

Ponencia Congreso AEDC

El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores

Jesus Sanchez Garcia

Abogado

@jsfamilex

Sumario

1. Introducción
2. El orden público comunitario
3. Incidencia del orden público comunitario en el procedimiento civil en materia de consumidores
4. Conclusión

I. Introducción

El concepto de orden público en la actualidad debe ponerse en íntima relación con el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

El Tribunal Constitucional en su sentencia nº 19 de 13 de Febrero de 1985 nos recuerda que el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público¹.

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.

Si bien en la actualidad ya forma parte del ADN de nuestra cultura jurídica la primacía del derecho comunitario, elevado a rango legal con la reforma de la LO 7/2015, a través del actual artículo 4 bis de la LOPJ, no está plenamente asumido, a mi entender, el orden público comunitario, ni la relevancia que el mismo supone, tanto sustantiva, como procesalmente, en el ordenamiento jurídico español, especialmente en materia de consumidores.

En el apartado 61 de la sentencia de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/8 y C-320/08, el TJUE 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".

En el ámbito de los consumidores el legislador europeo ha querido otorgar rango de orden público al artículo 6, apartado 1 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).

El TJUE en sus recientes sentencias de 21 de diciembre de 2016 el TJUE, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 y 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, nos ha recordado que el artículo 6, apartado 1 de Directiva 93/13/CEE es una disposición que debe considerarse una norma

¹Elvira Perales, A "Libertad de circulación comunitaria y orden público en España". Cuadernos de Derecho Público, nº 30, (enero-abril 2007) p. 38.

equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público, así como una norma imperativa.

De la importancia del orden público comunitario se ha hecho eco el TS en sus últimas resoluciones, no solo en materia de condiciones generales de la contratación, sino en otras bien distintas como, por ejemplo, en la normativa antitrust.

El TS en su reciente sentencia de 3 de noviembre de 2017, afirma que “la normativa antitrust comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene un carácter imperativo, pues través de ella se establecen los límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público «español o comunitaria» en el mantenimiento de la competencia” (FD 3º, ap 5)².

² Roj: STS 3879/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3879.

II. El orden público comunitario

En opinión del profesor Perez Daudi a nivel comunitario debe distinguirse el orden público europeo, que se identifica con los derechos regulados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el comunitario, sin que exista ningún texto normativo que haga referencia alguna al concepto de orden público ni delimite su contenido. La primera resolución del TJUE que hace referencia al orden público comunitario es el Auto de 22 de junio de 1965, asunto 9/65.³

El Abogado General del TJUE Sr. Paolo Mengozzi, en las conclusiones presentadas el 30 de mayo de 2017, en el asunto C-122/16 P, en su apartado 102 afirma que “el Tribunal de Justicia nunca ha ofrecido una definición precisa del concepto de orden público ni ha identificado de manera abstracta los criterios que permiten establecer si un motivo es de orden público o no. Sin embargo, los elementos extraídos de la jurisprudencia permiten delimitar con una cierta precisión estos criterios, en lo referente al ordenamiento jurídico de la Unión”.

Y en el apartado 103 de sus conclusiones, Paolo Mengozzi expone que “a este respecto, como he tenido ocasión de señalar en múltiples ocasiones suscribo el enfoque propuesto por el Abogado General Jacobs en sus conclusiones presentadas en el asunto Salzgitter/Comisión (C-210/98 P, EU:C:2000:172). Así pues, en mi opinión, un motivo es de orden público cuando, por una parte, la norma infringida pretende contribuir a un objetivo o valor fundamentales del ordenamiento jurídico de la Unión y desempeñe un papel significativo en la consecución de dicho objetivo o valor y, por otra parte, si dicha norma fue establecida en interés de terceros o de la colectividad en general, y no meramente en interés de las personas directamente afectadas”.

En el apartado 47 de la sentencia de 14 de noviembre de 2017, dictada por el TJUE, en el citado asunto C-122/16 P, el Tribunal de la Corte de Luxemburgo resolvió que “Ciertamente, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el juez de la Unión debe examinar de oficio los motivos de orden público (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 2 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda y otros, C-89/08 P, EU:C:2009:742, apartado 34 y jurisprudencia citada”.

