciones colectivas de cesación en el ámbito de las cláusulas abusivas), los pronunciamientos (en principio, de cualquier naturaleza: esti-

matorios o desestimatorios; declarativos o de condena) contenidos en sentencias firmes producen efecto de cosa juzgada, tanto negativo o excluyente como positivo o prejudicial, en relación con los titulares de los derechos que fundamentan esa legitimación activa extraordinaria, esto es y en el caso que nos ocupa, en relación con cualquier consumidor que reúna la condición de adherente de la cláusula que es objeto de la acción colectiva. Así había sido entendido también por fundadas resoluciones de nuestros tribunales (p. ej., el auto de la Secc. 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 160/2008, de 29 de mayo, Pte. Sarazá Jimena).

Se ha discutido si el efecto de cosa juzgada que dispone el artículo 222.3 I de la LEC debe entenderse limitado a los casos en los que la sentencia es estimatoria —esto es, si se trata de una cosa juzgada *secundum eventum litis*—, de modo que los pronunciamientos desestimatorios no tendrían ese efecto y, por tanto, no impedirían al consumidor cuyo derecho fue ejercitado supraindividualmente por medio de la acción colectiva iniciar un nuevo proceso (a favor de la cosa juzgada *secundum eventum litis*, Cachón / Reynal, 2015: 145-146; en contra, Díez-Picazo, 2017, quien distingue oportunamente entre el debate *de lege ferenda* —donde podría ser útil y conveniente introducir esa excepción— y la realidad *de lege lata*).

Nótese, en todo caso, que esta interesante cuestión tenía, en principio, escasa trascendencia en la cuestión discutida en el caso de las cláusulas suelo: el pronunciamiento relevante de la STS de 9 de mayo de 2013 fue un pronunciamiento estimatorio de la nulidad de las cláusulas suelo enjuiciadas en ese procedimiento (como presupuesto para la estimación de la acción de cesación), por el que, al mismo tiempo, se determinaron —de oficio— las consecuencias o efectos restitutorios de la declaración de nulidad, como efecto *ex lege* de esta invalidez; y ello, sobre la base de la consolidada doctrina jurisprudencial del TS —muy discutible (Carrasco, 2017-2: 685), pero consolidada— según la cual la determinación de las consecuencias restitutorias es un efecto directo e inmediato de la propia nulidad, derivado de la ley y, por tanto, constituye un pronunciamiento funcional y sustantivamente anudado al pronunciamiento declarativo de la nulidad, que los tribunales incluso pueden efectuar de oficio.

Por otro lado, también se discute la relación de la regla de cosa juzgada del citado artículo 222.3 I de la LEC con lo previsto en el artículo 221.1.2.ª de la LEC. Este último precepto trata de la extensión de

efectos procesales —distintos al efecto de cosa juzgada del art. 222.3 de la LEC (Díez-Picazo, 2017; Cachón / Reynal, 2015: 149), como la extensión del efecto (declarativo o constitutivo) de la nulidad a entidades distintas de las demandadas, que, lógicamente, no fueron parte del proceso ni son los sujetos no litigantes del artículo 222.3 de la LEC y, por tanto, no les afectaría el efecto de cosa juzgada derivado de esta norma (en este sentido, Cachón / Reynal, 2015: 149)]. La eficacia *ultra partes* prevista en el artículo 221.1.2.ª de la LEC debe considerarse, en principio, conforme al derecho de la Unión Europea, siempre que se respeten determinadas manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva del empresario que no ha sido parte del procedimiento (así se desprende de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, C-119/15, Biuro podróży Partner [apdos. 27 y 47]).

En el caso del artículo 221.1.2.ª de la LEC, la extensión de efectos ha de ser objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia, pues, de otro modo y a diferencia del caso previsto en el art. 222.3 de la LEC (donde la eficacia *ultra partes* respecto de los consumidores resulta de la cosa juzgada establecida en la propia norma legal), no tendrá esa eficacia *ultra partes*. De ahí, por cierto, que la STS de 9 de mayo de 2013 tratara expresamente sobre esta concreta cuestión de la extensión de la eficacia de la nulidad a otros predisponentes, pero, al apreciar que podrían concurrir circunstancias individuales que acaso pudieran fundar un juicio distinto, omitiera formular el correspondiente pronunciamiento en el fallo (*cf.* FD 19.º, apdo. 300).

Es llano, por tanto, que la posible extensión de la eficacia de la sentencia a entidades distintas de las demandadas es una situación distinta de la regulada en el artículo 222.3 de la LEC. Por tanto, en el caso de los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes según el art. 11 de la LEC, la extensión del efecto de cosa juzgada de los pronunciamientos del fallo de la sentencia dictada en el procedimiento incoado por la acción colectiva que por su objeto y naturaleza les conciernan se produce por ministerio de la ley; esto es, deriva directamente de esta norma, sin necesidad de que la sentencia se pronuncie sobre ello.

Las exigencias del derecho de la Unión Europea: la jurisprudencia Invitel y Sales Sinués

La norma del artículo 222.3 de la LEC que, según se ha visto, extiende el efecto de cosa juzgada a los

consumidores cuyos derechos fueron litigados supraindividualmente por medio de la acción colectiva no solo no se opone al derecho de la Unión Europea, sino que es el tipo de norma que sirve para cumplir el mandato de prevención y disuasión que establece la Directiva 93/13 respecto de las acciones de cesación. Así resulta de la sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, C-472/10, Invitel (apdos. 35 a 38; Fallo, apdo. 1.º).

