

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 23 DE MAYO DE 2018 (294/2018)
Y 11 DE JULIO DE 2018 (434/2018)**

**Eficacia del allanamiento en recurso de casación
y alcance del principio dispositivo
en materia de cláusulas suelo**

Comentario a cargo de:
FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI
Catedrático de Derecho procesal
Universidad Complutense

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MAYO DE 2018

RoJ: STS 1909/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:1909

ID CENDOJ: 28079119912018100019

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE JULIO DE 2018

RoJ: STS 2675/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:2675

ID CENDOJ: 28079119912018100025

PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN

Asunto: Las dos sentencias merecen un comentario conjunto, por cuanto abordan diversas facetas de una cuestión común: el alcance del poder general de disposición de las partes, cuando se proyecta en fase de recurso de casación y, más en concreto, las consecuencias de un allanamiento expreso o tácito de la

parte recurrida a las pretensiones formuladas por la recurrente. El Tribunal atribuye eficacia directa y completa a la voluntad de la parte recurrida en ambos casos, a pesar de que el allanamiento pueda obedecer a la voluntad de evitar la creación de doctrina jurisprudencial con potenciales efectos desfavorables en una multiplicidad de supuestos, también *pro futuro*. En el trasfondo late la preocupación de las entidades financieras ante la deriva de la doctrina jurisprudencial en relación con las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, también en sus dimensiones procesales.

Sumario: **1. Resumen de los hechos:** 1.1. La situación en el asunto que dio origen a la STS de 23 de mayo de 2018. 1.2. La situación en el asunto que dio origen a la STS de 11 de julio de 2018. **2. Soluciones dadas en primera instancia.** **3. Soluciones dadas en apelación.** **4. Los motivos de casación alegados.** **5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. El elemento común a ambas resoluciones: la eficacia del allanamiento en sede de recurso de casación. 5.2. Lo singular de la STS de 23 de mayo de 2018: cláusulas suelo, principio dispositivo y «peligro» de creación de doctrina jurisprudencial desfavorable 5.3. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Las dos sentencias comentadas, desde el punto de vista material, pertenecen al ámbito de la litigiosidad motivada por la utilización de cláusulas suelo en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores. Pero el problema más relevante que se suscitó finalmente en ambos litigios no era estrictamente sustantivo sino más bien procesal, pues lo que acabó estando en juego fue el alcance del principio dispositivo y la posibilidad de que los tribunales pudieran ir más allá de lo pedido por las partes para dar plena efectividad a los derechos de los consumidores derivados de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas.

1.1. La situación en el asunto que dio origen a la STS de 23 de mayo de 2018

El caso que dio origen a la STS de 23 de mayo de 2018 comenzó, como tantos otros, con una demanda interpuesta en julio de 2016 por consumidores prestatarios de un contrato con garantía hipotecaria, a tipo variable y con cláusula suelo. En el suplico de su demanda se solicitaba la nulidad de la cláusula, así como la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria desde el 9 de mayo de 2013 –esto último, en aplicación de la archiconocida doctrina sentada en la STS de dicha fecha sobre limitación temporal de efectos de las consecuencias de la abusividad por falta de trans-

parencia—. Antes de la celebración de la vista, el TJUE dictó su sentencia de 21 de diciembre de 2016 en el asunto *Gutiérrez Naranjo*, de contenido y alcance sobradamente conocidos por el lector y, al poco tiempo, la entidad demandada se allanó a la demanda, aceptando con ello ser condenada a la devolución de cantidades percibidas en aplicación de la cláusula suelo a partir del 9 de mayo de 2013. El Juzgado otorgó trámite de audiencia a los demandantes, que solicitaron, no obstante, que la condena se extendiera también a todas las cantidades cobradas indebidamente en virtud de la cláusula suelo, a pesar de no haberlo solicitado así en la demanda: sostuvieron que era cuestión de orden público —deducible de la Directiva 93/13 y de la jurisprudencia del TJUE que la ha venido interpretando—, que la limitación cuantitativa autoimpuesta en su demanda obedecía a la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo —y a su lógica voluntad de asegurarse una condena en costas— y que, en definitiva, el allanamiento era fraudulento.

El Juzgado, sin embargo, dictó sentencia acogiendo el allanamiento y declarando, en consecuencia, la nulidad de la cláusula; en cuanto a la restitución de cantidades, la limitó a las cobradas a partir del 9 de mayo de 2013, pues a eso se había limitado la petición en la demanda. Los demandantes apelaron, solicitando la ampliación de la condena en aplicación de la STJUE *Gutiérrez Naranjo*, pero el recurso fue desestimado: a juicio de la Audiencia Provincial, la efectividad del Derecho de la Unión no se ve vulnerada si la limitación temporal de la restitución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de una cláusula suelo abusiva la provoca el propio consumidor en su demanda.

