



**ACCIÓN INDEPENDIENTE DE REEMBOLSO DE LAS CANTIDADES ABONADAS
EN APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO TRAS SU DECLARACIÓN DE
NULIDAD***

**(A propósito de la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 990/2019 de 14 junio, AC
2019\1371)**

Pascual Martínez Espín**
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo

Fecha de publicación: 3 de marzo de 2023

COMENTARIO

El presente comentario tiene por objeto analizar algunas cuestiones problemáticas sobre la devolución de cantidades percibidas indebidamente tras la declaración de una cláusula abusiva, sugeridas a partir de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 990/2019 de 14 junio (AC 2019\1371). Dicha sentencia confirma la dictada por Juzgado de Primera Instancia de Vizcaya núm. 2 Sentencia de 23 abril 2018 (JUR 2020\7150). Posteriormente, el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 15 marzo 2022 (JUR 2022\116497), inadmite el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NBI00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4466-7128>



1. Antecedentes

Pero volvamos al origen. Dictada la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), los demandantes promovieron demanda en abril de 2014, solicitando exclusivamente la declaración de nulidad de la cláusula suelo. La STS de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 735) sentó doctrina jurisprudencial sobre restitución de lo pagado en aplicación de las cláusulas suelo a partir de la publicación de la anterior STS de 9 de mayo de 2013. Dictada STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309), que se reflejó en la STS de Pleno de 23 de febrero de 2017 (RJ 2017, 674), el 1 de junio de 2017 (RJ 2017, 2499) los demandantes interponen la presente demanda de reclamación por lo indebidamente pagado en aplicación de la cláusula suelo inserta en el préstamo hipotecario de 27 de mayo de 2005.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Durango dictó Sentencia en fecha 23 de abril de 2018 (JUR 2020\7150) que estimó la demanda formulada contra la entidad bancaria Caja Laboral Popular Cooperativa de Crédito, y condenó a la entidad bancaria demandada a la restitución de todas las cantidades cobradas en aplicación de la referida cláusula y cuya determinación efectiva deberá producirse en ejecución de Sentencia, más el interés legal de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción, debiendo aportarse el cuadro de amortizaciones correspondiente al préstamo concertado, con imposición de las costas procesales a la demandada.

La parte demandada interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.^a), en sentencia de fecha 14 de junio de 2019, en el rollo de apelación n.º 1112/2018.

La representación procesal de Caja Laboral Popular S. C.C. (LEG 1889, 27) presentó escrito de interposición de recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada, con fecha 14 de junio de 2019, por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.^a) en el rollo de apelación n.º 1112/2018 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 364/2017, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Durango.

2. Normativa aplicable

Son de aplicación los arts. 219, 220 y 400 LEC y el art. 7.1 CC.



3. Cuestiones controvertidas

En el recurso de apelación, la demandada Caja Laboral Popular Sociedad Cooperativa de Crédito solicitó la desestimación de la demanda inicial, alegando como motivos de impugnación:

- a). La excepción de cosa juzgada, sin que puedan repetirse en un procedimiento posterior referido a la condena de las cantidades abonadas en virtud de la meritada cláusula suelo.
- b). Además sostiene que el préstamo hipotecario fue cancelado en enero de 2017 sin efectuar reserva alguna por la parte prestataria acerca de los intereses abonados en concepto de cláusula suelo, por lo que debe aplicarse la doctrina de los actos propios y del retraso desleal.
- c). De manera subsidiaria, sostiene el rechazo de la demanda por vulnerarse el art. 219 de la LEC en tanto que la parte actora no determina la cuantía reclamada ni fija con claridad y precisión las bases con arreglo a las cuales deben fijarse.

Analicemos las cuestiones planteadas en este recurso de apelación:

3.1. De la cosa juzgada y del principio de preclusión

El art. 221.1 LEC y por extensión el art. 400 regula la cosa juzgada en sentido negativo o excluyente al disponer que «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo». Con ello se pretende impedir que vuelva a plantearse un nuevo proceso con el mismo objeto que el anterior, y de esta manera se niega o excluye un segundo proceso.

