

¿MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS INDIVIDUALES DE CONSUMO SUSPENDIDOS POR LITISPENDENCIA IMPROPIA O PREJUDICIALIDAD CIVIL?

Diana Marcos Francisco

Profesora ordinaria doctora acreditada

Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”

diana.marcos@ucv.es

Fecha de publicación: 11 de marzo de 2015

Como es sabido, la asociación de consumidores y usuarios ADICAE interpuso, hace ya unos cuantos años (en 2010), ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, una demanda colectiva contra 101 entidades bancarias; demanda en virtud de la que se solicitaba la nulidad de la cláusula suelo. Considerando el número de demandados no sorprende que, a día de hoy, el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, al que correspondió conocer del asunto tras aplicar las correspondientes normas de reparto, todavía esté conociendo del asunto (juicio verbal núm. 471/2010) y deba hacerlo durante mucho más tiempo.

Lo que quizá sí resulte más sorprendente es que muchos consumidores que, atendiendo a dicha situación –el tiempo transcurrido y el que resta por transcurrir hasta la finalización del proceso por sentencia firme–, han decidido apartarse del proceso colectivo interponiendo demandas individuales pretendiendo la nulidad de las cláusulas suelo de sus respectivos contratos, se hayan visto abocados al fracaso, teniendo que abonar las cantidades pertinentes en aplicación de esa cláusula suelo mientras no se resuelva aquel proceso colectivo.

Y decimos esto porque las entidades bancarias demandadas han venido alegando en los distintos procesos individuales la excepción procesal de litispendencia impropia o prejudicialidad civil y la misma, lamentablemente, ha sido estimada por distintos tribunales en aplicación del art. 43 LEC, en relación con los arts. 11, 221 y 222 LEC (vid., entre otros, AAP de Barcelona –Sección 15ª–, de 11 de junio de 2013). Y, lo que es aún más lamentable, es que, dependiendo del Juzgado al que se haya turnado o turne la demanda, la respuesta haya sido o sea una u otra, resultando perjudicado o beneficiado el consumidor.

En efecto, estamos de nuevo, ante uno de los tantos problemas prácticos cuya solución no previó el legislador español al querer introducir en nuestro ordenamiento jurídico los

procesos colectivos en defensa de los consumidores y usuarios; y que ha dado lugar, por tanto, a distintas interpretaciones y soluciones en los tribunales, con la inseguridad jurídica que ello conlleva, y al planteamiento por parte del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona una cuestión prejudicial ante el TJUE el pasado 27 de junio de 2014 (preguntando si el art. 7 de la Directiva comunitaria 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, permite al consumidor desvincularse de la acción colectiva o bien, hemos de entender que no al estar sus derechos plenamente tutelados por aquella).

Si bien es cierto que estamos ante una laguna que ha de ser colmada por los tribunales, no lo es menos que dicha interpretación, en perjuicio del consumidor, parece contraria a la doctrina comunitaria sentada por el Tribunal de Justicia (de la Unión Europea) de la que se desprende que el principio *pro consumatore*, integrante del orden público, debería estar presente en la interpretación de las distintas normas y, especialmente, cuando el legislador no haya previsto una solución clara. Como bien ha apuntado CORDÓN MORENO, del art. 43 LEC cabría inferir que “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”¹.

Pero dejando de lado dicho tema, me ha llamado especialmente la atención cierto Auto de igual Juzgado que plantea la cuestión prejudicial aludida: me refiero, en concreto, al reciente Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de 16 de enero de 2015, que acuerda desestimar la solicitud de la medida cautelar de suspender la aplicación de la cláusula suelo -impugnada en el aludido proceso colectivo- instada por un consumidor que, habiendo decidido interponer una demanda individual, ve obstaculizado su proceso al suspenderse por prejudicialidad. Si bien el propio Juzgador, que a lo largo de toda su resolución hace especial hincapié en la necesidad de proteger al consumidor a la luz de la jurisprudencia comunitaria –y también nacional-² y considera que concurre la excepcionalidad (esos “*hechos y circunstancias*”) exigida por el art. 730.4 LEC que permite solicitar una medida cautelar posteriormente a la

¹ “Eficacia prejudicial de la acción colectiva sobre las acciones individuales de consumidores? Otra vez preguntando al TJUE”, en Centro de Estudios CESCO, publicado el 24 noviembre de 2014 (disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/46.pdf>, consultada en febrero de 2015), p. 7.