³Perez Daudi, V: “El orden público comunitario y los efectos procesales”. Pendiente de publicación.

III. Incidencia del orden público comunitario en el procedimiento civil en materia de consumidores

En la sentencia de 21 de abril de 2016, (asunto C-377/14) el TJUE (apartado 62) reitera 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 lo que atañe a la Directiva 93/13/CEE, la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08 (apartado 32), respecto de la Directiva 85/577/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).

Y en el apartado 66 de la citada sentencia de 21 de abril del 2016, el TJUE afirma que no podría alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional no estuviera obligado a apreciar de oficio el cumplimiento de las exigencias resultantes de las normas de la Unión en materia de consumidores, siendo, igualmente, relevante la citada sentencia cuando resuelve sobre el efecto directo de las disposiciones de las directivas y en concreto de las Directivas 93/13/CEE y 2008/48/CEE.

El TJUE resuelve en la comentada sentencia de 21 de abril de 2016 (apartados 76, 77 y 79) que si bien una directiva no puede crear por si misma obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona, no es menos cierto que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa, impuesto por el artículo 288 del TFUE, párrafo tercero y por la propia Directiva y esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales y la obligación de proceder a un examen de oficio del carácter abusivo de ciertas cláusulas y de las menciones obligatorias de un contrato de crédito constituye una norma procesal que recae no sobre los particulares sino sobre las autoridades judiciales, debiendo los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver los litigios de que conozcan.

Centraremos esencialmente el presente estudio en el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, en el que el legislador europeo ha querido otorgar rango de orden público y en los efectos procesales y sustantivos derivados del mismo.

El TJUE en la sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, en su apartado 52 dispone que “dada la naturaleza e 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 como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público.

En la sentencia de 21 de diciembre de 2016 el TJUE, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, 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 (apartado 54), así como una norma imperativa (apartado 55) y que dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad, en relación con los profesionales, conforme el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, en relación con su vigesimocuarto considerando, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Principios que el TJUE incide, una vez más, en la sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, recordando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición imperativa, que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (apartado 41) y que esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (apartado 42), debiendo el juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE (apartado 43).

Por tanto esos principios del TJUE que otorgan al artículo 6,1 de la Directiva 93/13/CEE el rango de norma imperativa y de orden público deben ser observados por los tribunales nacionales, conforme el principio

de primacía del derecho comunitario (art. 4 bis de la LOPJ) y el control de convencionalidad (art. 10,2 y 96 de la CE)⁴.

Las dos recientes sentencias comentadas del TJUE, 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.⁵

Como acertadamente sostiene el Magistrado Daniel Pedro Álamo González en su artículo "el Derecho comunitario y la protección del consumidor en los procedimientos de reclamación de crédito", en la aplicación e interpretación de la 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/CEE⁶.

El TJUE en sus sentencias de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05 (asunto Mostaza Claro) y 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 (asunto Asturcom Telecomunicaciones), en sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales españoles, declaró 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)⁷.

Podemos afirmar que en la actualidad y gracias especialmente a la posición activa de muchos Tribunales en esta materia, especialmente mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, la posición de los consumidores ante la contratación seriada ha dado un cambio profundo en nuestra legislación procesal y de consumo y en la aplicación e interpretación de la misma por los Tribunales⁸.

⁴Sanchez Garcia, 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.

⁵Sanchez Garcia, J: “El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la LEC”. Revista Juridica de Catalunya, Nº 1-2017, pp 13-30.

⁶Álamo González, DP: "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

⁷Sanchez Garcia, 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 – Nº 152, enero 2017.

⁸Sanchez Garcia, J: “El control jurisdiccional de los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo”. Revista de Derecho vLex – Nº 138, Noviembre 2015.