El JPI rechaza la existencia de cosa juzgada de la pretensión de reclamación de cantidad por lo indebidamente pagado a consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde la contratación del préstamo hipotecario, el 27 de mayo de 2005, reproduciendo lo resuelto en STS de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 735) y en la posterior del STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309) y en virtud el art. 400.2 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

La sentencia de la AP, que comentamos, desestima esta alegación remitiéndose a su sentencia de 11 de mayo de 2018 (AC 2018, 1801), en rollo de apelación nº 612/2017 que señala:



"Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de febrero de 2018, que aborda la aplicación de los arts. 222 y 400 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cono remisión a las de 20 de septiembre y 8 de noviembre de 2017, citando la misma línea que la de Palencia de 23 de diciembre de 2016 o la de León de 8 de febrero de 2017:

"En definitiva sin dejar de considerar que el artículo 400 de la LEC es un precepto de difícil contracción en cuanto a sus efectos y alcance, es lo cierto es que una interpretación demasiado formalista del mismo puede conducir a restricciones del derecho defensa y sobre todo del derecho a la tutela judicial efectivo (art. 24 de la CE (RCL 1978, 2836).), cerrando el camino a nuevas acciones cuando éstas se planteen entre quienes ya han sido partes en un juicio anterior. Por ello parece razonable entender que cuando dicho precepto cierra el camino a la alegación de nuevos hechos y fundamentos jurídicos, se está refiriendo a la acción ya ejercitada en la que se ha debatido una concreta pretensión, pero no a las nuevas acciones cuyo contenido lo integran pretensiones no ejercitadas con anterioridad pues, como señala la doctrina constitucional, faltaría en este caso la identidad subjetiva que reclame el Instituto de la cosa juzgada". No puede obviarse el hecho de que el propio artículo 400 de la LEC comienza su relación refiriéndose de forma explícita a lo que se pide la demanda (1. Cuando lo que se pide la demanda pueda fundarse..."), lo que parece centrar el contenido del precepto en aquello que ha sido pedido en el primer proceso, máxime cuando la previsión del número 2, es subordinada de ese primer párrafo, según ha considerado la jurisprudencia, para quien "únicamente se justifica su aplicación cuando en ambos procesos se deduzca- en las demandas de uno y otro- igual pretensión (SS Tribunal Supremo 25 junio 2009 (RJ 2009, 4237) , 8 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5144) y Auto Tribunal Supremo 2 de diciembre de 2015 (JUR 2015, 295028)).

Precisamente la doctrina del Tribunal Supremo también ha seguido en los últimos pronunciamientos igual tesis al afirmar que el artículo 400 LEC, no impide al demandante volver a formular una nueva demanda si en ella lo que se ejercita es una acción distinta, aunque se hubiera podido acumular en el primer pleito, relegando la aplicación de la cosa juzgada a aquellos procesos en que se produzca igual pretensión en las demandas de uno y otro. Es en tal caso, cuando no cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pues en tal caso la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a estimar bien la excepción de litis pendencia si el primer proceso se haya pendiente o la de cosa juzgada, si en él mismo ha recaído sentencia dotada de efectos de cosa juzgada material (Sentencia TS de 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 4237) , de 10 de marzo y 30 de marzo de 2011 , 9 de enero y 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7881) , 8 de octubre y 19



noviembre 2014 (RJ 2014, 5956) , 2 de diciembre de 2015 y 21 julio 2016 (RJ 2016, 3212)).

... Por su parte la STS de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7881) también ha interpretado el reiterado artículo 400 en iguales términos: Del texto del precepto se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda"; añadiendo la STS de 19 noviembre 2014 (RJ 2014, 5956) que "lo que no supone tal precepto es que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a los mismos hechos tenga contra el demandado". Conforme a esta doctrina el artículo 400 de la LEC (RCL 2000, 34) permite tener aducidos todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que el demandante pudiera haber fundado lo pretendido en su demanda, hayan sido alegados efectivamente la demanda o no lo hayan sido, pero no permite tener por formulado un pedimento, a efectos de litigios posteriores, que efectivamente no lo haya sido en el litigio anterior: "La preclusión alcanza solamente a las causas de pedir deducibles pero no deducidas, no a las pretensiones deducibles pero no deducidas"(STS de 19 de noviembre de 2014). Por ello para que sea efectiva la previsión que contiene el artículo 400 de LEC se requiere como presupuesto previo, la existencia de identidad de pretensión y que está, como resulta obvio y la propia norma exige, - que se haya formulado en demanda o en su caso en reconvenición (STS de 10 de marzo de 2010), siendo exigible para que pueda aplicarse el efecto preclusivo que sea igual lo que se pida en la demanda en uno y otro proceso (STS 14 de julio de 2014 (RJ 2014, 4776)).