Frente a la sentencia de segunda instancia los demandantes formularon recurso de casación por infracción del art. 1303 CC (efectos restitutorios asociados a la nulidad de las obligaciones) en relación con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 (no vinculación de los consumidores y deber de los Estados miembros de establecer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas). El recurso de casación fue admitido y la Sala de lo Civil, constituida en Pleno, acordó dar a las partes trámite de audiencia sobre la procedencia de plantear cuestión prejudicial al TJUE, para que este determinase hasta qué punto resultan compatibles con el principio de efectividad del Derecho de la Unión (en concreto, de la Directiva 93/13) las exigencias derivadas de los principios procesales de justicia rogada, preclusión de alegaciones y congruencia vigentes en la legislación española.

En vista del posible decurso de las actuaciones, la entidad bancaria consignó en el Juzgado las cantidades que estimó necesarias para cubrir lo reclamado por los demandantes y las costas y presentó ante la Sala Primera del Tribunal Supremo un escrito de allanamiento al recurso de casación. La Sala otorgó plena eficacia al allanamiento, en aplicación de los arts. 19 y 21 LEC, por lo que dictó sentencia estimatoria del recurso, casando parcialmente la sentencia de segunda instancia y condenando a la entidad bancaria recurrida a la restitución total de las cantidades percibidas en virtud de la cláusula suelo.

A resultas del allanamiento decayó también la tramitación de la cuestión prejudicial, dado que para enjuiciar el caso en cuestión ya no resultaba necesario el pronunciamiento solicitado del TJUE.

1.2. La situación en el asunto que dio origen a la STS de 11 de julio de 2018

El punto de partida del caso que culminó con la STS de 11 de julio de 2018 es algo distinto al anterior aunque, como se verá, el núcleo del problema acaba resultando ser el mismo. En primera instancia se interpuso demanda frente a una entidad bancaria solicitando la declaración de nulidad de la cláusula suelo incorporada al contrato de préstamo hipotecario suscrito entre ambos. La sentencia de primera instancia, sin embargo, no se limitó a declarar esa nulidad –y también la de la cláusula equivalente contenida en un contrato de novación posterior–, sino que condenó también a la entidad demandada a reintegrar a la demandante las cantidades percibidas en virtud de la aplicación de la cláusula suelo –aunque también condenó a la demandante a pagar las cantidades no satisfechas en aplicación de la cláusula techo, igualmente anulada–.

Frente a la sentencia se alzó en apelación la entidad financiera demandada, solicitando la desestimación íntegra de la demanda. La Audiencia estimó el recurso y, en consecuencia, desestimó la demanda de forma completa, con imposición de las costas de ambas instancias a la demandante. Fue esta quien, a su vez, interpuso recurso de casación, cifrando el interés casacional en la oposición de la sentencia impugnada a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la legislación sobre condiciones generales, cláusulas abusivas y derechos de los consumidores. Ahora bien, lo que se solicitaba en casación no era la confirmación íntegra de la sentencia de primera instancia, sino de la demanda inicial, esto es, que se declarase la nulidad de la cláusula suelo del préstamo, sin reintegro de cantidades.

En trámite de oposición al recurso la entidad financiera demandada y recurrida manifestó expresamente que no se oponía al recurso y se limitó a solicitar que no se le impusieran las costas. La Sala Primera del Tribunal consideró que la parte se había allanado al recurso de casación y, en consecuencia, casó la sentencia en los términos solicitados por la recurrente y estimó la demanda tal y como había sido formulada en primera instancia.

2. Soluciones dadas en primera instancia

Como se ha apuntado ya, en el primero de los asuntos –el que desembocó en la STS de 23 de mayo de 2018– el Juzgado acogió el allanamiento y dictó sentencia condenando a la entidad financiera a la restitución de cantidades desde el 9 de mayo de 2013, pero rechazando extender la condena a las devenidas con anterioridad, dado que no habían sido oportunamente reclamadas en la demanda.

En segundo de los asuntos –en el origen de la STS de 11 de julio de 2018– el Juzgado dictó sentencia declarando la nulidad de la cláusula suelo impugnada, pero añadió «de su propia cosecha» la condena a la entidad financiera demandada a devolver todas las cantidades percibidas en virtud de la aplicación de la cláusula suelo.

3. Soluciones dadas en apelación

El recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia en el primero de los litigios se saldó con una sentencia desestimatoria, fundada en la improcedencia de conceder una tutela no solicitada en la demanda, sin que con ello se infrinja el principio de efectividad del Derecho de la UE, dado que era imputable a las demandantes no haber formulado su pretensión de forma más amplia.

En el segundo proceso, en cambio, la Audiencia Provincial sí revocó la sentencia dictada en primera instancia, por considerarla incongruente –había otorgado una tutela no solicitada por la parte actora–.

