

JESÚS M<sup>a</sup> SÁNCHEZ GARCÍ

*Abogado*

*Presidente de la Sección Derecho Procesal del ICAB*

*jsfamilex@gmail.com*

---

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

---

PUBLICAT A LA

«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»

NÚM. 1, 2017

# 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

por

JESÚS M<sup>a</sup> SÁNCHEZ GARCÍA

Abogado

Presidente de la Sección Derecho Procesal del ICAB

jsfamilex@gmail.com

RJC, núm. 1-2017, pgs. 13-30

**RESUMEN:** *Se analiza a través del presente artículo el principio de efectividad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como consecuencia de las Sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017 y su interpretación en base al principio de primacía del derecho comunitario, elevado a rango legal a través del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que han provocado un auténtico «seísmo» en nuestro ordenamiento jurídico procesal, en el que figuras jurídicas inmutables como la cosa juzgada están en cuestión.*

**Palabras clave:** *Protección de consumidores, principio de efectividad, cosa juzgada, primacía del Derecho de la Unión Europea.*

**ABSTRACT:** *This article analyzes the principle of effectiveness in the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on consumers and its impact on the effects of the res judicata regulated in the Civil Procedure Act, as a consequence of the Judgments of the CJEU of December 21, 2016 and January 26, 2017 and its interpretation based on the principle of primacy of European Union law, raised to legal status through Article 4 bis of the Organic Act on the Judiciary, which have caused a real «seism» in our legal procedural system, in which immutable legal figures such as res judicata are in question.*

**Keywords:** *Consumer protection, principle of effectiveness, res judicata, primacy of European Union law.*

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO. III. NATURALEZA JURÍDICA DE NORMA DE ORDEN PÚBLICO Y CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE. IV. EL PRINCIPIO DE EFEC-

TIVIDAD CONFORME LA JURISPRUDENCIA FIJADA POR EL TJUE. V. 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 LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. VI. CONCLUSIÓN.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Como sostiene el Magistrado Fernando Lacaba la irrupción del Derecho Europeo de Consumo, tanto en nuestra normativa como en nuestra jurisprudencia, a partir de la conocida Sentencia del TJUE (en adelante TJUE) de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), ha sido extraordinariamente rápida y abrupta<sup>1</sup>.

Dos recientes Sentencias del TJUE, las de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017, han provocado una auténtica «revolución» procesal en nuestro ordenamiento jurídico interno y, como históricamente suele ocurrir en toda transformación de hechos relevantes con consecuencias jurídicas, una parte de la comunidad jurídica es reticente a aceptar las mismas.

Nos encontramos ante un momento fascinante de la disciplina jurídica procesal, en el que figuras jurídicas «sacrosantas», como la cosa juzgada, están en cuestión. Una parte de la doctrina procesalista se aferra a las teorías de Savigny bajo la lógica premisa de que debe prevalecer la seguridad jurídica (sin que, por cierto, transcurridos más de dos siglos, la Ciencia Jurídica, después de discusiones en muchos casos estériles, haya logrado descifrar todavía adecuadamente el objeto del proceso y la cosa juzgada)<sup>2</sup>.

Por supuesto comparto la necesidad de que prevalezca la seguridad jurídica, pero creo que no se debe mantener una postura maximalista y es necesario interpretar esa 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.

Considero necesario hacer una mención especial a los jueces de nuestro país, que a través de las cuestiones prejudiciales que se han ido planteado durante estos años ante el TJUE, han permitido crear un derecho procesal y sustantivo *ex novo*, dotando a nuestro ordenamiento jurídico de nuevos mecanismos para la defensa de los intereses de los consumidores.

Entre el amplísimo elenco de jueces, cabe destacar el Magistrado Sr. José María Fernández Seijo, que dio lugar a la primera Sentencia dictada sobre la Directiva 93/13/CEE, la Sentencia de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240 a 244/98 (posteriormente y por peticiones del mismo Magistrado, el TJUE dictó la Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 y el Auto de 26 de octubre de 2016, asuntos acumulados C-568/14

- 
1. LACABA SÁNCHEZ, F., «El deber de información y el proceso de ejecución hipotecaria». *Revista de Derecho vLex*, Núm 154, marzo 2017.
  2. SÁNCHEZ GARCÍA, J., «El TJUE y la cosa juzgada, el principio de efectividad y los consumidores». <http://hayderecho.com/?s=El+principio+de+efectividad+>