En definitiva lo que excluye el artículo 222 de la LEC , es un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso ya resuelto, exclusión perfectamente concordante con lo dispuesto en el artículo 400.1 de la LEC que excluye la posibilidad de ejercitar acciones posteriores basadas en distintos hechos o fundamentos jurídicos que pudieran alegarse en el anterior pleito cuando lo que se pide es lo mismo, pues una misma pretensión sólo puede plantearse una vez, al margen de los concretos hechos y fundamentos jurídicos que la puedan sustentar (ST de 5 diciembre 2013 y 19 de noviembre de 2014). Pero, conforme a esta misma doctrina y a la propia literalidad de los preceptos, ninguno de esos dos artículos que se acaban de citar impiden un pleito en el que se formulen pretensiones distintas, aunque estén vinculadas con la pretensión formulada en un pleito anterior y aunque pudieran haberlo sido, por cuanto que la acumulación objetiva de acciones es facultativa y no preceptiva para el actor, conforme resulta de lo dispuesto en el art.71.2 de la LEC -



La condena al pago de cantidad dineraria es una acción sustancialmente distinta de la mera declaración de nulidad de una cláusula contractual y ello, aunque la primera presuponga la segunda, pues que una acción sea presupuesto de otra no quiere decir que el actor venga obligado a agotar todo aquello que puede pedir contra un demandado. Por el contrario, y dependiendo de cada caso, un demandante puede no ejercitar, según su interés y posibilidades, alguna pretensión subordinada, accesorio o derivada para, como ocurre en este caso concreto, adaptarse a la doctrina jurisprudencial existente en el momento y que por haber cambiado posibilita el planteamiento de una cuestión que hasta ese momento no podía serlo de forma eficaz. Lo que impide el artículo 400 de la LEC, es otra cosa, que con el pretexto de nuevas alegaciones que pudieron hacerse en el pito anterior se reproduzcan los mismos pedimentos.

En consecuencia, el ejercicio inicial de la acción de nulidad de la denominada cláusula suelo existente en el contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes no puede considerarse excluyente o preclusivo del actual ejercicio de la acción de reclamación de las cantidades cobradas en exceso por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula en el primer proceso y hasta el momento en que tal declaración se produjo. Debe en consecuencia, confirmarse el razonamiento que contiene la sentencia apelada, así como su conclusión condenatoria, máxime cuando tal criterio es el que ya rige en casos sustancialmente idénticos en la doctrina de Audiencias Provinciales (SS AP de Jaén de 10 de junio de 2015 (JUR 2015, 227269), de Zaragoza de 1 de julio de 2016 (JUR 2016, 201461))

También vamos a remitirnos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019, 178927) que analiza esta cuestión de cosa juzgada y preclusión en relación con reclamación de cantidad derivada de sentencia firmes previas sobre cláusula suelo, apreciando distintas situaciones fácticas que admiten respuestas jurídicas distintas”.

La STS 515/2016 de 21 de julio (RJ 2016, 3212), sobre esta cuestión, se manifestó en los siguientes términos: "en concreto, del artículo 222.4 LEC , sobre los efectos de la cosa juzgada material, en relación el artículo 400 LEC , y la jurisprudencia sobre el mismo, respecto de la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, por cuanto en el presente supuesto concurrirían -según la parte recurrente- todos los requisitos necesarios para estimar la excepción de cosa juzgada formulada con el efecto preclusivo respecto de todas aquellas cuestiones que la parte contraria pudo y debió de haber reclamado en el primer procedimiento. ... El motivo se desestima ya que efectivamente no puede apreciarse la existencia de cosa juzgada sobre la pretensión ahora formulada



que no lo fue en el anterior proceso ni tenía el demandante la obligación de hacerlo, como se desprende de lo dispuesto por la propia norma invocada: el artículo 400 LEC”.

