Centro de Estudios de Consumo

www.uclm.es/centro/cesco

¿EFICACIA PREJUDICIAL DE LA ACCIÓN COLECTIVA SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES DE CONSUMIDORES? OTRA VEZ PREGUNTANDO AL TJUE

Faustino Cordón Moreno
Catedrático de Derecho Procesal
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 24 de noviembre de 2014

SUMARIO

1. Planteamiento del problema. 2. Régimen legal de las acciones para la tutela de los derechos colectivos o difusos de los consumidores. 3. ¿Eficacia de cosa juzgada? 4. ¿Suspensión del proceso en que se ejercita la acción individual por prejudicialidad civil?

1. El problema y la cuestión prejudicial planteada

a) El problema que se plantea en concreto es si un proceso en que se ejercita la acción colectiva para la tutela de los derechos e intereses (art. 11.2 y 3 LEC) tiene eficacia prejudicial y, por lo tanto, suspensiva en los procesos iniciados con posterioridad por consumidores particulares para la tutela de su derecho estrictamente individual. Aunque el examen del mismo nos llevará a plantearnos, con carácter previo, si existe entre ambos procesos una situación de litispendencia como anticipación de la eventual eficacia de cosa juzgada en el segundo de ellos de la sentencia dictada en el primero.

Este problema se encontraba latente en la LEC, cuyo art. 11 reconoce la legitimación para la defensa de los intereses tanto individuales como colectivos y difusos, sin supeditar los primeros a los segundos, y, en lo que se refiere al problema concreto que ahora interesa (la prejudicialidad) ha adquirido relevancia con el proceso iniciado en 2010 por la Asociación de Usuarios de Banca, Caja y Seguros (ADICAE), en el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, contra más de un centenar de entidades que aplicaron la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, ejercitando, acumuladas, por un lado, las acciones de nulidad y de cesación de la cláusula suelo y por otro, la acción de condena de las entidades financieras demandadas a abonar a los consumidores perjudicados las cantidades pagadas en exceso (la diferencia existente entre el tipo de interés pactado y el satisfecho en aplicación de la cláusula suelo).

La pendencia de este proceso ha venido siendo invocada por las entidades financieras demandadas como fundamento de la excepción de prejudicialidad civil, al amparo del art. 43 LEC, en procesos posteriores iniciados por consumidores particulares para la defensa de su derecho o interés exclusivamente individual. Pues bien, el planteamiento de esta excepción ha encontrado una respuesta dispar -contradictoria más bien- en los Juzgados de lo Mercantil, sin que exista (o sin que yo conozca que exista) pronunciamiento por parte de las Audiencias Provinciales y, mucho menos, del Tribunal Supremo.

b) En esta situación el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona presentó el 11 de agosto pasado una petición de decisión prejudicial (Asunto C-381/14/2014/C 388/03) con el siguiente contenido:

Como el sistema español determina en su artículo 43 LEC ese efecto suspensivo de la acción individual entablada de forma paralela por el consumidor, hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento colectivo, quedando vinculado a lo que se decida en ésta, sin haber tenido oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga ni proponer medios de prueba con plenitud de armas:

1º) ¿Puede considerarse un medio o mecanismo eficaz conforme al Art. 7.1 de la Directiva 93/13/CE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores?

2º) ¿Hasta qué punto ese efecto suspensivo supone un obstáculo para el consumidor y, por tanto, una infracción del Artículo 7.1 de la citada Directiva a la hora de denunciar la nulidad de aquellas cláusulas abusivas incorporadas a su contrato?

3º) El hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, ¿supone una infracción del artículo 7.3 de la Directiva 93/13/CE[E]?

4º) ¿O, por el contrario, el efecto suspensivo del Art. 43 LEC es ajustado al artículo 7 de la Directiva 93/13/CE[E] al entender que los derechos del consumidor están plenamente salvaguardados por esa acción colectiva, arbitrando el ordenamiento jurídico español otros mecanismos procesales igualmente eficaces para la tutela de sus derechos y por un principio de seguridad jurídica?