a C-570/14); el Magistrado Sr. Guillem Soler Solé, que planteó una cuestión de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC) por diversos artículos del procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), que fue inadmitida *in limine* por el TC mediante Auto nº 113/2011, de 19 de julio de 2011; el Magistrado Sr. Eugeni Gay Montalvo, que emitió el único voto particular al Auto 113/2011 del TC, por la inadmisión *in limine* del planteamiento de inconstitucionalidad; el Magistrado Sr. Xavier Pereda Gámez, que como Presidente de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona planteó una cuestión prejudicial respecto del procedimiento monitorio y que dio lugar a la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 y, por último, los Magistrados Sres. Francisco Javier Orduña Moreno y Xavier O'Callaghan Muñoz, que emitieron un voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 25 de marzo de 2015 (Sentencia que ha dado lugar a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016), planteando el propio Magistrado Sr. Javier Orduña un voto particular a la Sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015, dando lugar esta Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, a que el propio TS planteara una cuestión prejudicial ante el TJUE mediante Auto de 8 de febrero de 2017<sup>3</sup>.

La primera Sentencia que se dictó analizando la Directiva 93/13/CEE es de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, (derivada de una cuestión prejudicial que planteó el Magistrado Sr. Fernández Seijo).

Tuvieron que pasar varios lustros para que nuestro ordenamiento jurídico interno asumiera la primacía del Derecho comunitario (cuya primera Sentencia del TJUE es de 15 de julio de 1964, asunto C-6/64) y no fue hasta las Sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 (cuestión prejudicial planteada por la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona) y 14 de marzo de 2013, asunto C-415/13 (cuestión prejudicial planteada por el Magistrado Sr. Fernández Seijo) que se empezó a tomar conciencia realmente de esa primacía del Derecho comunitario y que con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) por la Ley Orgánica 7/2015, ha adquirido rango legal con el actual art. 4 bis.

El TJUE ha venido estableciendo de forma constante y reiterada (S-26/10/06, asunto C-168/05; S-6/10/09, asunto C-40/08; S-30/5/13, asunto C-488/11; A-17/3/16, asunto C-613/15; S-21/12/16, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 y S-26/1/17, asunto C-421/14) que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento interno tienen rango de normas de orden público y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta.

3. SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016». *Revista de Derecho vLex*, Núm 152, enero 2017.

En su Sentencia de 21 de diciembre de 2016 el TJUE ha reiterado que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público (ap. 54), así como una norma imperativa (ap. 55)<sup>4</sup>.

Sin duda se ha producido un auténtico *tsunami* de consecuencias jurídicas derivadas de las Sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017.

La cuestión nuclear es determinar si la jurisprudencia comunitaria permite declarar la abusividad de una cláusula contractual suscrita entre un profesional y un consumidor o los efectos derivados de esa declaración de nulidad en su integridad, cuando estamos ante un procedimiento judicial que, conforme a las normas procesales, puede verse afectado por los efectos de la cosa juzgada formal o material, reguladas, respectivamente, en los artículos 207 y 222 de la LEC o, en su caso, por los efectos derivados de la cosa juzgada virtual del artículo 400,2 de la LEC.

En mi opinión, por ejemplo, al consumidor no le habrá precluido la pretensión derivada de los efectos *ex tunc* de la nulidad de la cláusula suelo, ni por la regla preclusiva de la cosa juzgada virtual del artículo 400, 2 de la LEC, ni por los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada formal o material, regulada en los artículos 207 y 222 de la LEC, ya que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, que tiene rango de norma de orden público, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del TJUE.

No sería aventurado predecir una nueva avalancha de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, promovidas por tribunales españoles, como consecuencia de las resoluciones que pueda dictar el TS, al poder quedar vedada una nueva pretensión, si se adopta una interpretación restrictiva de la Sentencia del TS nº 81/2016 de 18 de febrero (Roj: STS 515/2016 – ECLI: ES:TS:2016:515), por los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada, sin tener presente las Sentencias dictadas con posterioridad por el TJUE de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017 y la Sentencia del mismo Tribunal de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, que permite una vía para reclamar contra el Estado, cuando el tribunal nacional haya dictado una resolución que infrinja de manera manifiesta el Derecho de la Unión<sup>5</sup>.

Es más, el propio TS ha promovido dos recientes cuestiones prejudiciales, mediante sendos autos de 8 de febrero de 2017<sup>6</sup> y 22 de febrero de 2017. El primero preguntando sobre los efectos de la doctrina fijada en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, respecto del vencimiento anticipado; y el segundo, respec-

4. SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016». *Revista de Derecho vLex*, Núm 152, enero 2017.

5. SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La debida observancia de la jurisprudencia del TJUE a fin de evitar la responsabilidad del Estado Comentaríos a la sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15». *Actualidad Civil*, nº 10, octubre 2016.