Por su parte, la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, C-381-14 y C-385/14, Sales Sinués, no cambia en absoluto la jurisprudencia fijada en el asunto Invitel. En esta sentencia posterior, el TJUE también se refiere al ámbito de la normativa nacional procesal relativa a los efectos de las sentencias dictadas en procedimientos promovidos por acciones colectivas respecto de consumidores que no han sido parte en esos procedimientos, pero lo hace en relación con una cuestión más específica: la conformidad al derecho de la Unión de la (supuesta) regla del ordenamiento procesal civil español (prejudicialidad) según la cual el juez que conoce de la acción individual de un consumidor de nulidad por abusividad de una cláusula debe acordar la suspensión del procedimiento a la espera de que exista sentencia firme en el procedimiento previo iniciado por una acción colectiva que se encuentra pendiente. Y concluyó, como es sabido, que tal regla es contraria al artículo 7 de la Directiva 93/13.

Pero repárese en que la doctrina del caso Sales Sinués no obliga a alterar el artículo 222.3 I de la LEC. Y ello, no solo porque se refiere a la prejudicialidad (y no a la litispendencia), sino, ante todo, porque enjuicia una situación concreta, caracterizada —además de por las particularidades de la tramitación lenta en España de determinadas acciones colectivas— por la existencia, como se ve, de una acción colectiva pendiente respecto de la que se obliga al consumidor a esperar su terminación, sin darle la posibilidad de desvincularse de la acción colectiva. Se trata, por ello, de una cuestión que puede solucionarse razonablemente —sin ataduras dogmáticas relativas a la configuración general de la prejudicialidad civil y de la litispendencia— flexibilizando estas instituciones para el caso concreto que nos ocupa y en función de la afectación de los intereses del consumidor. Una solución en esta línea es la que se ha sugerido para el ordenamiento alemán (Ebers, 2016: 508), que contiene una norma que permite al juez paralizar una acción individual por razón de la existencia de una acción colectiva previa (§ 148 ZPO).

Se volverá sobre esta cuestión al reseñar la jurisprudencia constitucional dictada en relación con la litispendencia.

Algunos precedentes (más o menos relevantes) de la Sala Primera del TS

Con anterioridad a la jurisprudencia reciente que se reseñará más adelante, la Sala Primera del TS se había pronunciado —de forma parcial y algo imprecisa— sobre los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas respecto de las acciones individuales posteriores. Se trata de pronunciamientos de interés para la interpretación de la relación entre los artículos 222.3 I y 221.1.2.ª de la LEC y para comprender el cambio jurisprudencial producido.

- Las sentencias núm. 401/2010, núm. 792/2009 y núm. 375/2010

En la sentencia núm. 401/2010, de 1 de julio (Pte. Gimeno-Bayón), el TS estimó el recurso extraordinario por infracción procesal relativo a los efectos procesales de la estimación de la acción colectiva de cesación y, en particular, del pronunciamiento declarativo de nulidad por abusividad de determinadas condiciones generales incorporadas en contratos de seguro celebrados con consumidores.

Al estimar este recurso y revocar parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial, la citada sentencia núm. 401/2010 declara que «esta sentencia surtirá efectos procesales respecto de cualesquiera entidad aseguradora que oferte en sus contratos alguna cláusula idéntica a las declaradas nulas» (Fallo, apdo. 1).

Tras el extenso razonamiento acerca de la extensión de efectos de la declaración de nulidad en el procedimiento derivado de una acción colectiva (FD 18.º, apdos. 194 a 199), esta sentencia solo se pronuncia expresamente sobre si esos efectos deben limitarse a las entidades aseguradoras demandadas o si, como concluye, deben extenderse a cualquier entidad que utilice cláusulas como las declaradas nulas.

De este modo, la sentencia núm. 401/2010 no se pronuncia expresa y formalmente sobre si esos efectos también se extienden —en los términos de la regla de cosa juzgada del art. 222.3 de la LEC— a los «sujetos», no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes

conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley. No obstante esta falta de pronunciamiento expreso, la sentencia núm. 401/2010 admite que los efectos de la declaración de nulidad no solo se extienden a cualquier entidad aseguradora que utilice cláusulas como las declaradas nulas, sino también a cualquier consumidor que se hubiera adherido a estas cláusulas, de manera que estos consumidores quedarían comprendidos en el ámbito subjetivo de los pronunciamientos y, por tanto, beneficiados directamente por ellos, del mismo modo que se produciría el efecto de excluir un procedimiento ulterior (individual o colectivo) en el que volviera a discutirse la nulidad de esas cláusulas.

En este sentido, la propia sentencia núm. 401/2010 advirtió, para justificar la admisibilidad del recurso de casación por interés casacional, del efecto excluyente que tienen los pronunciamientos dictados en el proceso derivado de la acción colectiva, pues *«podría[n] provocar que en el caso de declaración de nulidad de una cláusula deviniese inviable una sola segunda sentencia contradictoria»* (FD 4.º, apdo. 64).

La cita que realizó la sentencia núm. 401/2010 de la anterior sentencia de la Sala Primera del TS núm. 792/2009, de 16 de diciembre (Pte. Corbal Fernández) resulta pertinente. En esta sentencia, la Sala Primera confirmó y amplió *«la declaración de abusividad y consiguiente nulidad, y demás efectos procesales»* (Fallo, 2.º) de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 13.ª) de 11 de mayo de 2005, en cuyo fallo dispuso que *«[l]o declarado en esta sentencia surtirá efectos procesales respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declarada nulas»* (apud FD 1.º de la Sentencia núm. 792/2009).