4. Los motivos de casación alegados

En ambos procesos los recursos de casación se formulan, de manera muy similar, sobre la base de la infracción de los derechos otorgados a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, en unión con lo dispuesto en el art. 1303 CC sobre las consecuencias restitutorias asociadas a la declaración de nulidad de los contratos. En el primero de los procesos, los demandantes recurrentes aspiraban a que, en virtud del principio de máxima efectividad del Derecho de la Unión, se les otorgara la restitución completa de cantidades, a pesar de no haberla solicitado en primera instancia. En el segundo de los litigios, de forma más sensata, la demandante pretendía simplemente una sentencia congruente con su petición inicial de nulidad, que había sido revocada indebidamente en apelación junto con el pronunciamiento de condena a la restitución de cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo.

En ambos recursos, sin embargo, el Tribunal Supremo no se pudo pronunciar sobre el fondo del recurso: en el primero la entidad recurrida se allanó de forma expresa al recurso, mientras que en el segundo mostró su conformidad con el motivo alegado, actitud calificada como allanamiento tácito. La aceptación de ambos allanamientos determinó que en sendos recursos se dictara sin más sentencia estimatoria, pero sin necesidad de decidir sobre el fondo en sentido propio.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *El elemento común a ambas resoluciones: la eficacia del allanamiento en sede de recurso de casación*

Desde un punto de vista estrictamente procesal, lo relevante de ambas resoluciones es que a través de ellas el Tribunal Supremo sienta doctrina «de pleno» en relación con la eficacia del allanamiento en sede de casación. Aunque era asunto en relación con el cual ya había algún pronunciamiento previo –en las dos resoluciones se hace referencia expresa a este extremo, con cita de las SSTs 74/2017, de 8 de febrero y 475/2017, de 20 de julio–, la Sala ha considerado conveniente dejar claro cuál es su criterio en este punto de forma más contundente.

A mi juicio, esta apreciación obedece a la necesidad de precisar el alcance de los límites que la legislación procesal civil impone a los actos de disposición sobre el proceso y/o sobre su objeto, cuando este ha llegado a la fase de recurso extraordinario.

Tratándose del allanamiento del demandado, cabe recordar el tenor literal del art. 21.1 LEC, en virtud del cual:

«Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera *en fraude de ley* o supusiera renuncia *contra el interés general* o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante» (las cursiva son mías).

Y, de modo más general, deben tenerse también en cuenta los apartados 1 y 3 del art. 19 LEC, que disponen lo siguiente:

«1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, *excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.*

3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, *según su naturaleza*, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia» (las cursivas son mías).

El allanamiento en sede de casación, por tanto, está sujeto a ciertos límites, algunos comunes a todas las manifestaciones del principio dispositivo, otros propios del allanamiento y otros, finalmente, asociados al momento del proceso en que se produce.

En primer término, ya se ha visto que el art. 19.1 LEC condiciona el allanamiento –así como la renuncia, el desistimiento o la transacción– a que no

lo prohíba la ley o lo limite por razones de interés general o en beneficio de tercero. Lo peculiar del precepto radica en que no establece prohibiciones o limitaciones por sí mismo, sino que delega esa función en la ley (la propia LEC u otra especial, cabe entender). Lo único que da a entender el precepto son los criterios que deben guiar al legislador para establecer límites o prohibiciones, que no son sino traslaciones a este ámbito de las reglas generales sobre disponibilidad de los derechos privados (art. 6.2 CC).

De forma más precisa, el art. 21.1 LEC concreta esos límites en los tres siguientes: que el allanamiento se efectúe en fraude de ley, que suponga perjuicio para el interés general o que suponga perjuicio para tercero.

En cuanto al hecho de que pretenda formularse en casación, lo único establecido por el art. 19.3 LEC es que resulte posible según *su naturaleza*.

5.1.1. AUSENCIA DE LÍMITES AL ALLANAMIENTO POR EL MERO HECHO DE FORMULARSE EN FASE DE RECURSO

Empezando por esto último, cabe señalar que en sede casacional el allanamiento ya no puede serlo a la demanda, sino al recurso, en los términos en que haya sido planteado: se trata, por tanto, de un acto propio de la parte recurrida cuyo contenido sería el de manifestar la voluntad de ésta de que el recurso se estime en los términos en que fue formulado por la contraparte. Siendo así, como señalan ambas sentencias, no parece haber óbice a su eficacia vinculante para el tribunal en esta fase del proceso: estando en juego derechos disponibles, y constituyendo los escritos de interposición de los recursos genuinos actos de pretensión, resulta posible el allanamiento. Evidentemente, al tratarse de un allanamiento al recurso, estará condicionado por el objeto del recurso en sí, que no tiene por qué coincidir con el objeto del proceso tal como fue inicialmente planteado: puede que se allane al recurso quien fue parte demandante en primera instancia, pero es recurrida en casación; y, desde luego, puede que a lo que se allane el recurrido sea distinto de aquello que constituyó la pretensión inicial, debido al juego del propio principio dispositivo a la hora de configurar el objeto en segunda instancia y en fase de recurso extraordinario.