Así la ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles "causas de pedir" con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda, pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula. Si no fuera así, carecería de sentido la norma del artículo 219.3 LEC que permite al demandante formular exclusivamente una pretensión de condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos, dejando para un proceso posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades."

En consecuencia, se considera que la pretensión en diferente proceso de la acción de devolución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de una cláusula contractual que posteriormente se declara nula, -ya se considere como una acción diferente e independiente como acción de condena de la previa acción declarativa de nulidad de la cláusula, ya como una pretensión complementaria ligada a la anterior por ser un efecto de la misma-, no quedan comprendidas bajo las previsiones del art. 400 LEC cuando no se han ejercitado en un proceso previo de declaración de nulidad. Igualmente ocurre cuando se reclama la devolución de otras cantidades indebidamente cobradas en virtud de una cláusula contractual que posteriormente es declarada nula, y que no fue objeto del anterior procedimiento.

Máxime en un supuesto como el presente en que, precisamente, el efecto devolutivo que nos ocupa ha adquirido una clara autonomía y contornos propios, justificando incluso una decisión prejudicial del TJUE, concretamente la que resuelve su sentencia de 21 de diciembre de 2016, centrada precisamente en los efectos de esa declaración de nulidad en la forma más acorde para cumplir con los dictados de la Directiva 93/13. De ahí que también la eficacia del Derecho comunitario y la Jurisprudencia que lo interpreta, especialmente en esta materia de protección de consumidores para restablecer en su derecho al afectado por una cláusula abusiva, apunta también en la interpretación restrictiva del marco de aplicación del art. 400 LEC.

No estamos, pues, ante un supuesto de revisión de lo acordado en sentencia firme por cambio sobrevenido de la línea jurisprudencial preexistente, que es lo que han resuelto los Autos del Tribunal Supremo de 4 de abril (RJ 2017, 2121) y 10 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2298), citados por la parte apelante en su recurso de apelación -en el sentido de impedir revisar lo resuelto sobre un periodo expresamente resuelto y denegado por



sentencia anterior que goza de firmeza-, sino ante una pretensión nueva, no afectada por la cosa juzgada.

Interpuesto recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal el mismo fue inadmitido (**Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 15 marzo 2022, JUR 2022\116497**), por falta de justificación del interés casacional en la medida en que la sentencia no se opone a la jurisprudencia existente sobre la materia litigiosa (art. 483.2º. 3.ª LEC). La improcedencia del recurso de casación determina la del extraordinario por infracción procesal (Disposición final 16.ª, apartado 1 y regla 5.ª, párrafo segundo, de la LEC). El TS entiende que se puede reclamar el perjuicio ocasionado por una cláusula abusiva, inserta en un préstamo ya extinguido, y para esta pretensión se ha de plantear como necesario antecedente la declaración de nulidad de dicha cláusula.

Esta fue la tesis sostenida por el TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), en sentencia núm. 993/2011, de 16 enero (RJ 2012\1785). El recurso de casación, en las dos perspectivas jurídicas que presenta, no se admite por falta de justificación del interés casacional en la medida en que la sentencia no se opone a la jurisprudencia de esta sala sobre la materia litigiosa (artículo 483.2º. 3.ª LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), y, en consecuencia, el interés casacional planteado deviene inexistente. Igualmente, la STS n.º 662/2019 de 12 de diciembre, en un supuesto similar al planteado, declaró que se puede reclamar el perjuicio ocasionado por una cláusula abusiva, inserta en un préstamo ya extinguido y para esta pretensión se ha de plantear como necesario antecedente la declaración de nulidad de dicha cláusula.