De este modo, de las sentencias núm. 401/2010 y núm. 792/2009 se desprende que el pronunciamiento expreso sobre la extensión de efectos de la sentencia que resuelve la acción colectiva es necesario para determinar si la nulidad debe afectar a «entidades» distintas de las demandadas (esto es, para el efecto previsto en el art. 221.1.2.ª de la LEC); pero no para que esta sentencia produzca efecto de cosa juzgada previsto para el artículo 222.3 I de la LEC, pues, en principio, este efecto deriva directamente de esta norma.

También es relevante, en fin, la sentencia núm. 375/2010, de 17 de junio (Pte. Xiol Ríos). Aunque esta resolución mantiene una posición aislada o singular respecto de las sentencias núm. 792/2009 y núm. 401/2010, no altera la conclusión que

resulta de ellas ni, por supuesto, altera lo dispuesto en el art. 222.3 de la LEC. En particular, de la doctrina de esta sentencia núm. 375/2010 (FD 3.º) se derivan dos conclusiones.

La primera es que, en atención a lo dispuesto en el art. 221.1.2.ª de la LEC, la sentencia dictada en el procedimiento derivado de la acción colectiva de cesación de condiciones generales deberá determinar si, conforme a la normativa de protección a los consumidores, los pronunciamientos declarativos de nulidad contractual que contenga deben surtir efectos no limitados a quienes no hayan sido partes en el proceso. De forma parecida a lo que resulta de las sentencias núm. 792/2009 y núm. 401/2010, esa conclusión se formula en relación con la regla del art. 221.1.2.ª de la LEC, sin mencionar ni alterar la regla del art. 222.3 de la LEC que, como se ha visto, se refiere a un supuesto específico de extensión de la cosa juzgada, que se produciría directamente de esta norma, sin necesidad del previo pronunciamiento expreso de extensión de efectos de la sentencia que aprecia y declara la nulidad.

De forma coherente con lo anterior, sostiene la sentencia núm. 375/2010 que, en caso de que la sentencia dictada en el procedimiento derivado de la acción colectiva de cesación de condiciones generales no realice ese pronunciamiento expreso, *«hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquella haya incluido en la demanda»*.

- El aparente alcance de los efectos de la cosa juzgada de la STS de 9 de mayo de 2013 según el auto de 6 de noviembre de 2013 de desestimación del incidente de nulidad de actuaciones

En el incidente de nulidad de actuaciones promovido en el procedimiento resuelto por la STS de 9 de mayo de 2013, las entidades que lo promovieron denunciaron la indefensión que a su juicio les habría ocasionado esta sentencia; en particular y entre otras razones, por cuanto el hecho de que la falta de transparencia sustantiva o material determinante de la nulidad de las cláusulas suelo enjuiciadas se habría apreciado en el procedimiento derivado de una acción colectiva, de manera que, en atención precisamente a los efectos de cosa juzgada que producen este tipo de sentencias (tanto respecto de otras acciones colectivas como de acciones individuales), causaría indefensión a esas

entidades que, a diferencia de las otras entidades que no fueron demandadas en ese procedimiento, no podrían defenderse en otros litigios individuales o colectivos.

El auto de la Sala Primera del TS de 6 de noviembre de 2013 (Pte. Sarazá Jimena) desestimó el motivo bajo el siguiente razonamiento:

«2.- Las demandadas han gozado de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión. La sentencia dictada efectúa un control abstracto y general de la validez de las condiciones generales que produce los efectos propios de una sentencia de esta naturaleza (art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en los términos precisados en la propia sentencia. Las demás entidades bancarias, si son demandadas en acciones individuales o colectivas por la utilización de cláusulas abusivas, habrán de gozar de los mismos derechos de defensa de los que han gozado las demandadas en el presente litigio.

3.- Ninguna indefensión se deriva de la existencia de acciones colectivas y de los efectos que las leyes procesales atribuyen a las sentencias que sobre ellas se dictan» (FD 6.º).

Nótese que el auto, para descartar la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, asume que la posibilidad de ser demandado en acciones individuales o colectivas respecto de la utilización de cláusulas abusivas se refiere, en efecto, a «[l]as demás entidades bancarias»; no a las entidades demandadas en el procedimiento resuelto en la STS de 9 de mayo de 2013. Y, respecto de estas, la Sala excluye la indefensión por dos razones: (i) las demandadas dispusieron en ese procedimiento «de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión» y (ii) no puede derivarse indefensión de la propia regulación procesal de las «acciones colectivas y de los efectos que las leyes procesales atribuyen a las sentencias que sobre ellas se dictan».

De ello se desprende que si la STS de 9 de mayo de 2013 no produjera efectos de cosa juzgada respecto de los procedimientos individuales o colectivos iniciados con posterioridad, la Sala Primera habría contestado que las entidades demandadas en el procedimiento resuelto por esta sentencia —como las que no fueron demandadas— también tendrían de las garantías procesales en esos nuevos procedimientos, y no se habría limitado a señalar

que ya dispusieron de esas garantías en el procedimiento anterior.

Lo anterior es coherente con lo que sostuvo el auto de 3 de junio de 2013 de aclaración de la STS de 9 de mayo de 2013, donde el TS dejó claro que los efectos de esta última sentencia «hacia el pasado» no podían ser otros que la «condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas» (FD 2.º, apdo. 13); pero no es coherente, como quedó indicado al inicio de esta nota y se expone más adelante, con lo que con posterioridad ha sostenido la propia Sala Primera (cfr. las sentencias núm. 367/2017 y núm. 643/2017, cuya reseña se expone más adelante).