² Como bien indica, “*hemos asistido a una revolución jurisprudencial importante de la que se puede concluir que los jueces debemos interpretar el proceso civil de manera flexible en pro de la defensa y tutela de los derechos de los consumidores y usuarios y para que éstos puedan denunciar la abusividad de las cláusulas contractuales que le hubieran sido impuestas*” (RJ 1º).

interposición a la demanda³ (y no, como es normal, junto con la demanda), considera sorprendentemente desestimar la solicitud de la medida cautelar por faltar uno de sus presupuestos, a saber, el *periculum in mora*. Pergeña el juez que, “siguiendo los criterios aprobados por unanimidad en el tribunal mercantil de 21 de noviembre de 2014, considera que no concurre al no haber acreditado la actora que la cláusula suelo tenga un impacto económico relevante para el consumidor ni para su economía familiar. De hecho, como el propio letrado de la actora reconoció en el acto de la vista, la aplicación de esa cláusula suelo apenas le supone al consumidor el pago de 50 euros al mes, se trata de consumidores que están al corriente de pago de sus cuotas no habiendo ninguna evidencia o indicio alguno que haga sospechar que el pago de esa cantidad les esté situando en niveles de indignancia tales que les impida poder asumir el pago de la cuota hipotecaria y consiguiente pérdida de su vivienda. Es decir, lo que no puede pretender la parte actora es anticipar los efectos de un eventual fallo estimatorio del pleito principal no siendo éste el objeto de la medida cautelar” (RJ 3º).

El reseñado Catedrático correctamente afirmaba que, “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”⁴. Pues bien, esta sensibilidad parece no estar presente en la argumentación del Juzgador de instancia.

Y yo me pregunto: aun siendo cierto que el consumidor en cuestión pueda hacer frente al pago de todas sus cuotas, ¿no cabe entender que concurre un peligro o riesgo evidente de que dicho consumidor no pueda conseguir el reembolso de lo abonado de más como consecuencia de la cláusula que posteriormente puede ser declarada abusiva? Recordemos al respecto que la STS dictada por el Pleno de la Sala Primera -de lo Civil- núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (FD 17º) concluye la eficacia no retroactiva de la sentencia que contiene declaraciones de nulidad partiendo del planteamiento del Fiscal de que “*si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas*”, a lo que añade que “*no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso*”. Si bien la misma sentencia parte de reconocer la regla

³ Ello lo justifica indicando que “cuando la actora interpuso la presente demanda, estaba en la creencia de que podía desvincularse de la acción colectiva y que su pleito duraría unos 6 ó 7 meses. Lejos estaba de su previsión que se le pudiera suspender el proceso a la espera de que el JM nº 11 de Madrid, dictara sentencia firme en el JV 471/2010, lo que podrá tardar años, de ahí que no solicitara medidas cautelares *ab initio*” (RJ 2º).

⁴ CORDÓN MORENO, F., “Eficacia prejudicial...”, *cit.*, p. 7.

general de que la ineficacia total o parcial de los contratos exige borrar sus huellas como si no hubiesen existido *ex art. 1303 del Código Civil*, igualmente pergeña que los efectos de esta regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad (en el concreto caso, de determinadas cláusulas contractuales) no pueden desconocer principios generales del derecho como es, destacadamente, el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), generando la retroactividad de la sentencia el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico. Estamos ante una eficacia “irretroactiva” que acaba de ser confirmada por el Pleno del Tribunal Supremo, haciéndose rápidamente eco de ello en los medios de comunicación⁵.

Aunque dicho criterio del TS no impide que haya jueces que entiendan que, en el ámbito de acciones individuales “*si la cláusula es declarada abusiva el pago que se hubiera producido en relación a ella también lo es y por ello nuestro derecho común conlleva la devolución de la situación a aquel momento en que se pactó como si no se hubiera aplicado dicha cláusula abusiva. En tal sentido procede la devolución de las citadas cantidades*”⁶, la verdad es que a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 los tribunales han mostrado posturas divergentes, acerca de si dicha sentencia limitaba o no el alcance de su doctrina a las acciones colectivas de cesación. Así, p. ej., mientras la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 16 de diciembre de 2013, que resolvía un recurso de apelación contra una sentencia dictada en virtud de una acción individual estimando el recurso y condenado a la devolución de los intereses cobrados en aplicación de la cláusula suelo, la SAP de Madrid (Sección 28ª), de 23 de julio de 2013, sostiene la aplicación de la irretroactividad declarada por el TS incluso en las acciones individuales. A mayor abundamiento, la propia Sección 15ª de la AP de Barcelona, ha cambiado de criterio en su sentencia de 12 de noviembre de 2014⁷.

