

**RELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN COLECTIVA Y LA ACCIÓN INDIVIDUAL PARA
LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES: CUESTIÓN
PREJUDICIAL DE DERECHO COMUNITARIO. LAS CONCLUSIONES DEL
ABOGADO GENERAL**

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

Fecha de publicación: 28 de enero de 2016

1. El problema

El problema sobre el que vuelvo de nuevo es si 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, ya que el citado art. 11 de la LEC reconoce legitimación tanto para la defensa de los intereses individuales como colectivos y difusos, sin supeditar los primeros a los segundos.

Se trata de un problema que adquirió relevancia práctica 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 financieras 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 encontró una respuesta dispar -contradictoria más bien- en la doctrina de los Juzgados de lo Mercantil y de las Audiencias.

La SAP Asturias, Sección 1ª, de 19 diciembre de 2014 (AC/2014/2138), expone las tres posturas que existen en la jurisprudencia menor, y que aparecen también recogidas en

las conclusiones del abogado general del TJUE a que me refiero a continuación: “Pues bien, debe señalarse que distintas han sido las resoluciones judiciales decidiendo esta primera excepción, unas acordando la suspensión del correspondiente procedimiento en tanto se resuelve el del Juzgado de Madrid, unas segundas (que constituyen un sector minoritario) apreciando no prejudicialidad, sino litispendencia, lo que lleva al archivo de los procedimiento y, por último, unas terceras que han rechazado tanto una como la otra medida”. Y después de exponer los argumentos de cada una de ellas, se inclina por la primera (exclusión tanto de la litispendencia como de la prejudicialidad), que es sin duda la mayoritaria, invocando un conjunto de razonamientos diversos, unos propios y otros tomados de sentencias diferentes (por ejemplo, la SAP Granada, Sección 3ª, de 23 de mayo de 2.014, AC 2014/1686); en especial, se sostiene que el resultado de la acción colectiva no es determinante para las acciones individuales, y que, si bien la anulación de las cláusulas suelo en el marco de la acción colectiva podría tener un efecto positivo sobre las demandas individuales, su desestimación no comportaría necesariamente la de las demandas individuales, por lo que el consumidor mantiene su legitimación activa para pleitear en su propio interés, sin que el procedimiento individual deba suspenderse.

2. La cuestión prejudicial de derecho comunitario planteada

En esta situación el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona presentó una petición de decisión prejudicial (Asunto C-381/14/2014/C 388/03) en la que, partiendo de que el art. 43 LEC puede provocar (aunque el juez proponente empleaba términos imperativos: provocará) la suspensión 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, plantea las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Puede considerarse (la prejudicialidad civil) 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?
- 2) ¿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?
- 3) 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?

- 4) ¿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?

3. Las conclusiones del Abogado General del TJUE

El 14 de enero de 2016 el abogado general del TJUE, MACIEJ SZPUNAR, presentó su dictamen, en el que, después de resaltar que la cuestión prejudicial planteada ofrece al TJUE la ocasión de precisar su jurisprudencia en lo que concierne a la naturaleza de las acciones individuales y de las acciones colectivas, y la relación existente entre ellas, formula un conjunto de alegaciones de interés y expone las conclusiones pertinentes. Procedo seguidamente a resaltar las que me parecen relevantes.

Recuerda, en primer lugar, la postura del Gobierno español contraria tanto a la existencia de litispendencia como de prejudicialidad. A su juicio, procede distinguir entre la acción colectiva de cesación de condiciones generales contractuales abusivas y la acción individual de nulidad de un contrato de préstamo hipotecario basada en que dicho contrato contiene una cláusula abusiva: “se trata de acciones de diferente naturaleza con un objeto parcialmente coincidente”, ya que “mientras que en la acción colectiva de cesación las partes tienen la posibilidad de formular sus observaciones sin que puedan valorarse todas las circunstancias de cada caso concreto (control abstracto y general), en la acción individual el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que se suscribió el contrato de préstamo, incluyendo su evolución, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato”.