- La sentencia núm. 705/2015

En esta resolución de 23 de diciembre de 2015 (Pte. Vela Torres), el Pleno de la Sala Primera aprecia de oficio la cosa juzgada que produce la STS de 9 de mayo de 2013 respecto de la acción colectiva ejercitada contra una de las entidades que fue demandada en el procedimiento resuelto por esa sentencia y que tenía por objeto una cláusula suelo como la que fue declarada nula en esta STS de 9 de mayo de 2013 (FD 5.º [b]).

Dejando de lado la extraña referencia a la sentencia núm. 222/2015, de 29 de abril (pues, al tratarse de un procedimiento derivado de una acción individual, solo puede producir efectos de cosa juzgada respecto de las mismas partes del proceso [art. 222.3 I, primer inciso, de la LEC]), el razonamiento y conclusión de la Sala fue, de nuevo, plenamente conforme al artículo 222.3 I de la LEC, y coherente con la jurisprudencia anterior.

En efecto, según la sentencia núm. 705/2015, la STS de 9 de mayo de 2013 produce efectos de cosa juzgada (i) en el plano objetivo, respecto de la «cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos»; y (ii) en el plano subjetivo, respecto de las «las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento»; sin precisar si, en ese plano, también se producen efectos respecto de los consumidores individuales que promuevan acciones posteriores referidas a esas cláusulas suelo idénticas a las declaradas nulas. Con todo, la apreciación de la cosa juzgada en esta sentencia núm. 705/2015 no se hizo depender de la circunstancia de que el procedimiento posterior tuviera origen en una acción colectiva.

- La sentencia núm. 139/2015

En esta sentencia de 25 de marzo de 2015 (Pte. Baena Ruiz), la cuestión debatida en el recurso extraordinario por infracción procesal —interpuesto también por una de las entidades demandadas en la STS de 9 de mayo de 2013 y desestimado por el Pleno de la Sala Primera del TS— se refirió a si esta STS de 9 de mayo de 2013, «*por ser esta fruto del ejercicio de una acción colectiva [...] produce efecto de cosa juzgada en un posterior proceso en el que se ejercita una acción individual referida a la misma condición general de la contratación*».

Al margen de la síntesis de la posición de la doctrina de los autores que reseña la sentencia núm. 139/2015, esta resolución parte lógicamente de la determinación de efectos contenida en la propia STS de 9 de mayo de 2013 (FD 4.º). Sentada esta ineludible premisa, la sentencia concluye, como la sentencia de la Audiencia Provincial, que la cláusula enjuiciada es idéntica a las declaradas nulas por esta sentencia y reseña las razones que llevaron a la Audiencia Provincial a concluir, en consecuencia, que la STS de 9 de mayo de 2013 «*alcanza a los actores en sus efectos de declaración de nulidad de las cláusulas*» (FD 4.º, apdo. 7), aunque excluye de estos efectos el pronunciamiento declarativo de la limitación de los efectos o consecuencias restitutorios.

El Pleno de la Sala Primera, a renglón seguido, desestima el recurso por infracción procesal y, por tanto, confirma en este extremo la sentencia recurrida (que, como queda dicho, admitió que el pronunciamiento declarativo de nulidad de la STS de 9 de mayo de 2013 producía efectos excluyentes respecto de las acciones individuales rectoras del procedimiento, pero solo respecto del pronunciamiento que declara la nulidad, excluyendo la limitación de los efectos restitutorios). Así lo expone el Pleno de la Sala Primera del TS en su FD 5.º

Por tanto, la sentencia núm. 139/2015 —al confirmar la sentencia recurrida en este punto— admitió (o, si se prefiere, no corrigió) que el pronunciamiento declarativo de la nulidad de la STS de 9 de mayo de 2013 producía efectos procesales excluyentes respecto de una acción individual de nulidad relativa a una cláusula suelo como la que fue declarada nula en la STS de 9 de mayo de 2013 (si bien, como queda dicho, esos efectos no alcanzarían la cuestión de las consecuencias o efectos restitutorios de la declaración de nulidad). De otro modo, cabe pensar que el Pleno de la Sala Primera,

al mismo tiempo que desestimaba el recurso por infracción procesal, no hubiese admitido, o hubiese corregido, la premisa o conclusión de la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, esto es y como queda dicho, que el pronunciamiento declarativo de la nulidad de las cláusulas suelo idénticas contenido en la STS de 9 de mayo de 2013 sí producía efectos excluyentes.

En todo caso, la afirmación en la sentencia núm. 139/2015 de que la cosa juzgada del pronunciamiento declarativo de la nulidad de la STS de 9 de mayo de 2013 no se extiende al pronunciamiento que determinó los efectos o consecuencias restitutorias de esta nulidad no constituyó, al parecer, doctrina jurisprudencial, al no integrarse en su fallo (Díez-Picazo, 2017), como lo demuestra, por lo demás, que la propia Sala Primera no siguiera posteriormente el criterio sostenido en esa sentencia en la nueva doctrina jurisprudencial, como se verá.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Por medio de su sentencia núm. 148/2016, de 19 de septiembre (Pte. Narváez Rodríguez) —seguida, entre otras, por las sentencias núm. 206/2016, de 12 de diciembre (Pte. Martínez-Vares García); núm. 223/2016, de 19 de diciembre (Pte. González Rivas); núm. 3/2017, de 16 de enero (Pte. Xiol Ríos)—, el Tribunal Constitucional ha estimado los recursos de amparo de los consumidores que se encontraban en una situación parecida a la resuelta por la citada sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016 en el asunto Sales Sinués, esto es, la del litigante consumidor al que, por una norma procesal —en este caso, la de litispendencia— se le impide litigar individualmente su caso por la existencia de un procedimiento colectivo pendiente, de manera que queda vinculado automáticamente a ese procedimiento colectivo anterior.