A modo de conclusión, podemos sostener que cuando el art. 400 LEC cierra el camino a la alegación de nuevos hechos y fundamentos jurídicos se está refiriendo a la acción ya ejercitada en la que se ha debatido una concreta pretensión, pero no a las nuevas acciones cuyo contenido lo integran pretensiones no ejercitadas con anterioridad. El ejercicio inicial de la acción de nulidad de la cláusula no puede considerarse excluyente o preclusivo del actual ejercicio de la acción de reclamación de las cantidades cobradas en exceso por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula en el primer proceso y hasta el momento en que tal declaración se produjo.

3.2. De la doctrina de los actos propios y el retraso desleal en el ejercicio de acciones

Los apelantes invocan la doctrina de actos propios y el retraso desleal en el ejercicio de las acciones sobre la base de que se declaró la nulidad de la cláusula suelo del préstamo litigioso en 25 de junio de 2014, y que ha sido cancelado anticipadamente a principios del año 2017, sin reserva alguna por la parte prestataria acerca de los intereses en aplicación



de la cláusula suelo. La apelante alega que ha sido tres años después de declarada la nulidad de la cláusula y tras agotar los efectos de la relación contractual ente las partes, cuando los demandantes reclaman la devolución de los intereses abonados en aplicación de la cláusula suelo.

Con relación al retraso desleal, se invoca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de febrero de 2017, que dispone:

"el retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil (LEG 1889, 27)). Tal como señala la STS de 1 de abril de 2015 (RJ 2015, 2362), para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor a tal efecto (STS de 15 de junio de 2012), por cuanto los actos propios son fundamentales y relevantes para inferir si el retraso es o no desleal (STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 610)). "

Se hace constar que no es oponible la doctrina de los actos propios precisamente por tratarse de un supuesto de nulidad radical, y por aplicación de la doctrina del TJUE, que parte del principio de no vinculación para el consumidor de las cláusulas abusivas y que la declaración judicial del carácter abusivo de tales cláusulas debe tener como consecuencia, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de haber conocido dicha cláusula. El simple abono anticipado de lo prestado que conlleva la cancelación anticipada del préstamo hipotecario no puede ser considerado como convalidante, pues tampoco cabe considerar dicho abono como acto volitivo del que se derive de forma indudable e inequívocamente su decisión de renunciar al ejercicio de la acción. La cancelación anticipada no incluye una renuncia del cliente al ejercicio futuro por su parte de acciones fundadas en la cláusula suelo.

3.3. De la obligación de cuantificar en la demanda la cantidad efectivamente reclamada

Se le reprocha a la Sentencia recurrida que, al diferir la cuantificación al proceso de ejecución, infringe el art. 209.4º LEC , en cuanto dispone que "también determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 219 de esta Ley ", y asimismo el art. 219 LEC, que prohíbe las sentencias con reserva de liquidación, y solo



admite la remisión a ejecución cuando la liquidación consista en una sencilla operación aritmética.

Sin embargo, el contenido de dichos preceptos debe ser matizado. El propio art. 210.4º se refiere a "en su caso" y en cuanto a la disposición sobre sentencias con reserva de liquidación (ex art. 219) ya dice la E. de M. de la LEC "que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible", lo que no cabe identificar de modo absoluto con los supuestos de sencilla operación aritmética (Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 993/2011 de 16 enero. RJ 2012\1785).

Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (como los de liquidación de daños y perjuicios de los arts. 40.7, 533.3 y 534.1, párr. 2º), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. Con tal criterio se trató de superar la problemática que se planteaba con anterioridad en la aplicación del art. 360 LEC1881 (LEG 1881, 1), precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado. De conformidad con el mismo, la realidad o existencia del daño (salvo "in re ipsa"), las bases y la cuantía debían acreditarse necesariamente en el proceso declarativo, si bien podía suceder que las bases o la cuantificación, no fuera posible fijarlas, y entonces cabía diferirlas para ejecución de sentencia. Esto nunca era aplicable a la realidad o existencia del daño, pues incluso en caso de imposibilidad de acreditarlo, la falta de prueba acarrearía la desestimación de la pretensión correspondiente. Sucedió en la práctica que el temor a no obtener un pronunciamiento favorable en sede de costas, si la sentencia no accedía a la indemnización reclamada, retraía a los demandantes en la fijación de una suma indemnizatoria, y ello ocurría incluso a pesar de que en alguna medida se trató de solventar con la doctrina denominada de la "estimación sustancial", y, por otra parte, por razones de desidia probatoria de las partes durante el proceso, y de comodidad de las resoluciones judiciales que no motivaban si había habido o no posibilidad de probar en el periodo correspondiente, se terminó por imponer la rutina de remitir la cuantificación a ejecución de sentencia. Con tal actitud se generó un incremento litigioso al insertarse en el proceso de ejecución un incidente (nuevo proceso) declarativo sobre el daño con el consiguiente aumento del coste -tiempo y gastos- y derroche de energías sociales. Para corregir la situación se entendió, con sana intención, que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo y a ello responden los preceptos procesales que se examinan. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva (S. 11 de octubre de 2011 (RJ 2011, 6840), 663) de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del