En segundo lugar, expone su opinión, conforme con el criterio de la Comisión, acerca de que las acciones individuales son la vía de recurso ordinaria para proteger los intereses de los consumidores, siendo las acciones colectivas de cesación un complemento para garantizar dicha protección. Y del carácter complementario de las acciones colectivas de cesación se desprende que las mismas no pueden sin embargo sustituir a las acciones individuales ni obstaculizarlas.

Ciertamente, dice, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial o, en su caso, a los tribunales nacionales competentes. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, al pronunciarse en el marco de una remisión prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a

orientar al órgano jurisdiccional nacional en su apreciación. Y es en este contexto en el que entra a analizar si el art. 43 LEC obstaculiza el ejercicio de los derechos reconocidos por la Directiva 93/13., alcanzando las siguientes conclusiones:

- 1) Resulta contraria al principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13 una interpretación de la normativa procesal controvertida (art. 43 LEC) que considere que existe la obligación de suspender la acción individual cuando exista un procedimiento colectivo paralelo o que conceda una prioridad automática a la acción colectiva respecto de las acciones individuales sin que el consumidor pueda decidir, por un lado, no ejercitar su derecho o ejercitarlo eficazmente en el marco de un procedimiento individual, ni, por otro lado, desvincularse de la acción colectiva.

Tal y como señaló la Comisión en sus observaciones escritas, la observancia de la efectividad de los derechos individuales conferidos por la citada Directiva implica que todo consumidor pueda desvincularse de la acción colectiva y ejercitar una acción individual, o simplemente, continuar en el procedimiento colectivo y aceptar el carácter no vinculante de la cláusula controvertida. En otras palabras, el consumidor «debería poder retirarse [de la acción colectiva] en cualquier momento antes de que se dicte la resolución definitiva o de que el asunto se resuelva válidamente de otra manera [...], sin que se le prive de la posibilidad de proseguir con su demanda de otra forma, si ello no perjudica a la buena administración de la justicia».

- 2) Si se admite que el control abstracto y general del carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco de una acción colectiva de cesación persigue un objetivo distinto del perseguido por las acciones individuales (el control concreto de una cláusula a la luz de circunstancias específicas), deberá admitirse que “un consumidor que decide ejercitar una acción individual no debería verse directamente afectado por la sentencia dictada en el procedimiento colectivo, aunque evidentemente el tribunal que conozca de la acción individual tendrá en cuenta dicha sentencia”.
- 3) La posibilidad de que el consumidor intervenga en la acción colectiva no puede asimilarse al ejercicio de una acción individual. Tal asimilación implicaría para el consumidor afectado, entre otras consecuencias, la renuncia a su fuero propio (el de su domicilio) y quedar supeditado a la manera en que la asociación para la protección de los consumidores haya abordado el asunto, sin poder modificar el objeto o introducir otras pretensiones.

Por consiguiente, concluye el abogado general, “a la luz de las anteriores consideraciones, estimo que, habida cuenta del principio de efectividad, el artículo 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa procesal nacional, como la controvertida en los litigios principales, que permite decretar, debido a la prejudicialidad civil, la suspensión de una acción individual incoada paralelamente a una acción colectiva de cesación hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento colectivo, a condición de que, por un lado, tal suspensión no sea obligatoria ni automática, y, por otro lado, el consumidor afectado pueda desvincularse de la acción colectiva”.

4. El caso de las acciones reparatoras

La cuestión que se plantea es si las conclusiones precedentes sobre la “independencia” de la acción colectiva y la acción individual a efectos de la prejudicialidad civil (y previamente de la exclusión de la litispendencia y cosa juzgada) siguen vigentes en aquellos casos en que se ejercita una acción “colectiva” que tiene por objeto la condena a devolver una cantidad de dinero, a reparar los daños, o a indemnizar de perjuicios causados. Porque es claro que las asociaciones de consumidores, con fundamento en la legitimación del artículo 11, sin distinción alguna, pueden ejercitar pretensiones de condena dineraria (y en general, resarcitorias e indemnizatorias) con independencia de que los consumidores eventualmente beneficiados intervengan en el procedimiento y sean determinados (o determinables) o no (v. art. 221.1 LEC): en el primer caso, “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 “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”. Y con independencia también de la acción que corresponde a cada consumidor para la tutela de su derecho individual (v. art. 11.1 LEC). En tales casos -y en lo que ahora interesa- se plantea previamente un problema de litispendencia o cosa juzgada.