La doctrina constitucional que resulta de estas sentencias es que constituye una decisión arbitraria que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, apreciar la litispendencia y acordar la terminación de un proceso en que se ejercita una acción individual por la pendencia de un proceso en que se ejercita una acción colectiva. Y no porque una interpretación conforme a la Constitución de las normas procesales aplicables lo impida, sino porque, según el Tribunal Constitucional, carece de base legal apreciar la litispendencia en ese caso (*cf.* STC núm. 148/2016 FD 6.º, párrafos 1-3).

Asimismo, el Tribunal Constitucional llega a descartar el efecto de cosa juzgada derivado del pronunciamiento relativo a la acción de cesación respecto de «todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor» porque, en caso de estimación de la acción, «además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato»; y, en caso de desestimación, «cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas».

Dos consideraciones son necesarias para comprender adecuadamente el alcance de este último pronunciamiento y de otras consideraciones parecidas de las citadas sentencias del Tribunal Constitucional.

La primera es que la relevancia de estas sentencias del Tribunal Constitucional solo puede referirse a su *ratio decidendi* y respecto de la doctrina constitucional que en ella se establece (advierte de ello Díez-Picazo, 2017). Las consideraciones reproducidas u otras similares son *obiter dicta* sin trascendencia en el fallo porque se refieren a cuestiones de mera legalidad ordinaria y no a la delimitación del contenido esencial de un derecho fundamental; máxime cuando el Tribunal Constitucional no ha autoelevado cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 15, 221, 222 y 519 de la LEC; preceptos que, si fuera cierta la interpretación de la legalidad ordinaria realizada por el Tribunal Constitucional, carecerían de todo contenido y sentido (así lo señala Carrasco, 2017: 2-3). Repárese, por ejemplo, en que la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional de que en el ordenamiento procesal civil no existiría una norma que extienda el efecto de cosa juzgada de una sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación de condiciones generales a «todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor» es ciertamente muy discutible, tan solo se repare, como se ha visto, en el contenido del artículo 222.3 I de la LEC.

En segundo lugar, la preocupación del Tribunal Constitucional por el hipotético consumidor que no desearía verse beneficiado del pronunciamiento de nulidad de la cláusula en su contrato es poco verosímil y, en todo caso, discutible. En efecto, como ha señalado la doctrina alemana al hilo de una consideración similar contenida en la sentencia

del TJUE de 14 de abril de 2016 (Sales Sinués), es difícil comprender por qué un consumidor que no quiere beneficiarse de ese pronunciamiento colectivo se vería perjudicado cuando el ordenamiento jurídico —tanto el alemán (§ 11 UKlaG), como el español (art. 519 LEC)— permite al consumidor beneficiarse o no de ese pronunciamiento (Ebers, 2016: 508).

En cuanto a la preocupación del Tribunal Constitucional por el pronunciamiento desestimatorio (más comprensible en este caso), el razonamiento no debería conducir necesariamente a negar el efecto de cosa juzgada con carácter general (máxime cuando el art. 222.3 de la LEC —no declarado inconstitucional— lo impone), sino, en su caso, a la cosa juzgada *secundum eventum litis* y, en particular, a considerar si una interpretación conforme a la Constitución exigía interpretar este precepto de la legalidad ordinaria en este sentido (i. e., rechazando la cosa juzgada de los pronunciamientos desestimatorios); algo que, como se ha visto, ni se plantean las sentencias del Tribunal Constitucional.

Pese a todo ello, esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional —como la reseñada del TJUE— ha influido inequívocamente en la configuración de la doctrina jurisprudencial actual del TS, como se verá a continuación.

La jurisprudencia reciente de la sala primera del TS

El insoslayable contexto

La jurisprudencia reciente de la Sala Primera del TS en esta materia se ha dictado en un contexto y respecto de un caso que conviene no soslayar: se trataba de dilucidar si, después de que el TJUE considerara que la limitación de los efectos restitutorios de las cantidades cobradas en exceso en aplicación de una cláusula suelo con anterioridad a 9 de mayo de 2013 era contraria al derecho de la Unión, los consumidores afectados cuyas cláusulas suelo fueron anuladas en la STS de 9 de mayo de 2013 podrían recuperar esas cantidades o no. Como es sabido, el TS ha negado tal efecto de cosa juzgada.

Al margen de la discusión técnico-jurídica, la solución del TS de excluir el efecto de cosa juzgada —en los términos que ahora se expondrán— acaso pueda resultar más comprensible bajo la perspectiva de la justicia material (para los consumidores afectados) y de la repercusión mediática: si la sen-

tencia del TJUE fue difundida ampliamente en los medios y en términos que significan un éxito de los consumidores y la necesidad de restituir todas las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas suelo, excluir esa consecuencia respecto de un grupo importante de consumidores sobre la base de una institución —tan difícil de explicar a la sociedad (como reconoce Díez-Picazo, 2017)— como la de la cosa juzgada no era una decisión sencilla de adoptar. Y la falta de claridad normativa en este ámbito también permitió una resolución singular para el caso concreto, aunque ello haya llevado con posterioridad al TS a tener que matizar, en parte, la doctrina que podía resultar de ese pronunciamiento singular y admitir que, en determinados casos y como también se verá, la sentencia que estima una acción colectiva sí puede producir efectos vinculantes respecto de las acciones individuales posteriores.