6. MARTÍNEZ CARRIÓN, S. U., «Dudas que suscita el ATS de 8 de febrero de 2017 planteando la cuestión prejudicial sobre vencimiento anticipado». *Diario la Ley* nº 8931, Sección Tribuna, 1 marzo 2017.

to de la doctrina fijada sobre la nulidad de la cláusula de interés moratorio y la consiguiente aplicación del interés remuneratorio, fijada como doctrina en sus Sentencias de 22 de abril de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016.

## II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

El principio de primacía del Derecho comunitario, fijado por el TJUE desde su primera Sentencia de 15 de julio de 1964 (C-6/64), ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico interno, tanto por el TC, en sus Sentencias 145/2012, de 2 de julio, 26/2014 de 13 de febrero de 2014, 232/2015, de 5 de noviembre de 2015 y 13/2017 de 30 de enero de 2017, como por la Sala 1<sup>a</sup> del TS, en sus Sentencias, entre otras, de 9 de mayo de 2013 (Roj STS 1916/2013), 30 de octubre de 2013 (Roj: STS 9153/2012) y 8 de septiembre de 2015 (Roj STS 3829/2015) y ha sido elevado a rango legal, a través de la LO 7/2015, de 21 de Julio, de modificación de la LOPJ, que introduce un nuevo artículo 4 bis, estableciendo en su apartado primero que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

El artículo 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza, tal y como fue adoptada el 12 de diciembre en Estrasburgo, titulado «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», dispone que «toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo».

El apartado 61 de la Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/8 y C-320/08, recuerda que «el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH, y que por otra parte ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

Junto con el principio de primacía del derecho comunitario, en materia procesal es necesario tener presente el control de convencionalidad, conforme el mandato de los artículos 10,2 y 96 de la Constitución, estableciendo este último artículo que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno y que respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>7</sup> y más concretamente su artículo 6,1 deberá ser interpretado conforme la doctrina jurisprudencial emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>8</sup>.

## III. NATURALEZA JURÍDICA DE NORMA DE ORDEN PÚBLICO Y CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE

El TJUE en sus Sentencias de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05 y 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, en sendas cuestiones prejudiciales

7. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, páginas 16808 a 16816.

8. NUEVO LOPEZ, P., «Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea». *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 50, junio 2015.

planteadas por Tribunales españoles ha declarado que en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo (ap. 36 S-26/10/2006 y ap. 53 S-6/10/2009).

Y la Sentencia citada del TJUE de 6 de octubre de 2009, en su apartado 52 dispone que «dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público».

En la cuestión prejudicial planteada por la Sección 14<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, referida a un procedimiento monitorio y que dio lugar a la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, en su apartado 40 resolvió que «habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende 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 (Sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízíng, C-137/08, Rec. p. I-10847, apartado 47, y de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C-453/10, apartado 28)».

En su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, en su apartado 54, analizando el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, nos recuerda que «esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales, que en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013 *Asbeek Bursse y de Man Garabito*, C-488/11, EU: C:2013:341, apartado 44)” y en el apartado 55 nos insiste que «por otra lado, se trata de una norma imperativa que pretende 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 (sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 63)».

Y en su Sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, respecto del artículo 6,1 de la Directiva 93/13/CEE, reitera su apartado 42 que «según reiterada jurisprudencia esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véase las sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartados 51 y 52 y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 54)».

Por su parte el TS en la Sentencia de 2 de febrero de 2017 (Roj: STS: 358/2017), en su fundamento de derecho segundo, punto tercero, resuelve que conforme al artículo 6.3 del Código Civil (en adelante CC) los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno

derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

El artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCYU) establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y el artículo 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), establece en su apartado primero que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención y en su apartado segundo que en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

No debemos olvidar que el artículo 6.3 del CC establece que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención y el artículo 1255 del mismo cuerpo legal que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Al respecto debe recordarse que el artículo 121,2 del Codi Civil de Catalunya dispone que no prescriben las pretensiones relativas a derechos indisponibles y que el artículo 19.4 de la LCGC establece la acción declarativa es imprescriptible.

#### **IV. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD CONFORME LA JURISPRUDENCIA FIJADA POR EL TJUE**

En la Unión Europea la protección de los derechos de los consumidores se eleva a rango fundamental, exigiendo una interpretación de nuestras normas sustantivas y procesales, conforme a la legislación y jurisprudencia comunitaria<sup>9</sup>.

En su Sentencia de 20 de septiembre de 2011, asunto F-8/05 REV, el TJUE resuelve que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del artículo 47, párrafo primero de la Carta de los Derechos Fundamentales, no queda confinado a la protección de los derechos fundamentales, sino que abarca también la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión.