5.1.2. POSIBLES LÍMITES AL ALLANAMIENTO EN CASO DE PERJUICIO AL INTERÉS GENERAL

Donde pueden plantearse dudas, por tanto, es en relación con los límites que para el allanamiento establece el art. 21.1 LEC. Dejando de lado lo relativo a la prohibición de que se efectúe en perjuicio de tercero –algo que dependerá de las circunstancias del caso concreto–, más problemas pueden plantear el fraude de ley y el perjuicio al interés general.

En primera y en segunda instancia, el límite al allanamiento de que no suponga perjuicio para el interés general no resulta especialmente problemático, dado que en los procesos civiles están en juego intereses privados. Ahora

bien, llegados al último escalón jurisdiccional, las cosas podrían verse de forma diversa, dada la función nomofiláctica del recurso de casación, en particular cuando el acceso se efectúa por el cauce del interés casacional (art. 477.3 LEC). Podría pensarse, desde esta perspectiva, que el recurso de casación sirve también al interés general en la conformación y en la consolidación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Y esto, a su vez, podría haberse visto como un límite al allanamiento del recurrido: la estimación del recurso asociada al allanamiento satisfaría el interés privado del recurrente, pero no sucedería lo mismo con el interés general, dado que el Tribunal Supremo no podría dictar una resolución motivada sobre el fondo de la cuestión litigiosa en la que expresara su criterio *pro futuro* y para casos similares.

Puede parecer algo exagerado, pero lo cierto es que ya se había producido un antecedente análogo de limitación de los poderes de disposición de las partes sobre el objeto del proceso por razones de interés general. Me refiero a la Sentencia del TSJ de Madrid (Sala Civil y Penal) núm. 65/2015, de 17 de septiembre (JUR\2015\242025), recaída en un proceso de anulación de un laudo arbitral. Durante la tramitación del litigio las partes llegaron a una transacción y solicitaron al tribunal el sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión, al amparo del art. 22 LEC. El TSJ, sin embargo, rechazó la eficacia de dicho acuerdo y dictó sentencia sobre el fondo, por considerar que en el proceso estaba en juego el interés general, asociado al motivo de anulación esgrimido por la parte demandante, que era la infracción del orden público. Resulta conveniente traer a colación, de forma singular, dos de los párrafos del fundamento jurídico 1 bis de la mencionada sentencia:

«La Sala entiende que no es aceptable una transacción que pretenda poner fin a un proceso de anulación de laudo en el que es objeto de enjuiciamiento, tras la correspondiente alegación y prueba, un motivo de anulación, la infracción del orden público, que, *por razones de interés general*, es apreciable de oficio por este Tribunal, cuyo análisis, en tales circunstancias, *no puede quedar a lo que resulte del poder de disposición, de los pactos de los litigantes*, so pena de vaciar de contenido, contra legem, lo dispuesto en el art. 41.2 LA.

En otros términos: una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral por causas que, como la infracción del orden público, son apreciables de oficio, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación, sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de un interés tan general como es la preservación del orden público; *interés general que lo es hasta el punto de que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardar de oficio dicho orden público*. No entenderlo así, insistimos, sería tanto como vaciar de contenido la prescripción terminante del art. 41.2 LA, que no es dable dejar al albur de la voluntad de las partes.» (las cursivas son mías).

Se trata, a mi juicio, de una interpretación incorrecta, puesto que confunde el interés general asociado al orden público como motivo de anulación de un laudo, con las repercusiones sobre el interés general del concreto proceso en que dicho motivo se estaba invocando: si lo primero puede ser cierto, no lo es en absoluto lo segundo, pues los efectos de la sentencia en ningún caso se proyectarían más allá de la esfera jurídica de las partes del proceso.

En el caso del recurso de casación, sin embargo, la crítica no sería tan sencilla. Al fin y al cabo, al resolver un recurso de casación, singularmente cuando llega a hacerlo por interés casacional, el Tribunal Supremo sienta o consolida su doctrina, con efectos susceptibles de proyectarse de forma general sobre otros procesos en curso: lo anterior se ha hecho claramente visible en los últimos años en el ámbito de la litigación de consumo asociada a productos financieros y bancarios, encabezada por los procesos en materia de cláusulas suelo.