2. Régimen legal de las acciones para la tutela de los derechos colectivos o difusos de los consumidores

En el art. 11 LEC se observa una contraposición entre la legitimación para demandar en juicio en defensa de los intereses colectivos y en defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, radicando la diferencia entre uno y otro tipo no tanto en la naturaleza de los intereses en cuestión como en el grado de determinación o determinabilidad de los consumidores y usuarios interesados. Pues bien, a la vista de dicho precepto, se puede

afirmar -en lo que ahora interesa considerar- que las asociaciones tienen reconocida legitimación no solo para el ejercicio de acciones de cesación (de una conducta contraria a la Ley y perjudicial para los consumidores y/o que no se reitere en el futuro) o de nulidad (de una cláusula contractual lesiva, como ocurre en el caso que nos ocupa), sino también para ejercitar acciones reparadoras (con el fin de obtener el resarcimiento de los perjudicados u otros fines que afectan directamente al derecho subjetivo de los mismos, como por ejemplo la resolución de los contratos suscritos por ellos).

Y ello, como digo, con independencia de que los consumidores eventualmente beneficiados estén determinados (o sean determinables) o no: en el primer caso, la legitimación de las asociaciones es compartida con la de los grupos (que deberán estar constituidos con la mayoría de los afectados: art. 6.1-7º LEC) y "la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena"; en el segundo, la legitimación de las asociaciones es exclusiva (dejamos del lado la que se reconoce al MF) y la sentencia "establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante" (v. art. 221.1-1ª). Y en ambos casos, si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".

Se puede afirmar que se plantean pocos problemas cuando se ejercitan exclusivamente las acciones de cesación o de nulidad. Por ejemplo, ejercitada en un proceso la acción de nulidad de una determinada cláusula contractual, me parece que es indudable la eficacia prejudicial que el eventual pronunciamiento estimatorio tendrá sobre las acciones individuales ejercitadas en procesos independientes que tengan un contenido indemnizatorio con fundamento en la citada nulidad. En cambio, "se suscitan cuestiones de cierta complejidad cuando junto con tal finalidad (en el ejemplo, con la acción de nulidad), se persigue obtener el resarcimiento de los perjudicados u otros fines que afectan directamente al derecho subjetivo de los mismos, como por ejemplo la resolución de los contratos suscritos por los mismos, tal y como ocurre en el caso de autos" (SAP Sevilla, Sección 5ª, de 22 enero 2004, AC 2004/406),.

En estos casos de ejercicio de la acción colectiva reparadora, ocurrirá que se solicitará la condena al pago de indemnizaciones para un conjunto de consumidores que pueden no encontrarse personados en los autos, por lo que se plantea el problema de en qué modo les afecta la sentencia que se dicte; es decir, como dijo la SAP de Sevilla antes citada, si la misma "sólo les repercute en lo que pueda favorecerles, pero no les impide plantear posteriormente una acción individual para mejorar el resultado de la misma, o si por el contrario han de estar

a lo resuelto en la misma por producir para ellos efecto de cosa juzgada". Y con carácter previo, hay que preguntarse si, pendiente el proceso en que se ejercita dicha acción (colectiva reparadora), se produce la situación de litispendencia, como institución preventiva de la cosa juzgada, o en su caso, de prejudicialidad civil, en procesos ulteriores en que se ejerciten acciones individuales

3. ¿Eficacia de cosa juzgada?

El punto de partida es el artículo 222.3 LEC: "La cosa juzgada afectará... a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley". Si se interpreta literalmente el precepto, parece correcto el criterio contenido, por ejemplo, en la SAP Madrid 28 mayo 2008 (JUR 2008/212676) (también en la SAP Sevilla antes citada): "Dado que la sentencia que resuelva el litigio promovido en defensa de intereses colectivos o difusos por una asociación, entidad o grupo de los citados despliega efectos de cosa juzgada frente a todos los consumidores y usuarios que resulten afectados por dichos intereses, tanto en el caso de que se hubieran integrado en el litigio, como parte, como en el caso de que hayan permanecido completamente extraños a él, el legislador regula de forma especial la necesidad de dar publicidad a estos procesos, con el fin de que los afectados individuales puedan comparecer en los mismos como parte, por medio de la intervención del art. 13 , con las especialidades del art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Sin embargo, la STS de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407) mantiene un criterio diferente: "Podría sostenerse que, según el artículo 15 LEC, tras el llamamiento al proceso que se ordena hacer a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual (art. 15.1), la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de todos ellos, puesto que no se establece, a diferencia de lo que ocurre en el caso de perjudicados indeterminados (artículo 15.3 LEC), que, aunque no se personen, podrán hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta Ley".