El TJUE ha venido reiterando de forma constante que a falta de una normativa de la Unión en materia procesal, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro su regulación, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que las normas que los regulen no sean menos favorables que las que rigen en situaciones similares de

---

9. SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La sentencia del TJUE de 26/1/2017, asunto 421/14 y la cosa juzgada conforme la Directiva 93/13/CEE». *Revista de Derecho vLex*, Núm 152, enero 2017.



carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). (sentencias del TJUE de 8 de marzo 2017, asunto C-14/16; 26 de enero de 2017, asunto C-421/14; 26 de octubre de 2016, asuntos acumulados C-568/14 a 570/14; 9 de noviembre de 2016, asunto C-212/15; 15 de octubre de 2015, asunto C-310/14 y 14 de junio de 2012, C-618/10, entre otras muchas).

Como resolvió el TJUE en su Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE 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.

Y en sus Sentencias de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05 –Mostaza Claro y de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 –asunto Asturcom Telecomunicaciones–, el TJUE, respecto del principio de efectividad, nos recuerda que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias.

Como acertadamente sostiene el Magistrado Hugo Novales Bilbao, comentando la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), no podemos hablar de cánones preestablecidos o de verdades inmutables cuando se trata de derecho de consumidores y más cuando se trata de aplicar a casos individuales la doctrina de la transparencia contractual y el control de abusividad<sup>10</sup>.

Y como afirma el Magistrado Daniel Pedro Álamo González, en la aplicación e interpretación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE), las Sentencias dictadas por el TJUE vinculan directamente a los tribunales españoles a la hora de analizar los efectos jurídicos de las cláusulas incluidas en contratos de consumo, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE<sup>11</sup>.

El TS en el fundamento octavo de su Sentencia de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015), destaca que ha asumido esta jurisprudencia comunitaria y que ya en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no sólo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a éste el deber de intervenir, lo que resultaba obligado para todos los tribunales, pudiendo

---

10. NOGALES BILBAO, H., «Mas 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*, Núm 11, enero 2017.

11. ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P., «El Derecho comunitario y la protección del consumidor en los procedimientos de reclamación de crédito». *Diario la Ley* nº 8275, Sección Doctrina, 20 marzo 2014.

incluso el tribunal de apelación apreciar la nulidad de las cláusulas contractuales cuando sean contrarias al orden público.

En la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5618/2015) el TS (como ya tuvo ocasión de pronunciarse en su Auto de 6 de noviembre de 2013 –Roj: ATS 10482/2013–) resuelve que, en materia de protección de consumidores, el Derecho de la Unión Europea impone que se huya de indeseables formalismos y rigideces procesales, que lo único que harían sería desproteger a los consumidores y dificultar los principios de vinculación y efectividad propios de la normativa comunitaria protectora de los consumidores.

Lo esencial es que las partes gocen de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión.

Como sostiene el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, 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 cuando está en juego la tutela de los consumidores<sup>12</sup>.

El TJUE ya tuvo ocasión de pronunciarse con relación al principio de efectividad respecto de la preclusión de alegaciones y la cosa juzgada virtual regulada en el artículo 400, 2 de la LEC, en la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal español (respecto de la Directiva 1999/44/CEE), resolviendo en el apartado 42 de su sentencia de 3 de octubre de 2013<sup>13</sup> (asunto C-32/12) que: “sentado lo anterior, incumbe al Juez remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por el mismo, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10, apartado 27 y jurisprudencia citada”).

## **V. 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 LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL**

Sin perjuicio de que habrá que estar a la casuística del caso concreto (Sentencia del TS de 7 de febrero de 2017 –Roj: STS 788/2017 – ECLI: ES:TS:2017:788–, recurso 2223/2014, caso Caja Rural de Teruel), cuando una cláusula es declarada abusiva, su infracción provoca la nulidad de pleno derecho de la misma, de acuerdo con lo previsto en los artículos 83 de la LGDCYU y 8 de la LCGC, en relación con los artículos 6.3 y 1255 del CC y, por tanto, en mi opinión, al consumidor no le afectará la regla preclusiva de la cosa juzgada virtual del artículo 400, 2 de la LEC, ni los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada formal o material, regulado en los artículos 207 y 222 de

12. SANCHO GARGALLO, I., «El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores». *Revista Jurídica de Cataluña*. Número 4/2013, pp. 972-986.

13. PÉREZ DAUDI, V., «Comentario a la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013 dictada en el asunto 32/2012». *Revista Jurídica de Cataluña*, 2014-2, pp. 542-548.

la LEC, cuando los efectos derivados de la declaración de abusividad han quedado imprejuizados, ya que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, que tiene rango de norma de orden público, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

La cuestión nuclear es determinar si la jurisprudencia comunitaria permite declarar la abusividad de una cláusula contractual suscrita entre un profesional y un consumidor o los efectos derivados de esa declaración de nulidad en su integridad, cuando estamos ante un procedimiento judicial que, conforme a las normas procesales, puede verse afectado por los efectos de la cosa juzgada formal o material, reguladas, respectivamente, en los artículos 207 y 222 de la LEC o, en su caso, por los efectos derivados de la cosa juzgada virtual del artículo 400,2 de la LEC<sup>14</sup>.