Ahora bien, importa recordar que, como se ha expuesto en las páginas anteriores, el ordenamiento procesal civil, la jurisprudencia del TS anterior al asunto de las cláusulas suelo y acaso el sentido común permitían entender que las sentencias dictadas en procedimientos derivados de acciones colectivas producían efectos de cosa juzgada respecto de las acciones individuales ejercitadas posteriormente.

Acaso convenga, para advenir lo anterior, situarnos fuera de los casos de la litigación contra entidades financieras, p. ej., en la sentencia núm. 118/2012, de 13 de marzo (Pte. Ferrándiz Gabriel): en esta resolución, la Sala Primera del TS, tras apreciar la abusividad de una condición general relativa al alquiler del terminal de una plataforma de televisión digital, desestima el recurso de casación de la asociación contra el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó la restitución de prestaciones derivada de esa nulidad. En particular, la Sala Primera aplica los arts. 1307 y 1308 del Código Civil y limita el efecto restitutorio, por razón de que el precio pagado por los consumidores debía compensarse por el valor de uso que los consumidores deberían restituir a la entidad demandada.

Este pronunciamiento que determina las consecuencias o efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula abusiva en la citada sentencia núm. 118/2012 se proyecta natural y necesariamente respecto de los consumidores que contrataron con esa entidad, se adhieron a la cláusula abusiva y pagaron el precio que resultaba de ella. Nadie hubiese

dicho —al menos hasta el nuevo escenario jurisprudencial generado por el caso de las cláusulas suelo— que, no obstante este pronunciamiento de la sentencia núm. 118/2012, esos consumidores podrían, con posterioridad a la firmeza de esta resolución, ejercitar una acción individual y discutir nuevamente ante los tribunales de la instancia si es procedente que la entidad predisponente de esa cláusula abusiva debe restituir el precio cobrado en aplicación de la cláusula; y nadie lo hubiese dicho no solo porque la extensión del efecto de cosa juzgada parecía clara, sino también porque la admisión de acciones individuales en este tipo de casos podría producir el tipo de caos e inseguridad que la institución de la cosa juzgada trata de evitar en este ámbito.

Primer paso: la sentencia núm. 123/2017

En su sentencia núm. 123/2017, de 24 de febrero (Pte. Vela Torres) —confirmada, entre otras, por la sentencia núm. 334/2017, de 25 de mayo (Pte. Sancho Gargallo)—, el Pleno de la Sala Primera descartó, como queda dicho, que la STS de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo produjera efecto de cosa juzgada respecto de una acción individual declarativa de nulidad y de restitución de prestaciones ejercitada por un consumidor contra una de las entidades que fue parte del procedimiento de esa STS de 9 de mayo de 2013.

Aunque no fue expresada con suficiente claridad ni probablemente convicción, la doctrina jurisprudencial fundamental que apoya esta conclusión fue la siguiente: no había efecto de cosa juzgada porque no hay identidad objetiva entre acción colectiva y acción individual (FD 3.º, apdo. 2 y 3) y porque este efecto tan solo se produciría respecto de los consumidores personados en el procedimiento o determinados individualmente en la propia sentencia (en este último caso, cuando se trate de un proceso para la defensa de intereses colectivos, es decir, de un grupo de consumidores cuyos componentes están determinados o sean fácilmente determinables).

«De nuestra propia jurisprudencia [...] así como de la del TJUE y el TC, cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una inter-

pretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC.

A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, «la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente» (art. 221.1-2.º LEC)» (FD 3.º, apdo. 4).

Como en el procedimiento de las cláusulas suelo resuelto por la STS de 9 de mayo de 2013 —como ha sido habitual en los procedimientos derivados de una acción colectiva— no se personó ningún consumidor, ni, como es lógico, la sentencia determinó individualmente los consumidores beneficiarios de la condena —aunque quizá podría haberse entendido que la determinación fue parametrizada, tal como permite el artículo 221.1.1.ª II de la LEC—, no se produciría el efecto de cosa juzgada alegado por las entidades.

Nótese que en la sentencia núm. 123/2017 no hubo referencias al hecho de si el pronunciamiento era favorable o desfavorable (*i. e.*, a la regla —dudosa *de lege lata*— del *secundum eventum litis*) y la consecuencia que ello tendría; acaso porque introducir esa cuestión en la *ratio decidendi* de esa sentencia hubiese exigido al TS referirse a cuestiones difíciles relativas (i) a que la STS de 9 de mayo de 2013 fue estimatoria y que su pronunciamiento de determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo fue parte indisociable del pronunciamiento declarativo de la nulidad (también, como es lógico, estimatorio); y (ii) que, a diferencia de los casos que motivaron la jurisprudencia del TJUE en el asunto Sales Sinués y del TC, el hecho de que el consumidor no interviniera en el procedimiento de la STS de 9 de mayo de 2013 no le perjudicó res-

pecto del pronunciamiento de nulidad y de limitación de los efectos: si hubiese litigado su caso individualmente, la solución hubiese sido la misma.

Segundo paso y corrección: las sentencias núm. 367/2017 y núm. 643/2017

Con posterioridad, la Sala Primera del TS ha corregido esta caracterización en la sentencia plenaria núm. 367/2017, de 8 de junio (Pte. Sarazá Jimena), y en la núm. 643/2017, de 24 de noviembre (Pte. Sarazá Jimena).

Se dice ahora que la doctrina fijada en la citada sentencia núm. 123/2017 (y las otras que la siguieron) se refería a un caso singular, por tratarse de pronunciamientos desfavorables, de manera que «tales pronunciamientos desfavorables carecen de la eficacia de cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir».