proceso. Dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción a su legítimo interés.

Frente a la rigurosa aplicación del art. 219 LEC en los momentos inmediatamente posteriores a su entrada en vigor, lo cierto es que se ha ido imponiendo progresivamente una interpretación más flexible y respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así, la STS 993/2011, de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1785), estableció una doctrina general sobre el régimen de las sentencias con reserva de liquidación en la nueva LEC, y en la misma línea, la STS 423/2012, de 28 de junio, recuerda en su fundamento de derecho séptimo, apartado A), titulado "Sentencias de condena con reserva de liquidación", la doctrina sentada sobre esta cuestión:

"A) Esta Sala en la STS, del Pleno, de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1785), RIC n.º 460/2008, ha declarado -en interpretación de los artículos 209.4º LECy219 LEC-, que el contenido de estos preceptos debe ser matizado en aquellos casos en los que un excesivo rigor en su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, provocando indefensión. Esto puede suceder cuando, por causas ajenas a ellas, a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción al legítimo interés de las partes. No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación.

Como se examinó en la citada STS del Pleno, cuando se produce esta situación cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las partes. Es posible remitir la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. Ambas soluciones han sido utilizadas en sentencias de esta Sala atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso."

Los dos criterios han sido utilizados en Sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso. El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, posiblemente, un menor coste -economía procesal-. Como criterio orientador para dirimir una u otra remisión parece razonable atender, aparte



la imprescindibilidad, a la mayor o menor complejidad, y en este sentido ya se manifestaron las Sentencias de 18 de mayo de 2009, 306 y 11 de octubre de 2011, 663, aludiendo a la facilidad de determinación del importe exacto las Sentencias de 17 de junio de 2010, 370 y 26 de junio de 2010, 739. En el caso, la sentencia recurrida opta por el segundo criterio, y lo cierto es que su aplicación (y singularmente del art. 715 LEC) no supone ninguna indefensión.

Y la misma sentencia aporta el criterio para escoger entre las dos posibilidades apuntadas:

"El elemento orientador para optar por una u otra solución es atender -partiendo de que debe ser un litigio en el que no pueda prescindirse de esta solución- a la mayor o menor complejidad del supuesto (SSTS de 18 de mayo de 2009, RC n.º 725/2004 (RJ 2009, 3177), 11 de octubre de 2011 (RJ 2011, 6840) , RIPC n.º 1285/2008 , 17 de junio de 2010 (RJ 2010, 5405) , RIC n.º 141/2006), teniendo en cuenta que el criterio que remite a otro proceso cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, mientras que el criterio que remite a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, como regla, un menor coste."

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 360/2013, de 24 de mayo (RJ 2013, 4620), 737/2013, de 28 de noviembre (RJ 2013, 7875), y 45/2018 de 30 de enero (RJ 2018, 283).

Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior (SS. 10 de febrero de 2009, 49 ; 2 de marzo de 2009, 95 ; 9 de diciembre de 2010, 777 ; 23 de diciembre de 2010, 879 ; 11 de octubre de 2011 , 663); o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución (SS. 15 de julio de 2009 ; 16 de noviembre de 2009, 752 ; 17 de junio de 2010, 370 ; 20 de octubre de 2010, 606 ; 21 de octubre de 2010, 608 ; 3 de noviembre de 2010, 661 ; 26 de noviembre de 2010 , 739), pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación.