El TS en su sentencia de 2 de febrero de 2017⁹, nos recuerda que conforme al artículo 6,3 del CC “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distintivo para el caso de contravención”. En la sentencia comentada el TS resuelve que la norma legal que introdujo los deberes de información del artículo 79 bis LMV no estableció, como consecuencia de su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Por tanto *a sensu contrario* y siguiendo la doctrina fijada por la citada sentencia será de aplicación el artículo 6.3 del CC cuando una norma así lo establezca expresamente, como ocurre con el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE.

El TJUE al interpretar el artículo 6,1 de la Directiva 93/13/CEE ha sentado doctrina sobre las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, al resolver que es una norma de orden público y de derecho imperativo, lo que significa que conforme prevé nuestro ordenamiento interno en los artículos 6,3 y 1255 del CC, su infracción conlleva la nulidad de pleno derecho.

El propio legislador español ha establecido en el artículo 83 del TRLGUCYU que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y el artículo 8 de la LCGC establece que serán nulas de pleno 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.

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

La aplicación del orden público comunitario en el ordenamiento jurídico interno, conforme los artículos 6,3 y 1255 del CC, supone la ineficacia contractual derivada de su incumplimiento, con la consecuencia jurídica de ser una nulidad absoluta o radical y que, por tanto, debe ser apreciada de oficio por los tribunales, sin que pueda beneficiarse de los institutos

⁹Roj: STS 358/2017 - ECLI: ES:TS:2017:358

jurídicos de la prescripción o de la caducidad, ni, tampoco, de la confirmación tácita del contrato, regulada en los artículos 1309 y 1311 del CC.

Aunque la casuística es amplia, la importancia de la infracción de una norma considerada de orden público comunitario y sus consecuencias jurídicas, la podemos encontrar analizando una práctica de la que se han hecho eco algunos medios de comunicación, cual es las renunciadas suscritas por algunos prestatarios a reclamar los efectos retroactivos derivados de la cláusula suelo.

Sin perjuicio del lógico análisis del caso concreto, a mi entender hay argumentos jurídicos para defender la nulidad del pacto alcanzado, tanto respecto de los acuerdos extrajudiciales alcanzados entre el prestatario y la entidad bancaria, como respecto de los acuerdos transaccionales homologados judicialmente, conforme al principio del orden público comunitario, derivado del artículo 6,1 de la Directiva 93/13/CEE, sin que la acción esté sujeta a plazos de caducidad, ni prescripción.

Sostengo esta posición, habida cuenta la especial materia en la que nos desenvolvemos (en la que nos encontramos con normas de derecho imperativo y de orden público) y si se ha negociado y logrado un acuerdo extrajudicial con el Banco habrá que acudir a la causa y el error en la causa, que puede determinar la nulidad del pacto o negocio.

A mi entender tampoco le afectaría los efectos de la cosa juzgada en los supuestos en los que las partes hubieran llegado a un acuerdo transaccional, aprobado judicialmente¹⁰.

En su sentencia de 5 de abril de 2010¹¹, el TS resolvió que la transacción judicial tiene naturaleza dual, ya que –manteniendo su carácter sustantivo– la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se trata de una sentencia (artículos 1816 CC y 517 LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre transacción judicial y extrajudicial, pues esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo.

¹⁰Viola Demestre, I.: "El contrato de transacción en el Código Civil". Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003, pp. 380-390.

¹¹Roj: STS 1874/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1874.

En esta misma sentencia el TS resuelve que la homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales podrán hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 del CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (STS de 26 de enero de 1993).

De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia (que es susceptible de ejecución) la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda.

La resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2016¹², analiza la naturaleza mixta, convencional y procesal, de la transacción judicial, citando la sentencia comentada del TS de 5 de abril de 2010.

Por otra parte no debemos olvidar que, si bien el artículo 1255 del Código Civil regula la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de contratar, el propio artículo establece que son nulos los pactos contrarios al orden público y, por tanto entiendo que podríamos encontrarnos ante supuestos de renuncia expresa, en contra de lo dispuesto en el artículo 6,1 de la directiva 93/13/CEE y por ello ante una posible nulidad radical por incumplimiento de normas imperativas y de orden público, de forma preferente al vicio del consentimiento.