Pues bien, por mucho que en estos recursos se ponga de algún modo en juego el interés general, lo que deja claro el Tribunal Supremo con sus dos sentencias plenarias de 23 de mayo y 11 de julio de 2018 es que ni la función nomofiláctica del recurso ni, sobre todo, su función como herramienta para la creación de doctrina jurisprudencial constituyen en sí mismas óbices para la eficacia ordinaria del allanamiento por la vía del perjuicio al interés general. Resulta paradigmática en este punto la STS de 23 de mayo, por cuanto en ella se estaba ventilando una cuestión de gran alcance –los límites al principio dispositivo que podrían derivarse de la necesidad de otorgar plena eficacia a la normativa europea de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas– y, además, el Tribunal Supremo estaba iniciando los trámites para formular una cuestión prejudicial al TJUE, cuyo impacto general habría sido aún superior al que de por sí habría tenido una sentencia de aquel.

De hecho, la propia Sentencia comentada reconoce el impacto negativo del allanamiento de la entidad financiera recurrida sobre la dimensión que dicho recurso podría haber desempeñado más allá de los intereses singulares de las partes:

«Este tribunal no puede dejar de resaltar los graves perjuicios que actuaciones como la adoptada por Liberbank en este proceso están causando al Tribunal Supremo, puesto que tras tramitarse el recurso de casación, deliberar el recurso el pleno de la sala y adoptar la decisión de dar audiencia a las partes sobre la pertinencia de plantear una cuestión prejudicial al TJUE para que resuelva las dudas sobre la interpretación de determinadas normas de Derecho de la Unión Europea con clara trascendencia en la litigiosidad existente sobre esta cuestión, Liberbank manifiesta que las cantidades que se le reclamaban eran “irrisorias” y que se allana al recurso.

Con esta conducta procesal se perturba injustificadamente la función del Tribunal Supremo en la formación de doctrina jurisprudencial sobre cuestiones en las que resulta decisiva la interpretación de normas comunitarias por el TJUE.»

No obstante, estas apreciaciones parecen ser insuficientes para desencadenar la aplicación del art. 21.1 LEC. Es posible que la sentencia de 23 de mayo de 2018 la haya dictado el Pleno porque el asunto ya había sido avocado al Pleno para formular la cuestión prejudicial al TJUE. Pero, en todo caso, es relevante destacar que se trataba de un caso extremo o, si se quiere, de extrema tensión para el interés general: la opción del Tribunal Supremo por atribuir eficacia al allanamiento en estas circunstancias debería despejar las dudas para otros casos futuros en que no esté en juego de forma tan clara la función de creación y fijación de doctrina jurisprudencial por el Tribunal Supremo. Y, desde luego, puede ser trasladada sin dificultad al plano del recurso extraordinario por infracción procesal y, con mayor seguridad aún, al del recurso de apelación.

La sentencia de 11 de julio de 2018, de hecho, se presenta en un escenario mucho menos trascendente, dado el contenido del recurso de casación formulado, en el que la parte recurrente simplemente pretendía que se le otorgara la tutela solicitada en su demanda inicial, y no tanto la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia que le había otorgado, de forma claramente incongruente, mucho más de lo pedido. El valor añadido de una segunda sentencia de pleno sobre esta cuestión, a mi juicio, radica en que en ella aclara el Tribunal Supremo que el allanamiento, también en casación, puede ser expreso o tácito. Y, desde luego, en fase de recurso constituye allanamiento tácito la conducta procesal consistente en manifestar expresamente no oponerse al recurso –aunque no se use el término «allanamiento»–.

5.1.3. POSIBLES LÍMITES AL ALLANAMIENTO POR FRAUDE DE LEY

Volviendo a la STS de 24 de mayo de 2018, cabe insistir en que en ella el Tribunal Supremo parece renunciar a hacer uso de la facultad ínsita en el art. 21.1 LEC, que le habría permitido rechazar el allanamiento. El conflicto de valores en juego parece saldarse con una primacía del principio dispositivo frente al interés general, aunque acompañada de una suerte de «desahogo» o «regañina» a la parte recurrida que se allanó. Cabe plantearse, por ello, por qué el Tribunal tampoco se planteó la posibilidad de rechazar el allanamiento por fraude de ley.

En efecto, podría argüirse que la entidad financiera recurrida sostuvo «oficialmente» su allanamiento en el carácter irrisorio de las cantidades que debería acabar pagando a resultas de una eventual estimación del recurso, pero que en el fondo lo que quería era evitar que con ocasión de este caso se llegase al dictado por el TJUE de una sentencia que de algún modo la colocase, como entidad financiera, en una posición de mayor debilidad frente a otras reclamaciones de restitución de cantidades derivadas de la aplicación de cláusulas suelo.