En el presente caso, la parte demandante no solicitó la condena al pago de una cantidad determinada, sino, aunque de modo claro, de una cantidad a determinar en ejecución de sentencia. En la demanda, y particularmente en el suplico de la misma, se indican los parámetros económicos y temporales a los que había de atenderse para cuantificar el importe. Se trata de restituir las cantidades que se hubieran satisfecho indebidamente, desde la fecha de constitución de la hipoteca y hasta la fecha de cancelación de la misma, sobre la base de recalcular los pagos que hubiese tenido que efectuar los demandante en el caso de que la cláusula declarada nula no hubiese existido, aplicando el tipo de interés resultante de adicionar al euríbor vigente el diferencial más 0,45 puntos convenido en el préstamo hipotecario, condenando a la demandada a reintegrar a la actores todo lo que



hubiese obtenido en exceso de interés. Cálculos que pueden realizarse en fase de ejecución de sentencia sin mayor problema.

Si lo anterior no fuese suficiente, la nulidad que se declara es una nulidad de pleno derecho. que comporta la expulsión de la cláusula del contrato y la aplicación del art. 1303 CC, de acuerdo con el cual la declaración de nulidad o anulabilidad de una cláusula general de la contratación comporta un efecto restitutorio pleno (ex tunc), apreciable de oficio y dirigido a que las partes vuelvan a la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante. En relación con la actuación de oficio del tribunal en orden a la determinación de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad, la STS 716/2016, de 30 de noviembre (RJ 2016, 6100), señala:

"Es más, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato y para impedir, en todo caso, que queden en beneficio de uno de los contratantes las prestaciones recibidas del otro, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (sentencias núm. 105/1990, de 24 de febrero ; 120/1992, de 11 de febrero ; 772/2001, de 20 de julio (RJ 2001, 8403) ; 81/2003, de 11 de febrero ; 812/2005, de 27 de octubre (RJ 2005, 7356) ; 934/2005, de 22 de noviembre (RJ 2005, 10198) ; 473/2006, de 22 de mayo (RJ 2006, 5825) ; 1385/2007, de 8 de enero de 2008 ; 843/2011, de 23 de noviembre ; y 557/2012, de 1 de octubre (RJ 2012, 9708)) viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma. Como dijimos en la sentencia núm. 102/2015, de 10 de marzo (RJ 2015, 1121):

< Es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto ex lege, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez>.

Interpretación jurisprudencial que considera, además, que las mencionadas normas - arts. 1295.1 y 1303 CC - se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC (sentencias de 9 de febrero de 1949 , 8 de octubre de 1965 y 1 de febrero de 1974), ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate (sentencias núm. 439/2009, de 25 de junio (RJ 2009, 6454) ; y 766/2013, de 18 de diciembre (RJ 2013, 8351)). "



Tesis que se reitera en la STS 734/2016, de 20 de diciembre (RJ 2016, 6317), y que implica que, con independencia de que la parte actora hubiera formulada con más o menos acierto su petición, la sentencia hubiera debido resolver sobre los efectos restitutorios, con el único límite que marcan los principios dispositivos y de congruencia.

4. Voto particular

La sentencia que expresa el parecer mayoritario considera que la sentencia de fecha 25 de junio de 2014, dictada Juicio ordinario nº 335/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de los de Bilbao, que declara nula la cláusula contenida del contrato de préstamo que establece límite mínimo a la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo), no produce efectos de cosa juzgada en este procedimiento en el que se reclama el importe de las cantidades abonadas en exceso por los prestatarios por aplicación de dicha cláusula hasta que se dejó sin efecto como consecuencia de la sentencia que la declara nula.

Frente a dicha opinión mayoritaria se alza el voto particular según el cual el juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo (SSTS 3-4-90 (RJ 1990, 2693), 31-3-92 (RJ 1992, 2315), 25-5-95 (RJ 1995, 4265) y 30-7-96 (RJ 1996, 6413)). Como consecuencia, no pueden ejercitarse acciones posteriores basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser alegados en la primera demanda".