En efecto, parece claro que la sentencia que se dicte, tanto estimatoria como desestimatoria, afecta a los consumidores afectados personados en el procedimiento, consumiendo su acción individual. Si, al amparo de lo dispuesto en el art. 11.1 LEC, un consumidor (personado) ejercitara posteriormente la acción individual reclamando la efectividad de su derecho a la devolución (de cantidad dineraria), indemnización o reparación, operarían las excepciones de litispendencia o de cosa juzgada porque en el primer proceso (acción colectiva reparatora) se debatió -o pudo debatirse- plenamente la existencia del referido derecho y en él se prestó -o debió prestarse- audiencia al consumidor personado en el primer proceso (acción colectiva) y demandante en el

segundo (acción individual), que, por tanto, pudo hacer valer sus derechos sin limitación alguna. Esta conclusión solo sería discutible en el caso de que la posibilidad de que el consumidor intervenga en la acción colectiva reparadora no pueda asimilarse al ejercicio de una acción individual. Y así parece entenderlo el Abogado general del TJUE. En su opinión, que antes veíamos, tal asimilación implicaría para el consumidor afectado, entre otras consecuencias, la renuncia a su fuero propio (el de su domicilio) y quedar supeditado a la manera en que la asociación para la protección de los consumidores haya abordado el asunto, sin poder modificar el objeto o introducir otras pretensiones. A mi juicio, sin embargo, la intervención de los consumidores afectados al amparo de la publicidad prevista en el art. 15 LEC, se hace “para que hagan valer su derecho o interés individual” (art. 15.1) y se somete al régimen del art. 13 LEC, cuyo apartado tercero dispone: “Admitida la intervención... el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa”.

El problema se plantea a la hora de ver en qué forma afecta dicha sentencia a los consumidores posibles afectados para los que también se pidió la tutela por la asociación demandante que ejercitó la acción colectiva y no se encuentran personados en el procedimiento. Esta cuestión ha sido estudiada por la STS de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407), que señala lo siguiente: “El alcance de los efectos de la cosa juzgada cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas plantea cuestiones de difícil resolución, pues, por una parte, es necesario garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y, por otra, resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los consumidores. De esto se sigue que la consideración de los requisitos exigidos tradicionalmente por esta Sala para la consideración de la cosa juzgada, especialmente el de identidad subjetiva, no resuelve de forma automática la cuestión, para la que caben diversas soluciones legislativas, por lo que es necesario examinar cuál es el régimen que la LEC establece en esta material”.

Al respecto, pueden realizarse las siguientes consideraciones:

- 1) Si conforme al art. 222.3 LEC, la cosa juzgada afectará también “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”, sin distinguir si se integraron en el litigio como parte o permanecieron completamente extraños a él, adquiere especial relevancia la publicidad que el legislador da a estos procesos (art. 15 LEC), con el fin de que los afectados individuales puedan comparecer en

los mismos como parte. Obsérvese que de tal obligación de publicidad sólo quedan exceptuados “los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios” (art. 15.4 LEC), lo que es lógico puesto que las mismas vinculan solamente al empresario infractor y el efecto de la sentencia sobre los consumidores es meramente reflejo, no impidiéndoles posteriormente plantear acciones resarcitorias individuales. Pero, como dice la SAP Sevilla, Sección 5ª, de 22 enero 2004 (AC 2004/406), si lo que se plantea es una acción resarcitoria colectiva, exclusivamente o en unión con una acción de cesación (o de declaración de nulidad), la publicidad prescrita en el artículo 15 constituye una garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados sin la cual no es posible dictar una resolución que les afecte.