Sin embargo, continúa la sentencia "esta Sala entiende que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Solo así tiene sentido la previsión del artículo 221.1-2ª LEC. (…)". Y cuando se ejercitan acciones reparadoras para la defensa de consumidores determinados, la sentencia ha de precisar quienes son los afectados (art. 221.1-1). En suma, continua la sentencia "como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la

identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción".

Nada dice la sentencia para el caso en que se ejercitan acciones para la defensa de perjudicados indeterminados, aunque parece diferenciar este supuesto del anterior. El régimen de publicidad previsto en tales casos (artículo 15.3 LEC) establece que, aunque no se personen, podrán hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta Ley". Esto significa que, si se personan, tendrán la consideración de perjudicados; y si no lo hacen no: "la conclusión no es otra que la facultad de personación individual o colectiva de los afectados, en cualquier momento del procedimiento, a quienes se les puede reconocer individual y colectivamente su derecho en la sentencia dictada, si fueron parte del mismo antes de producirse dicha resolución definitiva; pero, una vez dictada, para obtener la condición de beneficiarios, es necesario que ésta adquiera firmeza, instando su reconocimiento y ejecución al amparo de los artículos 517, 519, 538 y siguientes de la LEC" **(**SAP Madrid, Sección 12ª, de 17 mayo 2006, JUR 2006/187882).

Y lo que se dice de la cosa juzgada es aplicable a la litispendencia.

4. ¿Suspensión por prejudicialidad civil del proceso en que se ejercita la acción individual?

a) Recuerda la STS 18 junio 2007 (RJ 2007/3526) que hasta tiempos recientes, la jurisprudencia ha extendido la eficacia de la excepción de litispendencia "también a los casos en que, faltando esa triple identidad (que se exige para la cosa juzgada), lo discutido en un pleito pendiente pueda llegar a interferir o prejuzgar el resultado de otro posterior, con riesgo de fallos contradictorios en asuntos interdependientes". Pero lo ha hecho, bajo la vigencia de la LEC/1881, por la falta de previsión de un cauce propio para los casos de prejudicialidad (civil) y con el fin de conjurar el riesgo de resoluciones contradictorias; porque esta jurisprudencia era plenamente consciente de las diferencias entre ambas instituciones (en cuanto a sus presupuestos y, sobre todo, sus efectos) y de que la aplicación de la excepción de litispendencia a los casos de prejudicialidad era sólo analógica. Por eso se hablaba en tales casos de "litispendencia impropia".

La consecuencia ha sido que, promulgada la LEC/2000, que dedica un precepto específico a regular las situaciones de prejudicialidad civil (art. 43), no tenga sentido ya hablar de "litispendencia impropia"; o si se prefiere, que no quepa acudir a la excepción de litispendencia de los artículos 416 y 421 LEC para denunciar las situaciones de prejudicialidad civil, porque para hacer valer éstas existen los cauces del artículo 43: acumulación de autos y, si no es posible, suspensión del proceso o decisión del juez de la

cuestión con eficacia sólo prejudicial o a los solos efectos de la decisión de la cuestión principal (sin eficacia de cosa juzgada material).

Lo que se acaba de decir ha sido apreciado con claridad por la "jurisprudencia menor". Así, la SAP Guadalajara, Sección 1º, de 25 septiembre 2007 (JUR 2008/60090) que, después de precisar con claridad las diferencias conceptuales y la distinta eficacia de la litispendencia y la prejudicialidad civil, dice: "De ello deriva que la jurisprudencia anterior no resulte ya aplicable, al dotar la Ley de Enjuiciamiento Civil de efectos distintos a la litispendencia y a la prejudicialidad". Y con más rotundidad el AAP Las Palmas, Sección 3ª, de 15 diciembre 2006 (JUR 2007/143428). Y a la distinción entre ambas instituciones se refieren también las SSTS de 13 de octubre de 2010 (RJ 2010/7451), de 29 diciembre de 2011 (RJ 2012\171), y el ATS de 24 de mayo de 2005 (JUR 2006/220042).