Recuérdese, no obstante, que (i), como se ha visto, en la sentencia núm. 123/2017 nada se dijo acerca de que su doctrina respondiera al hecho de que el pronunciamiento en cuestión fuera desfavorable; y (ii) este pronunciamiento de la STS de 9 de mayo de 2013 —aunque materialmente perjudicara a los consumidores— fue el resultado de una sentencia estimatoria de la acción colectiva y, en particular y del modo en que fue formulado por la propia STS de 9 de mayo de 2013, como la mera determinación legal de los efectos restitutorios de la nulidad apreciada.

Asimismo, el TS establece una nueva doctrina (para los pronunciamientos favorables para el consumidor incluidos en el procedimiento derivado de una acción colectiva sobre cláusulas suelo): la estimación de la acción colectiva no solo debe determinar que la entidad demandada cese en la utilización de la cláusula, sino también, como «regla general», que el juez que conozca de una acción individual respecto de esa cláusula deberá apreciar el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. Eso sí, con carácter excepcional se deja abierta la posibilidad de analizar las circunstancias especiales de cada caso y llegar a una conclusión distinta (inexistencia de abusividad derivada de la falta de transparencia) de la alcanzada en la sentencia dictada en el proceso colectivo (abusividad derivada de la falta de transparencia).

En resumen: no hay efecto de cosa juzgada (sino una vinculación —no se sabe por medio de qué regla procesal— cuyos efectos son solo latentes o claudicantes) porque deberá o podrá analizarse la existencia de las circunstancias particulares de cada caso. Es cierto que estas sentencias núm. 367/2017 y núm. 643/2017 se esfuerzan en dejar claro que esas circunstancias serán excepcionales (p. ej., que el prestatario fuera una persona con «*conocimiento experto*» sobre este tipo de contratos o que se le hubiera suministrado una información precontractual adecuada). Pero no lo es menos que nada excluye la consideración de otras circunstancias menos excepcionales como las que utilizó la citada STS 9 de marzo de 2017 (p. ej., el hecho de que la cláusula apareciese resaltada «en negrilla» o el papel del notario), que también es sentencia del Pleno y en la que se dejó claro que se realizaba el juicio de transparencia propio de una acción individual.

Esta última doctrina indicada por la jurisprudencia del TS contiene una regla razonable en términos generales, coincidente con la adoptada desde el ordenamiento alemán. En efecto, en este ordenamiento, se ha concluido que las sentencias que estiman una acción colectiva no surten efectos, de manera excepcional, respecto de los consumidores individuales cuando la estimación de la acción colectiva resulta del juicio de transparencia sustantiva o del juicio de sorpresividad y se ha acreditado que las circunstancias particulares (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar o excluir, en cada caso concreto, esa falta de transparencia abstracta (Lindacher, 2009: 2228 [párrafo 18]; Witt, 2011: 1901 [párrafo 8]). Así, en el particular caso de la falta de transparencia (o carácter sorpresivo) de la cláusula, se aplica una excepción a la regla general de extensión de efectos del art. 11 de la Ley sobre las acciones de cesación en materia de consumo (Unterlassungsklagengesetz [UKlaG]).

Sucede, sin embargo, que la regla apuntada en la jurisprudencia española presenta importantes matices y sombras, entre ellos, los que se desprenden de su falta de apoyo normativo expreso, de su relación con lo dispuesto en el artículo 222.3 de la LEC y de su falta de correspondencia con lo expresado en pronunciamientos anteriores, como el ya citado auto de 3 de junio de 2013 de aclaración de la STS de 9 de mayo de 2013.

Por otro lado, como se resaltarà a continuación, la doctrina jurisprudencial del TS —al menos, en los

términos en que se ha formulado por ahora— podría tener como consecuencia, al margen de la solución al caso de las cláusulas suelo, que las acciones colectivas tengan a partir de ahora un alcance muy limitado.

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TS reseñada se desprende una nueva doctrina sobre los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas, altamente condicionada por el caso de las cláusulas suelo y cuyo alcance para otros grupos de casos es, por ahora, incierto.

De esta doctrina resultan, en particular, tres reglas o consecuencias fundamentales:

Primera: los pronunciamientos (estimatorios o desestimatorios) contenidos en una sentencia firme dictada en un proceso derivado de la acción colectiva no producen efectos de cosa juzgada respecto de los consumidores no personados en el procedimiento o —cuando se trate de un proceso para la defensa de intereses colectivos— que no fueron determinados individualmente en la propia sentencia. Esta regla, según la jurisprudencia del TS, se debe a que no habría identidad objetiva entre acción colectiva y acción individual y a la necesidad de seguir la posición del TJUE y del Tribunal Constitucional.

No obstante, la jurisprudencia del TJUE (Sales Sinués) y del Tribunal Constitucional descrita no exige negar tal efecto de cosa juzgada (tan solo permitir al tribunal flexibilizar la aplicación de las reglas de la prejudicialidad civil y litispendencia en situaciones similares a los casos resueltos por la jurisprudencia europea y constitucional) ni, por ello, obliga a dejar sin efecto el contenido del artículo 222.3 I de la LEC, que prevé tal efecto de cosa juzgada.

Segunda: la ausencia de cosa juzgada no impide, según la jurisprudencia del TS, que la sentencia estimatoria de una acción colectiva produzca efectos vinculantes respecto del proceso derivado de una acción individual que tiene por objeto la nulidad de la cláusula enjuiciada en el proceso colectivo. Al menos para el caso de la nulidad de las cláusulas suelo, el juez deberá, como regla general, apreciar la abusividad de la cláusula por las razones expuestas en la sentencia sobre la acción colectiva, de manera que, con carácter excepcional y por

medio del enjuiciamiento de las circunstancias particulares del caso, podrá declararse la validez de la cláusula.