Así, se podría decir que, conforme a la normativa nacional, se produce el efecto preclusivo cuando en el proceso precedente se podría haber resuelto la pretensión que se formula en el ulterior.

En el supuesto de que se trata, en la demanda en la que se solicitó la nulidad de la estipulación del contrato que establece el límite mínimo del tipo de interés (cláusula suelo), por la que se siguió el juicio ordinario nº 599/ 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº1, se podía haber solicitado la devolución del dinero abonado en aplicación de la cláusula suelo como efecto de la nulidad, no obstante lo cual los demandantes decidieron limitarse a solicitar la nulidad de la cláusula sin formular petición referente a los efectos o consecuencias de la nulidad previstas legalmente artículo 1303 CC.

Los hechos en los que se fundamenta la pretensión que formula en el apartado primero del suplico de la demanda del presente procedimiento (la condena a la demanda a "la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la cláusula limitativa de las variaciones de los tipos de interés declarada nula por la sentencia 185/2014 dictada



por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao desde el principio de su aplicación y ello de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.") son los mismos en los que se fundamentó el anterior proceso: el contrato de préstamo que suscribieron los demandantes y la demandada, y la cláusula en cuya nulidad sustenta la reclamación dineraria como efecto de la nulidad es la misma- la cláusula tercera que establece el límite mínimo del interés ordinario en el 2,75% nominal anual (y el máximo en el 15%).

Y siendo la restitución de las prestaciones un efecto que se produce por ministerio de la ley por la declaración de nulidad (artículo 1303 CC), y, consecuentemente, la restitución de las cantidades abonadas en exceso por aplicación de la cláusula suelo respecto a las resultantes de la aplicación del marginal establecido en el contrato un efecto legal de la estimación de la acción de nulidad entablada respecto a la cláusula suelo, que incluso puede declararse de oficio sin necesidad de petición de parte, es de apreciar la concurrencia de cosa juzgada con relación al juicio ordinario nº 599/ 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº1 pues el demandante podía haber reclamado en aquel procedimiento la devolución del exceso abonado por aplicación de la cláusula nula en vez de seguir dos procedimientos para resolver la misma cuestión que podía haberse resuelto en uno sola con la sobrecarga para los órganos judiciales y el coste económico que tal proceder conlleva.

En consecuencia, la excepción de cosa juzgada alegada por la demandada debió de ser acogida, y la demanda desestimada.

5. Conclusiones

Primera. Inexistencia de cosa juzgada material de la sentencia. La pretensión en diferente proceso de devolución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de una cláusula contractual que posteriormente se declara nula, no quedan comprendidas bajo las previsiones del art. 400 LEC cuando no se han ejercitado en un proceso previo de declaración de nulidad: el efecto devolutivo que nos ocupa ha adquirido una clara autonomía y contornos propios, justificando incluso una decisión prejudicial del TJUE, concretamente la que resuelve su sentencia de 21 de diciembre de 2016, centrada precisamente en los efectos de esa declaración de nulidad en la forma más acorde para cumplir con los dictados de la Directiva 93/13; no estamos, pues, ante un supuesto de revisión de lo acordado en sentencia firme por cambio sobrevenido de la línea jurisprudencial preexistente.

Segunda. Buena fe en el ejercicio de los derechos e inexistencia de retraso desleal. La cancelación anticipada no incluye una renuncia del cliente al ejercicio futuro por su parte



de acciones fundadas en la cláusula suelo: no es oponible la doctrina de los actos propios precisamente por tratarse de un supuesto de nulidad radical, y por aplicación de la doctrina del TJUE, que parte del principio de no vinculación para el consumidor de las cláusulas abusivas.

Tercera. Sobre la obligación de cuantificar en la demanda la cantidad efectivamente reclamada, en la demanda, y particularmente en el suplico de la misma, se indican los parámetros económicos y temporales a los que había de atenderse para cuantificar el importe. Dado que se trata de una nulidad de pleno derecho, con independencia de que la parte actora hubiera formulada con más o menos acierto su petición, la sentencia hubiera debido resolver sobre los efectos restitutorios, con el único límite que marcan los principios dispositivo y de congruencia.