Sin embargo, me parece que de la relación entre ambos preceptos (arts. 222.3 y 15 LEC) no puede concluirse sin más que los consumidores a los que se les dio la oportunidad de comparecer y no se personaron en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva han de estar a lo resuelto en la sentencia que en él se dicte por tener para ellos, en todo caso, eficacia de cosa juzgada; ni siquiera me parece que sea aceptable aplicar la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación del comunero, defendiendo que esta eficacia (de cosa juzgada) la produce la sentencia *secundum eventum litis*, es decir, solo cuando es favorable, dejando abierta la puerta para que puedan ejercitar la acción individual en el caso de que sea desfavorable.

- 2) Cuando la acción colectiva reparadora se ejercite para la tutela de los derechos o intereses de un grupo de consumidores determinado o fácilmente determinable, habrá que tener en cuenta (en lo que ahora interesa), además del llamamiento genérico publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación, revisto en el art. 15.1 LEC, las normas siguientes: por un lado, el art. 15.2 LEC, que impone al demandante la comunicación previa de su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados, a los que se reconoce la facultad de intervenir en el proceso en cualquier momento; y por otro, el art. 221.1-1ª, conforme al cual “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 caso de que las acciones se ejerciten para la tutela de un grupo de consumidores indeterminado o de difícil determinación, además del art. 15.1, los preceptos a tener en cuenta serán los siguientes: el art. 15.3 LEC, conforme al cual el llamamiento de los consumidores afectados se realizará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación, suspendiéndose el curso del proceso y

reanudándose con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley; y el art. 221.1-1^a, II, conforme al cual la sentencia estimatoria “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”.

En ambos casos se aplicará la norma del art. 221.1-2^a LEC: “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”.

- 3) Cuando se ejercitan acciones para la tutela de intereses colectivos en sentido estricto (consumidores determinados o fácilmente determinables), podría sostenerse -dice la STS de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407)- que, 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 (art. 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”.

Dispone el art. 221.1-1^a que la sentencia “determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena”, siendo estos los que se verán vinculados por la eficacia de cosa juzgada; no se olvide que, por definición, los consumidores afectados están determinados o son fácilmente determinables y, además del regimen de publicidad del art. 15.1, a todos ellos habrá debido comunicarse la demanda, por lo que difícilmente podrán alegar desconocimiento del proceso. Si se personan, la eficacia de cosa juzgada se extenderá a ellos en un eventual proceso ulterior en que ejerciten la acción individual (por ejemplo, buscando mejorar la cuantía obtenida). Si, a pesar del regimen de publicidad, no se personan, que les alcance la litispendencia del proceso anterior o la eficacia de cosa juzgada de la sentencia en él dictada dependerá de que, a pesar de su no personación, hayan quedado determinados (o no) individualmente en la sentencia.

- 4) Cuando, por el contrario los consumidores sea indeterminados, la sentencia no produce eficacia de cosa juzgada frente a los no personados. 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 les afectará la cosa juzgada; 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). Lo que parece indicar que –a salvo el caso que se analiza seguidamente- si no instan por lo menos su reconocimiento y en el incidente correspondiente obtienen una resolución favorable, no tendrán la consideración de beneficiario por la sentencia, que no les afectará, dejando abierto el camino para la acción individual.

En ambos casos, pero en especial en el segundo, conforme a la sentencia del TS de 17 de junio de 2010, antes citada, cuando “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” (art. 221.1-2º LEC), 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 221.2 LEC. En caso de efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los consumidores, hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquella haya incluido en la demanda. En suma, 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”.Y el

fundamento concluye así: "En el caso examinado ninguna de las sentencias dictadas en ambas instancias contiene pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente. Por esta razón, debe entenderse que la sentencia dictada no produce efectos de cosa juzgada respecto de los usuarios no incluidos en la demanda".