Sin embargo, si de lo que se trataba era de establecer una excepción al efecto de cosa juzgada cuando la nulidad por abusividad apreciada en el proceso colectivo tiene origen en el juicio (abstracto) de transparencia sustantiva, no era necesario, de nuevo, negar con carácter general la cosa juzgada, sino establecer expresamente sus límites objetivos, fundar en ellos esa excepción y mantener la regla general de cosa juzgada. La utilidad de esta regla general en casos distintos al de transparencia es poco discutible y puede además resultar necesaria para cumplir con el mandato disuasorio de la Directiva 93/13, según lo establecido en la sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, C-472/10, *Invitel*.

Tercera: la apreciación de estas circunstancias particulares que permitan apreciar la validez de la cláusula (a diferencia de lo apreciado en el proceso colectivo) deberá realizarse, en principio y según la jurisprudencia actual del TS expuesta, en un proceso individual.

Nótese que, según se desprende de esta jurisprudencia, la acción de cesación podría mantener en estos casos su efecto propio (cesación y eliminación). Pero es muy dudoso que —salvo que deba entenderse limitada a los casos de falta de transparencia, como en el ordenamiento alemán— pueda satisfacerse realmente el efecto disuasorio propio de las sanciones legalmente previstas para las cláusulas abusivas en el marco del procedimiento derivado de una acción colectiva (véase, de nuevo, la jurisprudencia *Invitel*).

En efecto, la condena a «eliminar» del art. 12.2 de Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, se refiere a que las condiciones generales ilícitas no podrán ser incluidas en los futuros contratos que se celebren; mientras que la condena a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo se refiere a que estas condiciones no puedan ser alegadas para fundamentar ninguna pretensión en ninguna fase de ejecución del contrato (Portellano, 2002: 593-594). En el caso de las cláusulas suelo y según lo que resulta de la jurisprudencia actual (no, no obstante, de lo que se dijo en el auto de 3 de junio de 2013 de aclaración de la STS de 9 de mayo de 2013), los pronunciamientos de condena a eliminar y a cesar se limitarán necesariamente a aquellos términos o contextos que, según el pronunciamiento que ha llevado a declarar esas cláusulas no transparentes y abusivas (y nulas a los

efectos de esos pronunciamientos de la acción colectiva de cesación), determinan la falta de transparencia. Si esta falta de transparencia se salva (o puede salvarse) por medio de particularidades informativas adicionales, el alcance de la condena a eliminar y a cesar será, en estos casos, muy limitada y no solo no evitará la litigación individual de cada caso, sino que la incentivará. Si esta regla jurisprudencial se extiende con carácter general (y no queda limitada a la abusividad que tiene origen en la falta de transparencia), la eficacia de las acciones colectivas de cesación será aún más limitada.

Todo ello lleva a concluir que la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y, sobre todo, la del TS no es enteramente definitiva ni que, por ello, resuelve la cuestión general de los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas. No puede descartarse, en suma, que esta jurisprudencia se explique y agote su validez en relación con el caso de las cláusulas suelo.

CARLES VENDRELL CERVANTES*

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CACHÓN CADENAS, Manuel / Reynal Querol, Núria (2015): «Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2, pp. 425-446.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2017): «Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SS.T.S. de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 42, pp. 1726-1746.

CARRASCO PERERA, Ángel (2017): «El «*conundrum*» de la legitimación individual autónoma frente a las acciones restitutorias colectivas (en materia de cláusula suelo)», *Cesco*, <<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/ACCIONESCOLECTIVAS/Legitimacion-individual-autonoma-frente-a-las-acciones-restitutorias-colectivas.pdf>> [consulta: 10 de enero de 2018], pp. 1-3.

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

CARRASCO PERERA, Ángel (2017-2): *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Cizur Menor Thomson-Aranzadi.

CORDÓN MORENO, Faustino (2016): «La sentencia ADICAE (3): otras cuestiones de naturaleza procesal», *Cesco*, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/ACCIONESCOLECTIVAS/La-sentencia-ADICAE-_otras-cuestiones-de-naturaleza-procesal.pdf> [consulta: 10 de enero de 2018], pp. 1-6.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2017): «Cláusulas suelo y cosa juzgada», *El Confidencial*, <https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-01-30/clausulas-suelo-y-cosa-juzgada-hipotecas-juzgado-notario-jefes-casa-vivien-da_1323358/> [consulta: 10 de enero de 2018].

EBERS, Martin (2016): «Verbraucherrecht: Prozessuale Verbindung zwischen Individual- und Verbandsklage in AGB-Verfahren», *EuZW*, 13, pp. 505-508.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2011): «Título V, Cap. 1», en Rebollo, Manuel / Izquierdo, Manuel (dirs.): *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Iustel, pp. 891-967.

LINDACHER, Walter (2009): «§ 11 UKlaG», en Wolf, Manfred / Lindacher, Walter / Pfeiffer, Thomas (coords.), *AGB-Recht Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, pp. 2223-2228.

PORTELLANO, Pedro (2002): «Art. 12», en Menéndez, Aurelio / Díez-Picazo, Luis (coords.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, pp. 567-620.

WITT, Alexander (2011): «§ 11 UKlaG», en Ulmer, Peter / Brandner, Hans Enrich., Hensen, Horst-Diether., *AGB-Recht Kommentar*, 11.ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, pp. 1899-1903.