A mi entender la cuestión planteada debe tener una respuesta afirmativa y, no solo, por la jurisprudencia comunitaria que hasta la fecha ha resuelto sobre la materia (S- 20/9/11, asunto F-08/05 REV; S-5/12/13, asunto C-413/12, ap 39; S-11/11/15, asunto C-505/14, ap. 45; S-9/9/15, asunto C-160/14, ap. 50), sino de una atenta lectura de las Sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017<sup>15</sup>.

Es cierto que el TJUE en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 no resuelve la cuestión de los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada, al ser ésta una materia que corresponde regular a cada uno de los Estados miembros, confirmando la citada Sentencia que el TS podía declarar legítimamente en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 que no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

Sin embargo el TJUE en la Sentencia de 26 de enero de 2017 sí analiza los efectos derivados de la cosa juzgada, planteándose en su apartado 45 la pregunta de si a la luz de la Directiva 93/13/CEE, el tribunal tiene la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial del contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada.

El TJUE en la citada Sentencia resuelve, a través de los párrafos 2º y 3º del apartado 54, que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a lo dispuesto en el artículo 207 de la 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 Directiva mediante una resolución con fuerza juzgada, salvo 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, debiéndose interpretar la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de que el juez nacional ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un

14. GARCÍA SÁNCHEZ, I. y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Comentarios al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo». *Revista de Derecho vLex*, Núm 152, enero 2017.

15. SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La cosa juzgada en el ámbito de los consumidores y los efectos retroactivos de la cláusula suelo declarada abusiva». *vLex Networks*, S.L, primera edición, febrero 2017.

incidente de oposición, está obligado a 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 esas cláusulas.

En su Sentencia número 5/2009 de 12 de enero, el TC analiza, desde la perspectiva constitucional, la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material y la pregunta que nos debemos formular, por ejemplo respecto de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, es si una Sentencia que no resolvió sobre los efectos *ex tunc* derivados de la cláusula suelo declarada abusiva, sin entrar a analizar la cuestión, al aplicar la doctrina del TS fijada en su Sentencia de 25 de marzo de 2015, debe considerarse una resolución con efectos de cosa juzgada o debemos considerarla como una cuestión imprejuzgada en ese punto, conforme al principio de efectividad fijado por el TJUE.

Debemos tener presente que el TS en su Sentencia nº 81 de 18 de febrero de 2016 (Roj: STS 515/2016), desestimó la demanda de revisión promovida porque una Sentencia no es un documento de los previstos en el artículo 510, 1-1ª de la LEC, sino una resolución jurisdiccional que establece determinada doctrina legal, respecto de los efectos de la cosa juzgada derivada de la jurisprudencia del TJUE de fecha posterior a una resolución nacional, sin que la jurisprudencia del TJUE haya desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una Sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una Sentencia firme dictada por un tribunal español.

El TS en la Sentencia comentada sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión, sin que el legislador español haya abordado esta reforma legislativa, pese a tener ocasión reciente de hacerlo. Únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en virtud de lo previsto en el artículo 2 del artículo 510 de la LEC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, pero no ha incluido igual solución para las Sentencias del TJUE<sup>16</sup>.

Sin embargo el TJUE en la Sentencia de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, resuelve sobre los requisitos para que se genere la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por vulneraciones del Derecho de la Unión imputables a un órgano jurisdiccional nacional<sup>17</sup>.

---

16. SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Comentarios a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal nº 81/2016 de 18 de febrero». *Revista Jurídica vLex*, Núm. 143, Abril 2016.

17. Para tener en cuenta esas consecuencias: LAFUENTE TORRALBA, A. J., "Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad de la declaración de nulidad". Comunicación presentada en el Congreso celebrado en Murcia en junio de 2016, sobre "El proceso civil: instrumento para la consecución de un nuevo panorama socioeconómico"; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., "La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños provocados por la Administración de Justicia: un derecho subjetivo constitucionalmente proclamado y legalmente desarrollado". Justicia año 2016, pp. 123-151 y GUICHOT, E., «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad». *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, Octubre-Diciembre 2016, pp 49-101.

Como se fundamenta en el apartado 18 de la referida Sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables es inherente al sistema de los Tratados en los que ésta se funda y ese principio rige en cualquier supuesto de violación del Derecho de la Unión por parte de un estado miembro, independientemente de cuál sea la autoridad pública responsable de esa violación.