b) La cuestión prejudicial, como hecho anterior, con independencia de que sea calificada o no como "excepción" (V en tal sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección. 9ª, de 27 de junio de 2011), debe ser alegada en el proceso por los cauces establecidos. Pero es claro que, para que la misma sea eficaz deben cumplirse los requisitos legalmente previstos, a saber: la existencia de una cuestión prejudicial en sentido estricto ("Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente"); que sea alegada en el segundo, porque no es posible la apreciación de oficio; que no proceda la acumulación de autos; y que el juez decida suspender el proceso, porque la decisión de la suspensión del proceso es una facultad ("podrá mediante auto decretar la suspensión"), por lo que puede ser el propio juez quien la decida *incidenter tantum*. Y si tales requisitos concurren, la prejudicialidad civil deberá ser operativa, sin que sirvan en su contra otras explicaciones, como, por ejemplo, el grave perjuicio que puede originar la suspensión porque el perjudicado tendrá que seguir pagando hasta que se declare la nulidad sin esperanzas reales de que esta declaración tenga eficacia retroactiva.

Por eso, puede tener sentido que el AJM nº 2 de Sevilla de 19 de noviembre de 2013 entienda que no puede apreciarse la prejudicialidad civil porque en el seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid ni tan siquiera se había aportado completa la demanda. O que el AJPI nº 18 de Sevilla de 12 de diciembre de 2013 considere que, en vez de acordar la suspensión, procede que el propio juez resuelva la cuestión (*incidenter tantum*), porque esto es posible conforme al art. 43 LEC. Pero no parece de recibo que en el AJM nº 1 de Cádiz de 16 de enero de 2014 entienda que no puede apreciarse "la excepción de prejudicialidad civil regulada en el artículo 43 de la LEC porque el consumidor tiene legitimación para pleitear en su propio interés, si bien el eventual resultado positivo del proceso colectivo, por su propia naturaleza, le va a beneficiar; pero el posible resultado negativo del mismo no le impide pleitear (sin perjuicio del evidente y manifiesto influjo de la sentencia del Tribunal

Supremo)"; porque ciertamente no se prevé que, en este caso, la eficacia de cosa juzgada se produzca *secundum eventum litis.*

5. Conclusión: ¿tiene fundamento la cuestión prejudicial planteada?

Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir sobre la prejudicialidad en el apartado anterior, y también sobre la cosa juzgada (y la litispendencia), me parece que se puede relativizar la cuestión prejudicial planteada, porque no es totalmente cierta la afirmación de la que parte el juez para formular las cuestiones que constituyen su contenido; a saber, que "el sistema español determina en su artículo 43 LEC ese efecto suspensivo de la acción individual entablada de forma paralela por el consumidor, hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento colectivo", y la vinculación de consumidor individual a lo que se decida en ésta, sin haber tenido oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga ni proponer medios de prueba con plenitud de armas.

a) Como ya he dicho, el efecto suspensivo se deja en manos del juez, que puede optar por decidir él mismo la cuestión prejudicial, aunque con efectos limitados al concreto proceso (*incidenter tantum*); y sin duda, atendida la especial sensibilidad en el ámbito de la protección de los consumidores, situaciones como la planteada por el caso que ahora nos ocupa llevarán al órgano judicial a adoptar el mismo la decisión. Por eso, no me parece que, como se dice en la cuestión prejudicial, ese efecto suspensivo suponga un obstáculo para el consumidor constitutivo de una infracción del Artículo 7.1 de la Directiva 93/13.

b) Por supuesto, el consumidor individual quedará vinculado por lo que se decida en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva. Pero difícilmente podrá alegar indefensión cuando tuvo oportunidad de intervenir (ex art. 15 LEC) y no lo hizo. Con el razonamiento de la cuestión prejudicial planteada, mayores dificultades podrían presentarse cuando la acción se ejercite por el Ministerio Fiscal (art. 11.5), ya que, en tal caso, el art. 15 LEC la publicidad e intervención de los consumidores individuales.

c) En cualquier caso, para evitar el perjuicio que puede ocasionarle la suspensión del proceso cuando así se acuerde en los casos claros de prejudicialidad civil, podrá el consumidor individual solicitar la medida cautelar de suspensión de la aplicación de la cláusula suelo hasta que se dicte sentencia firme en el proceso en que se ejercita la acción colectiva. Sin duda la especial sensibilidad hacia la protección de los consumidores a que antes me refería determinará que la medida cautelar sea acordada.