Ahora bien, aunque esa fuera la intención real de la entidad recurrida al allanarse, tampoco puede decirse que se trate de un acto realizado al ampa-

ro del texto de una norma (los arts. 19 y 21 LEC) que persiga «un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él». Y es que dicho resultado, aunque pueda parecerle reprochable al Tribunal Supremo, no llega al extremo de ser algo prohibido ni antijurídico. La conducta de la recurrida, más certeramente, podría calificarse de mala fe procesal, pero no de fraude de ley en sentido propio (esto es, en los términos del art. 6.4 CC). Y, desde esta perspectiva, tal vez podría desencadenar la imposición de una multa, en los términos en que lo permite el art. 247.3 LEC. En un supuesto similar a este, de hecho, el Pleno de la Sala Primera impuso una multa de 6000 euros (Acuerdo de 4 de marzo de 2015, JUR 2015\132771): se trataba de una entidad financiera que había desistido de un recurso de casación al final de la mañana del último día hábil previo a la deliberación, votación y fallo del asunto; pero, al parecer, subyacía al desistimiento del recurso el temor a una sentencia desfavorable, tras comprobarse que el asunto, por iniciativa del Presidente de la Sala, había sido trasladado al Pleno.

De hecho, una multa por mala fe procesal sería a la postre la única posibilidad de sancionar de algún modo la conducta de quien abusa de su derecho a allanarse sin incurrir en fraude de ley –asumida la renuncia del Tribunal Supremo a aplicar el límite del perjuicio al interés general–. Al fin y al cabo, la aplicación de las reglas del allanamiento determina la estimación del recurso de casación, algo que a su vez significa que no se impongan las costas del recurso a la parte recurrida. En efecto, en las dos sentencias comentadas el Tribunal Supremo se inclina por una aplicación rutinaria en materia de costas del art. 398.2 LEC, en virtud del cual no habrá condena en costas si el recurso es estimado totalmente. A mi juicio, sin embargo, habría sido igualmente razonable aplicar el art. 395.2 LEC, previsto especialmente para regular la condena en costas en el allanamiento: si este se produce después de contestada la demanda, se aplicará la regla del art. 394.1 LEC, esto es, se impondrán a la parte que resulte vencida –la que se allanó–. Ocurre, sin embargo, que el art. 394.1 LEC –al que se remite el 395.2– regula las costas de la primera instancia, lo cual determinaría su inaplicabilidad en sede de recurso de casación. Podría haberse argumentado, no obstante, que la remisión del art. 395.2 lo es al criterio de imposición de costas contenido en el art. 394.1 LEC –esto es, el criterio del vencimiento–, con independencia del momento procesal en que se formulara el allanamiento; y que, asimismo, esta regla especial para los casos de allanamiento prevalece sobre la regla general para los recursos. No habría sido una interpretación ilógica y, singularmente en los casos en que se advierta la existencia de mala fe, podría servir como factor disuasorio.

5.2. *Lo singular de la STS de 23 de mayo de 2018: cláusulas suelo, principio positivo y «peligro» de creación de doctrina jurisprudencial desfavorable*

Al margen de la cuestión relativa a la eficacia del allanamiento, se suscitaba en el proceso que culminó con la STS de 23 de mayo de 2018 una cuestión

adicional, de gran relevancia jurídica: la de los límites entre principio dispositivo y eficacia de las normas imperativas de protección de los consumidores. Este era el objeto de la cuestión prejudicial que la Sala Primera pretendía plantear al TJUE y que quedó sin respuesta debido a la terminación anticipada del recurso por allanamiento.

Y, como se ha apuntado antes, podría ser que el miedo de la entidad financiera recurrida –y tal vez de muchas otras en situación similar– a que pudiera consolidarse una doctrina jurisprudencial europea e interna desfavorable en relación con este extremo hubiera sido el detonante del allanamiento, como forma de evitar el pronunciamiento del TJUE.

No pretendo en los párrafos que siguen hacer juicios hipotéticos acerca de cuál habría podido ser el desenlace de una cuestión prejudicial planteada en dichos términos, pero creo que la cuestión merece cierta atención.

El problema al que se enfrentaba el Tribunal Supremo es uno más de los laberintos procesales que generó la STS de 9 de mayo de 2013 al establecer límites temporales al derecho de restitución de cantidades indebidamente cobradas y que todavía pueden traer cola en los años venideros.

Hubo, en primer término, consumidores que, a pesar de los límites impuestos por el Tribunal Supremo en 2013, interpusieron demandas solicitando la devolución íntegra de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de las cláusulas suelo de sus contratos de préstamo hipotecario. Algunos de ellos lo hicieron relativamente pronto y en sus litigios se llegó a resolución firme antes de que el TJUE dictara en diciembre de 2016 la sentencia *Gutiérrez Naranjo*, de modo que se les concedió solo la devolución de lo pagado después del 9 de mayo de 2013. Estos sujetos, por el momento, no tienen posibilidad legal de recuperar dichos importes, pues lo impide la cosa juzgada de las sentencias firmes que resolvieron sus litigios, como sostuvo con contundencia el propio Tribunal Supremo en su Auto de 4 de abril de 2017, que rechazó la revisión de estas sentencias a resultas del cambio jurisprudencial interno motivado por la STJUE. Hubo otros consumidores, más afortunados por razón del tiempo, que se beneficiaron del impacto de la STJUE *Gutiérrez Naranjo*, porque aún no había concluido en firme su proceso cuando esta se dictó, lo que dio oportunidad a nuestros tribunales para aplicar su criterio y otorgar la plena restitución de cantidades pagadas en virtud de la cláusula suelo.