Habida cuenta de la doctrina sentada por el TS en su Sentencia de 18 de febrero de 2016, la Sentencia comentada del TJUE de 28 de julio de 2016 permite una vía para reclamar contra el Estado, cuando el tribunal nacional haya dictado una resolución que infrinja de manera manifiesta el Derecho de la Unión, entendiéndose el TJUE que, en todo caso, una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

No obstante antes de acudir a esa vía, coincido con el profesor Vicente Pérez Daudí, que el mecanismo idóneo y previo para revisar una resolución definitiva y firme es el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 228, 1 de la LEC<sup>18</sup>.

Como sostiene el profesor Vicente Pérez Daudí, el objeto del incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 228,1 de la LEC es permitir que los Tribunales ordinarios puedan subsanar vulneraciones de derechos fundamentales que se hayan producido en el proceso como consecuencia de una resolución judicial y que la parte no haya tenido ocasión de denunciar en el mismo.

Siguiendo al citado autor este incidente no es un recurso extraordinario, ni una vía alternativa a la impugnación, ni un recurso de reposición, calificándose como un medio autónomo de rescisión de Sentencias, regulando el legislador este mecanismo excepcional para permitir que los Tribunales ordinarios puedan subsanar las vulneraciones de derechos fundamentales que se hayan producido en el proceso como consecuencia de una resolución judicial y que la parte no haya tenido ocasión de denunciar en el mismo y que se limita a permitir que los Tribunales ordinarios se pronuncien sobre la alegación de nulidad que puedan realizar las partes con carácter previo al recurso de amparo.

El artículo 228 de la LEC establece lo siguiente:

«1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de

---

También, LAFUENTE TORRALBA, A. J., «La impugnación de las cláusulas abusivas en un declarativo posterior». *Boletín Digital Civil de la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria*, núm. 8, octubre de 2016.

18. PEREZ DAUDI, V., «Breve comentario sobre la posibilidad de acudir al incidente de nulidad de actuaciones para revisar las sentencias firmes que han estimado parcialmente la reintegración de la nulidad de una cláusula suelo». *Revista de Derecho vLex*, Núm. 153, febrero 2017 y «la eficacia de las sentencias del TJUE en las sentencias firmes dictadas por los tribunales españoles», pendiente de publicarse en la *Revista Actualidad Civil*.

actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, 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.

El Tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, por el Secretario judicial se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el Tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno».

Como he expuesto en el capítulo IV, en el apartado 61 de la Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2010, asuntos C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08, la Corte de Luxemburgo recuerda que “el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrados en los artículos 6 y 13 del CEDH y que, por otra parte, ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Y en su Sentencia de 20 de septiembre de 2011, asunto F-8/05 REV, el TJUE resuelve que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del artículo 47, párrafo primero de la Carta de los Derechos Fundamentales, no queda confinado a la protección de los derechos fundamentales, sino que abarca también la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión.

El TS en su Auto de 2 de febrero de 2015 (Roj ATS 335/2015), dictado por el Pleno, en su fundamento de derecho sexto resuelve:

«1.-Aptitud del incidente de nulidad de actuaciones para resolver la cuestión.

Cuando tras la Sentencia que resolvió el recurso de casación, pero antes de resolverse el incidente de nulidad de actuaciones que se ha promovido contra tal Sentencia, ocurre un suceso de la trascendencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 26 de junio de 2014, el incidente de nulidad de actuaciones se muestra como el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos realiza dicho Tribunal. En un supuesto tan excepcional, no es de aplicación la doctrina que con carácter general ha sentado esta Sala en el sentido de que el incidente de nulidad de actuaciones no permite volver a plantear las cuestiones de trascendencia constitucional que hayan constituido justamente el objeto del proceso y sobre las que la Sentencia se haya pronunciado.

2.-El art. 10.2 de la Constitución prevé que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España, entre los que destaca el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, el Convenio). La función y las competencias que los actuales arts. 32 y 46 del Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que la interpretación de los preceptos del Convenio por dicho Tribunal tenga una eficacia interpretativa muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución.

3.-Según el Tribunal Constitucional, a través de la nueva regulación ampliada del incidente de nulidad de actuaciones se refuerza el protagonismo que han de asumir los Jueces y Tribunales ordinarios como guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales y el carácter subsidiario del recurso de amparo (STC 153/2012, de 16 de julio). Efectivamente, la reforma operada en la regulación de dicho incidente por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, extiende su objeto a “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución» por lo que hace coincidir su ámbito con el del recurso de amparo constitucional (art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La citada reforma tuvo como finalidad confesada «aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales» y «otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico» (exposición de motivos de la citada ley orgánica). El incidente de nulidad de actuaciones se revela como un cauce procesal idóneo para decidir si se han vulnerado los derechos fundamentales de las partes, evitando de este modo que tengan que acudir necesariamente al Tribunal Constitucional.