⁵ Vid. <http://www.eleconomista.es/interstitial/volver/235972462/legislacion/noticias/6506576/02/15/El-Tribunal-Supremo-vuelve-a-rechazar-la-retroactividad-de-las-clausulas-suelo.html#.Kku824RkHq4qkDu>, consultada en febrero de 2015.

⁶ Vid. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada núm. 1, de 23 de junio de 2014 (LA LEY 76806/2014), FD 4º. No obstante, estamos ante una cuestión nada pacífica en la jurisprudencia, de forma que existen pronunciamientos diferentes sobre el particular tanto en Juzgados como en Audiencias Provinciales. La posición del Juzgado granadino sigue la de Audiencias Provinciales como la de Ciudad Real, que en pleno no jurisdiccional de fecha 26 de septiembre de 2014 acordó por unanimidad “reconocer el efecto devolutivo de las cantidades percibidas indebidamente”, y ello porque entiende que el principio del que ha de partirse, ante la sanción de nulidad, es de la regla general de retroactividad” (vid. sobre el particular la Sentencia núm. 222/2014, de 13 de octubre de 2014, de la Sección 1ª de la AP de Ciudad Real, FD 7º y 8º). En sentido opuesto, vid., p. ej., la SAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 131/2014, de 9 de abril de 2014.

⁷ Al respecto puede verse GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo: la SAP Barcelona (Sección 15ª) de 12 de noviembre de 2014 (JUR 2015\11268) se aparta de su doctrina anterior y adopta el criterio de la irretroactividad de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid”, en *Centro de Estudios CESCO*, Notas jurisprudenciales, publicado el 12 febrero de 2015 (disponible en

Es cierto que el mismo Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, en su posterior Auto de 20 de enero de 2015, que resuelve un supuesto similar, decide admitir a trámite la solicitud de medida cautelar. Pero, más que un cambio de criterio, parece un error o descuido. Y ello porque en la misma resolución (en su RJ 3º) indica que deja “para un momento posterior la decisión de si se adoptan o no las mismas en función de si concurren los dos requisitos de fondo que justifican su adopción como el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*” y, sin embargo, ello ya no lo hace.

Y también es cierto -soy conocedora de ello- que resoluciones como la cuestionada del juzgador catalán no son aisladas, sino una más de las no pocas que no estiman la solicitud de igual medida cautelar por entender que no concurre tal *peligro por la irretroactividad de la sentencia* “en atención a que los efectos de una eventual sentencia estimatoria afectarían a las cuotas de ese préstamos devengadas a partir de la fecha de la presentación de la demanda, sin estimar que la devolución de ese exceso supuestamente cobrado durante ese lapso temporal corra riesgo alguno dada la notoria solvencia de la entidad de crédito demandada” (AAP de Córdoba –Sección 1ª- 77/2014, de 21 de febrero de 2014, FJ 1º, haciendo suya la argumentación del Juzgador de instancia que dicta el auto recurrido).

Pero, insisto, no todos los tribunales siguen esta misma postura, de forma que, para algunos, siguiendo la doctrina fijada por la conocida y trascendente STS de 9 de mayo de 2013 en relación con una acción colectiva, procedería declarar la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afecte “a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia” (apartado 294).

La existencia de estas dudas interpretativas y distintas posturas en los tribunales creo ya constituye *per se* un peligro para el consumidor, constitutivo del necesario *periculum in mora*, que debería ser considerado por el juzgador para admitir a trámite la solicitud de la medida cautelar.

<http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Irretroactividad-de-los-efectos-de-la-nulidad-de-la-cl%C3%A1usula-suelo.pdf>, consultada en febrero de 2015). Por su parte, la SAP de Valencia (Sección 8ª) núm. 316/2013, de 8 de julio de 2013, FD 4º, *in fine*, parece seguir igualmente dicha irretroactividad.