Pero también hubo otros litigantes que, desde el principio, se atuvieron a la doctrina de la STS de 13 de mayo de 2013 y se limitaron en sus demandas de nulidad de cláusulas suelo a solicitar la restitución de cantidades pagadas con posterioridad: no se trataba, posiblemente, de consumidores conformes con la situación, pero era una opción lógica si se aspiraba a una sentencia que estimara totalmente su pretensión y viniera acompañada, en consecuencia, de la condena en costas –una condena en costas sobre cuya expectativa, a su vez, se ha venido fundando la articulación del pago de honorarios a muchos abogados que litigan en este ámbito–. ¿Qué podían hacer estos litigantes, una vez conocida la STJUE *Gutiérrez Naranjo*? El objeto de su proceso ya había quedado

definido en la demanda –principio dispositivo– y la regla general de preclusión endoprocesal no les permitía ampliarlo.

En el caso resuelto por la STS de 23 de mayo de 2018, los demandantes –que se hallaban precisamente en la situación descrita en el párrafo anterior– aprovecharon el trámite de audiencia a la solicitud de allanamiento de la entidad demandada para solicitar una extensión del ámbito de la condena pretendida, al amparo del principio de efectividad del Derecho de la Unión, argumento que fue acogido por el Juzgado de Primera Instancia en su sentencia. Esta resolución fue revocada en apelación, por entender la Audiencia que se había incurrido en una clara incongruencia por exceso (*ultra petitum*) y, además, que no podía entenderse incompatible con el Derecho de la Unión una limitación de efectos restitutorios derivada de los términos en que el demandante había formulado su pretensión desde un principio. Este era, pues, el aparente dilema al que se enfrentaba el Tribunal Supremo y cuya respuesta optó por trasladar al TJUE por la vía de la cuestión prejudicial: se trataba, al menos en apariencia, de verificar si los principios básicos sobre los que se asienta el proceso civil, tal y como los asume y desarrolla nuestra legislación procesal interna, son compatibles con el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea en el ámbito de las normas tuitivas de los consumidores.

A mi juicio, para que pueda entenderse vulnerado el Derecho de la Unión es necesario que la normativa procesal nacional –y su modo de entender el principio dispositivo– conduzca al consumidor a un genuino callejón sin salida que, además, carezca de justificación teleológica ni se pueda considerar amparado en un juicio de ponderación. Pero no es seguro que sea esta la situación en que se hallaban envueltos los demandantes en el asunto de autos: es cierto que, en el marco del proceso en curso, no podían ya obtener la ampliación del objeto sin el consentimiento de la parte contraria; también es cierto que, en buena medida, no les resultaba imputable haber limitado *ab initio* el alcance de su pretensión restitutoria; y tampoco podía el tribunal otorgarles de oficio unos importes que no le habían sido pedidos tempestivamente, pues se lo impedían las reglas de congruencia. Si lo anterior hubiera sido irremediable, habría sido preciso analizar con más detalle si el sacrificio de los derechos individuales podía considerarse proporcionado o no. Ahora bien, antes de llegar a este punto dialéctico, sería preciso recordar que nuestro ordenamiento sí que ofrecía una salida a los consumidores demandantes, consistente lisa y llanamente en reclamar en un proceso posterior las cantidades no solicitadas en el primero: no se opondría a ello ni la cosa juzgada de la sentencia firme recaída en el primer proceso, ni tampoco le resultaría de aplicación la regla de preclusión del art. 400 LEC, pues no se habían dejado de incorporar a la demanda *causae petendi*, sino peticiones. En relación con esto último, debe recordarse que lo que resulta contrario a la regla general de preclusión es no aducir fundamentos fácticos o jurídicos que sirvan para el sustento de una misma pretensión, pero no formular peticiones diferentes fundadas en los mismos hechos y fundamentos jurídicos (en esta línea, la STS 664/2017, de 13 de diciembre de 2017 aclara que no se puede aplicar

la regla del art. 400 LEC cuando en un primer proceso se instó la nulidad del contrato y, desestimada dicha pretensión, en el segundo se solicitó por la misma parte la resolución del contrato por incumplimiento). Lo que cabría cuestionar, en definitiva, es si nuestro sistema procesal, al arrojar sobre los demandantes la carga de incoar un segundo proceso para completar la restitución, les impone un gravamen desproporcionado y contrario a la normativa europea, que supone *de facto* una privación de efectividad a los derechos reconocidos en la normativa europea. En caso de respuesta afirmativa, el reproche del TJUE podría verse como un desenlace posible, con consecuencias colaterales impredecibles.