Por ello, esta Sala considera que no existe obstáculo para decidir si su Sentencia vulnera los derechos fundamentales cuya infracción se alega, atendiendo a los criterios sentados posteriormente en las referidas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque ciertamente las cuestiones

analizadas y resueltas en dichas Sentencias hayan sido, en lo fundamental, abordadas en nuestra Sentencia de 6 de febrero de 2014».

Aun cuando el Auto cuenta con cuatro votos particulares, en el apartado segundo del voto particular se afirma que «coincidimos con el voto mayoritario en que el incidente de nulidad de actuaciones se muestra como el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Pues bien, para poder acudir a la revisión de una resolución definitiva y firme para que se analice en el procedimiento resuelto la doctrina fijada por el TJUE en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016 y conforme a lo dispuesto en el apartado 54 de la Sentencia del mismo Tribunal de 26 de enero de 2017, a mi entender el mecanismo idóneo para revisar una resolución definitiva y firme que haya declarado los efectos retroactivos de una cláusula suelo siguiendo la doctrina del TS fijada en su Sentencia de 25 de marzo de 2015, será el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 228, 1 de la LEC, si bien este mecanismo cuenta con un plazo perentorio de 20 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.

Si ha precluido el plazo para poder formular el incidente de nulidad de actuaciones, ya he comentado en el capítulo V y en el presente capítulo, que el TS en su Sentencia de 18 de febrero de 2016 (Roj: STS 515/2016), cercenó la posibilidad de acudir a la vía de revisión de sentencias firmes, regulado en los artículos 509 y siguientes de la LEC, por entender que Sentencia no es un documento de los previstos en el artículo 510, 1-1<sup>a</sup> de la LEC, sino una resolución jurisdiccional que establece determinada doctrina legal, respecto de los efectos de la cosa juzgada derivada de la jurisprudencia del TJUE de fecha posterior a una resolución nacional, sin que la jurisprudencia del TJUE haya desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una Sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una Sentencia firme dictada por un tribunal español y sin que el legislador haya habilitado esa posición, habiendo previsto solo esa posibilidad en el artículo 501, 2 de la LEC, a través de la reforma de la LOPJ 7/2015, de 21 de julio, para las Sentencias del TEDH.

No obstante deberíamos tener presente la especial materia en la que nos desenvolvemos, en la que nos encontramos con normas de derecho imperativo y de orden público, como ha resuelto de forma constante la jurisprudencia del TJUE y que sin perjuicio de que habrá que analizarse cada caso concreto, deberemos tener presente la reciente Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, que analiza los efectos derivados de la cosa juzgada, conforme a la jurisprudencia comunitaria.

El TJUE en la citada Sentencia resuelve, a través de los párrafos 2º y 3º del apartado 54, que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a lo dispuesto en el artículo 207 de la 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 Directiva mediante una resolución con fuerza juzgada, salvo 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, debiéndose interpretarse la Directiva 93/13/CEE, 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, 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 esas cláusulas.

Al respecto conviene recordar que el TJUE en el apartado 62 de su Sentencia de 21 de abril de 2016 (asunto C-377/14), reiteró la obligación que incumbe al juez nacional de examinar de oficio la vulneración de ciertas disposiciones del Derecho de la Unión en materia de consumidores. Así en los que atañe la Directiva 93/13/CEE la Sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08 (apartado 32), respecto de la Directiva 86/577/CEE, referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la Sentencia de 17 de diciembre de 2009, Martin Martin C-227/08 (apartado 29), y en lo relativo a la Directiva 199/44/CEE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, la Sentencia de 3 de octubre de 2013, Duarte Heros (apartado 39).

Es cierto que el TJUE en el apartado 46 de la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, resuelve que “procede recordar en primer lugar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada. Así el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la Sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, E:C:2009:615, apartados 35 y 36)».

Y no cabe duda que en base al principio de seguridad jurídica, debe preservarse los efectos derivados de la cosa juzgada. No obstante el TJUE en su Sentencia de 20 de septiembre de 2011, asunto F-8/05 REV, resolvió que en el sistema judicial de la Unión la revisión constituye no una vía de apelación, sino un recurso extraordinario que permite impugnar la fuerza de cosa juzgada de una sentencia o un auto firme, resolviendo que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales, no queda confinado a la protección de los derechos fundamentales, sino que abarca también la protección de todos los derechos y libertados garantizados por el Derecho de la Unión.

Y en el apartado 45 de la Sentencia de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-505/14, el TJUE interpretó el efecto negativo excluyente de la cosa juzgada, conforme al principio de efectividad consagrado por el Tribunal de Luxemburgo, en el sentido de que conforme a dicho principio cada caso en el que

se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, así como del desarrollo y de las peculiaridades de éste, ante las diversas instancias nacionales.