La doctrina fijada por el TS en sus sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, podría haber generado en algunos prestatarios no tanto un vicio en el consentimiento a la hora de negociar y novar sus contratos de préstamos con garantía hipotecaria –con renuncia a los efectos *ex tunc* de las cláusulas suelo que hubieran podido dejarse sin efecto en un acuerdo extrajudicial– sino un acuerdo nulo por ir contra uno de los límites del art. 1255 CC como es el orden público, al haberse determinado por el TJUE que la no retroactividad infringía el Derecho comunitario cuando el consumidor de forma fundada –dados los pronunciamientos del TS– podía considerar que no era así¹³.

Además, dichas novaciones en general envuelven una transacción y ésta –conforme al art. 1817 CC que se remite al art. 1265 CC– es nula cuando hay error en el consentimiento.

¹²BOE Núm. 8 de 10 de enero de 2017, p.1360.

¹³Sanchez Garcia, J.: “Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016”. Revista Jurídica vLex. *Op cit.*

Al respecto, sobre la nulidad de pleno derecho de las renunciaciones derivadas de una cláusula suelo declarada abusiva son ilustrativas las sentencias de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 17 de noviembre de 2016¹⁴ y 22 de noviembre de 2016¹⁵ y la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2016¹⁶.

Tesis que parece ser confirmada por el propio TS en su reciente sentencia de 16 de octubre de 2017,¹⁷ al resolver que “hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre y las que en ella se citan)” (FD 6º, ap 5).

La citada sentencia del TS de 16 de octubre de 2017, nos recuerda que «No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento” (FD 6º, ap 2). “Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea” (FD 6º, ap 3). “Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor” (FD 56, ap 4).

El TS en su sentencia de 3 de noviembre de 2017, afirma que “la normativa antitrust comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene un carácter imperativo, pues través de ella se establecen los límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público «español o comunitaria» en el mantenimiento de la competencia” (FD 3º, ap 5), recordando que “la nulidad de pleno derecho del contrato por establecer una vigencia temporal superior a los tres años, declarada contraria al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 TFUE, no puede ser objeto de subsanación o novación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.3 y 1255 del Código Civil” (FD 3º, ap 7)¹⁸.

¹⁴Roj: SAP Z 1882/2016 – ECLI:ES:APZ:2016:1882.

¹⁵Roj: SAP Z 1991/2016 –ECLI:ES:APZ:2016:1991.

¹⁶Roj: SAP P 278/2016 – ECLI:ES:APP:2016:278.

¹⁷ Roj: STS 3721/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3721

¹⁸ Roj: STS 3879/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3879.

Por otra parte, si nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta o radical, la acción de nulidad no caduca y respecto de la posible prescripción debemos tener presente la reforma del artículo 1964 del Código Civil, operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, estableciendo que las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación, con el régimen transitorio del artículo 1939 del Código Civil.

Si como sostengo, estamos ante un supuesto de derecho indisponible y – por tanto– la posibilidad de que el acuerdo alcanzado, renunciando a los efectos *ex tunc* de la reclamación de lo indebidamente cobrado por aplicación de la cláusula suelo, sea nulo de pleno derecho, conviene recordar que el artículo 19,4 de la LCGC establece que la acción declarativa es imprescriptible y el artículo 121,2 del *Codi Civil de Catalunya* dispone que no prescriben las pretensiones relativas a derechos indisponibles.

Si bien respecto de los efectos de la cosa juzgada¹⁹, el TS en su sentencia de 5 de julio de 2017²⁰, en su fundamento de derecho segundo, apartado tercero, diferencia entre las acciones colectivas y las acciones individuales, resolviendo que “además, como ya advertimos en la STS 334/2017 , esta cuestión fue analizada en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, en la que justificamos por qué de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (contenida en la STJUE de 14 de abril de 2016), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (contenida en la STC 148/2016, de 19 de septiembre, y otras posteriores) y la jurisprudencia de esta misma Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencia 375/2010, de 17 de junio), entre las acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, y por ello no cabe apreciar el efecto de cosa juzgada material”, en su sentencia de 18 de julio de 2017²¹, distingue entre aquéllos supuestos en los que aún no ha recaído resolución definitiva y firme, de los que sí ha recaído, resolviendo en su fundamento de derecho cuarto que:

“A su vez, la circunstancia de que la modificación de la jurisprudencia nacional se deba a lo resuelto por el TJUE debe ponerse en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, conforme al cual la

¹⁹ Sanchez Garcia, J: “La cosa juzgada en el ámbito de los consumidores y los efectos retroactivos de la cláusula suelo declarada abusiva”. Editorial vLex, febrero 2017.