Y en este punto, sin pretensión alguna de exhaustividad, resulta llamativa la evolución del propio Tribunal de Justicia acerca de las relaciones entre principio dispositivo y tutela de los consumidores. En efecto, el Tribunal inicialmente se había manifestado plenamente respetuoso con las consecuencias del principio dispositivo y con los límites que su vigencia podía suponer para el ordenamiento comunitario (cfr. de forma paradigmática la STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto C-430/93, *Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* y la STJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, *Eco Swiss*). La evolución posterior, sin embargo, ha derivado en una clara apuesta por la máxima efectividad de los derechos de los consumidores, que en relación con nuestro Derecho procesal civil se puso de manifiesto, de modo paradigmático en la sentencia *Duarte Hueros* (STJUE de 3 de octubre de 2013, asunto C-32/12), que sometió a enjuiciamiento la regla de preclusión del art. 400 LEC. Se trataba de un asunto en que estaba implicada la Directiva 1999/44 sobre venta y garantías de los bienes de consumo, tras la constatación de que un vehículo descapotable no era totalmente impermeable a la lluvia. Solicitada por la compradora demandante la resolución del contrato, el juez de primera instancia, considerándola aparentemente improcedente por la escasa relevancia del defecto, entendió que, en caso de desestimación de la pretensión, la demandante no podría después formular nueva demanda solicitando una reducción del precio, pues se lo impediría lo dispuesto en el art. 400 LEC. La constatación de que ese resultado sería contrario a la finalidad tuitiva del consumidor establecida en la Directiva le impulsó a formular la correspondiente cuestión prejudicial, a la que el Tribunal de Justicia contestó señalando que la Directiva en cuestión «[...] se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda». El fallo del Tribunal de Justicia habría sido correcto de no haber sido porque, como se ha apuntado antes, nuestra legislación procesal no impide al consumidor presentar una

nueva demanda: como es sobradamente sabido, el art. 400 LEC establece la preclusión de los fundamentos fácticos y jurídicos que puedan sostener una pretensión, pero no impide formular pretensiones distintas fundadas en los mismos fundamentos fácticos que sostuvieron otra previamente desestimada.

Con el precedente de la sentencia *Duarte Hueros* –que, bien mirada, debería justificar una declaración de compatibilidad en este punto de nuestro ordenamiento con el Derecho de la Unión– estaba hasta cierto punto justificado el temor de que el Tribunal de Justicia volviera a incurrir en una defectuosa intelección de nuestro ordenamiento que le moviera a declarar incompatible la aplicación estricta de nuestras reglas procesales con la plena efectividad de las normas imperativas en materia de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. Habría sido una conclusión incorrecta y desproporcionada, de conclusiones prácticas impredecibles. Pero el riesgo era percibido como creíble. Tal vez sería necesario, por tanto, iniciar una reflexión colectiva acerca de este temor de los operadores jurídicos frente al cumplimiento por los órganos judiciales superiores –Tribunal Supremo y TJUE– de sus funciones como creadores de doctrina jurisprudencial...

5.3. *Conclusión*

A través de las sentencias comentadas el Tribunal Supremo sienta doctrina acerca de la eficacia del allanamiento en sede de recurso de casación, sea este expreso o tácito: como regla, debe producir efectos plenos, determinando la estimación sin más de las pretensiones formuladas por el recurrente en el recurso, sin que sea necesario ni posible un enjuiciamiento sobre el fondo. El hecho de que el allanamiento impida cumplir al recurso de casación su función de creación o consolidación de jurisprudencia no puede verse, en consecuencia, ni como perjuicio al interés general ni como fraude de ley obstativos a la eficacia de dicho acto de disposición procesal.

La terminación anormal de ambos procesos ha impedido que el Tribunal Supremo y –por decaimiento de la cuestión prejudicial que estaba en trance de plantearse– el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hayan pronunciado sobre los límites entre el principio de efectividad del Derecho de la Unión y el principio dispositivo como principio rector del proceso civil a la hora de determinar el alcance de la restitución de cantidades indebidamente cobradas en aplicación de cláusulas suelo.

6. **Bibliografía**

- Armengot Vilaplana, A., “La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 44, 2018.
- Fidalgo Gallardo, C., “El proceso de desplazamiento de la autoridad normativa en los ordenamientos europeos, desde los legislativos nacionales a las instituciones de la Unión Europea. El TJUE como estrella emergente en el firmamento de la Unión”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 40, 2016.