No obstante, si se interpretase que respecto de las sentencias definitivas y firmes, le son de aplicación los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material, habida cuenta que no cabe acudir a la vía del recurso de revisión, conforme la doctrina sentada por el TS en su Sentencia de 18 de febrero de 2016, la Sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, permite una vía para reclamar contra el Estado, cuando el tribunal nacional haya dictado una resolución que infrinja de manera manifiesta el Derecho de la Unión, entendiéndose el TJUE que, en todo caso, una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, como ocurre, a mi entender, con la doctrina sentada por el TS en sus Sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, que ha dado lugar a la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016.

Habida cuenta de la sólida doctrina jurisprudencial fijada en los últimos años por el TJUE en materia de consumidores, especialmente a través de las cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles, estos deberán observar una atención especial a la jurisprudencia comunitaria, a fin de evitar la responsabilidad del Estado, conforme los requisitos que el TJUE ha fijado en su Sentencia de 28 de julio de 2016.

No sería aventurado predecir una nueva avalancha de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, promovidas por tribunales españoles, como consecuencia de las resoluciones que pueda dictar el TS, al poder quedar vedada una nueva pretensión, si se adopta una interpretación restrictiva de la Sentencia del TS nº 81/2016 de 18 de febrero, por los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material.

Habida cuenta que el plazo para presentar el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones ya ha precluido, al haber transcurrido el plazo de 20 días desde la fecha de publicación de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en el DOUE, un mecanismo, para los supuestos en que hubiese recaído una resolución definitiva y firme, podría ser la vía que plantea el Magistrado Edmundo Rodríguez en el artículo publicado en la Revista Aranzadi Doctrinal «¿sigue siendo santa la cosa juzgada? (BIB 2017, 120), quien sostiene que podría obviarse la problemática de la cosa juzgada, acudiendo al RDL 1/2017, de 20 de enero, porque en base al preámbulo (apartado 2 in fine y apartado 3) y al artículo 1 del RDL, en opinión del citado autor, que comparto, podría permitir reclamar la totalidad de las cantidades indebidamente satisfechas cuando la cláusula suelo es declarada nula, al ser una cuestión ex novo regulada con posterioridad y como consecuencia de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016.

Obsérvese que en el apartado dos in fine de la Exposición de Motivos del RDL 1/2017, se hace constar «El Tribunal de Justicia ha fundamentado el fallo en dos razonamientos esenciales. En primer lugar, la sentencia considera que

la apreciación de la abusividad por falta de transparencia material que realizó el Tribunal Supremo tiene por fundamento el artículo 4, apartado 2 de la directiva en relación con el artículo 3, y que no cabe apreciar que el Tribunal Supremo hubiera ido más allá del ámbito definido por la propia directiva. Y, en segundo lugar, afirma que la cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de modo que ha de restaurarse la situación de hecho y de Derecho en que se encontraría el consumidor en esta situación, toda vez que, de otro modo, se pondría en cuestión el efecto disuasorio pretendido por el artículo 6 de la mencionada norma europea», sin que el artículo 1 del RDL haga distinción alguna entre supuestos ya resueltos o pendientes de resolver, teniendo como objeto «el establecimiento de medidas que faciliten sino en el derecho a la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria».

## VI. CONCLUSIÓN

Después de las Sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017, cabe preguntarse si la jurisprudencia comunitaria permite declarar la abusividad de una cláusula contractual suscrita entre un profesional y un consumidor o los efectos derivados de esa declaración de nulidad en su integridad, cuando estamos ante un procedimiento judicial que, conforme a las normas procesales, puede verse afectado por los efectos de la cosa juzgada formal o material, reguladas, respectivamente, en los artículos 207 y 222 de la LEC o, en su caso, por los efectos derivados de la cosa juzgada virtual del artículo 400,2 de la LEC.

A mi entender la cuestión planteada debe tener una respuesta afirmativa y, no solo, por la jurisprudencia comunitaria que hasta la fecha ha resuelto sobre la materia (S-20/9/11, asunto F-08/05 REV; S-5/12/13, asunto C-413/12, ap 39; S-11/11/15, asunto C-505/14, ap. 45; S-9/9/15, asunto C-160/14, ap. 50), sino en virtud de una atenta lectura de las Sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017.

No obstante, si se interpretase que respecto de las sentencias definitivas y firmes, les es de aplicación los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material, habida cuenta que no cabe acudir a la vía del recurso de revisión, conforme la doctrina sentada por el TS en su Sentencia de 18 de febrero de 2016, la Sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, permite una vía para reclamar contra el Estado, cuando el tribunal nacional haya dictado una resolución que infrinja de manera manifiesta el Derecho de la Unión, entendiéndose el TJUE que, en todo caso, una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.