²⁰ Roj: STS 2791/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2791.

²¹ Roj: STS 3013/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3013.

seguridad jurídica no debe salvaguardarse en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia de un tribunal nacional (STJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08 , Olimpclub).

El principio de efectividad, así entendido, ya ha sido tomado en consideración por esta sala al resolver asuntos sobre cláusulas suelo después de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 . Así, el auto de 4 de abril de 2017 (asunto 7/2017) lo valora para inadmitir a trámite una demanda de revisión de una sentencia firme que, ajustándose a la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala, había limitado en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo, razonando esta sala que lo pretendido en la demanda era proyectar la jurisprudencia del TJUE no sobre un asunto todavía pendiente de sentencia firme sino sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme. Y la sentencia de esta sala 314/2017, de 18 de mayo , también lo toma en consideración, pero esta vez en favor del consumidor porque se trataba de resolver un recurso de casación interpuesto por el demandante, de modo que aún no había recaído sentencia firme, y el banco demandado-recurrido pretendía que, pese a o ya resuelto por el TJUE, la primera sentencia de esta sala sobre cláusulas suelo, es decir, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , produjera efectos de cosa juzgada en cuanto a la limitación temporal de los efectos restitutorios”.

No obstante y tras la regulación del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (en adelante RDL 1/2017) coincido con la tesis que sostiene el Magistrado Edmundo Rodríguez, brillantemente expuesta en su artículo publicado en la Revista Aranzadi “tras la doctrina de TJUE ¿sigue siendo santa la cosa juzgada?”²².

Edmundo Rodríguez sostiene que la finalidad del RDL 1/2017 es el restablecimiento de los derechos de los consumidores (apartado III del preámbulo) y que “el artículo 1 señala como objeto del RDL establecer medidas para facilitar la devolución de cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo. Un consumidor con asunto enjuiciado con sentencia firme que falla restituir desde la publicación de la STS de 9 de

²²Rodríguez Achútegui, E: “Tras las doctrina del TJUE ¿sigue siendo santa la cosa juzgada?”. Revista Aranzadi Doctrinal, nº 4/2017.

mayo de 2013, rec. 485/2012, puede acogerse a este objeto, porque no hay limitación legal y entra dentro del ámbito de aplicación que describe el art 2 RDL”.

Como acertadamente afirma el Magistrado Edmundo Rodriguez no puede estar juzgada una pretensión que nace al amparo de una norma inexistente al resolverse el procedimiento previo, si se opta por seguir la interpretación del TJUE más favorable a asegurar al consumidor la integra restitución de cantidades incorrectamente percibidas en los casos en que la incorporación de una cláusula suelo a su contrato no sea transparente.

IV. **Conclusión**

Si como sostiene el Abogado General del TJUE, Sr. Paolo Mengozzi, un motivo es de orden público cuando, por una parte, la norma infringida pretende contribuir a un objetivo o valor fundamentales del ordenamiento jurídico de la Unión y desempeñe un papel significativo en la consecución de dicho objetivo o valor y, por otra parte, si dicha norma fue establecida en interés de terceros o de la colectividad en general, y no meramente en interés de las personas directamente afectadas, no cabe duda que en materia de consumidores una parte de las Directivas de la UE persiguen esa finalidad, por lo que su infracción, especialmente cuando el TJUE haya declarado ese rango de orden público, deberá ser observado por los tribunales españoles, conforme lo dispuesto en los artículos 6,3 y 1255 del Código Civil y de acuerdo con el principio de efectividad de la jurisprudencia emanada del TJUE.

Madrid, diecinueve de noviembre de dos mil diecisiete.