

¿EFICACIA PREJUDICIAL DE LA ACCIÓN COLECTIVA DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES DE CONSUMIDORES?

Faustino Cordón

Catedrático de Derecho Procesal

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 4 de marzo de 2015

1. En un anterior trabajo publicado en noviembre del pasado año ya analicé el problema de si un proceso en que se ejercita la acción colectiva para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores (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. Este problema –decía– 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 la protección de los primeros a la de los segundos, y, en lo que se refiere al problema concreto que ahora interesa (la prejudicialidad civil) 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 competente 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). Y añadía en aquel trabajo que 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, encontrando el planteamiento de esta excepción una respuesta contradictoria tanto en los Juzgados de lo Mercantil como en algunos pronunciamientos de Audiencias Provinciales.

La SAP Asturias, Sección 1ª, de 19 diciembre de 2014 (AC/2014/2138), aborda la cuestión en su fundamento de derecho segundo, reproduciendo la doctrina establecida

en la precedente sentencia dictada por la misma Audiencia el primero de diciembre del mismo año.

2. Esta sentencia expone, en primer lugar, las tres posturas que existen en la jurisprudencia menor: “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 apreciando no prejudicialidad, sino litispendencia, lo que lleva al archivo de los procedimientos y, por último, unas terceras que han rechazado tanto una como la otra medida”:

a) La prejudicialidad civil ha sido rechazada con base en argumentos diversos: la SAP Granada, Sección 3ª, de 23 de mayo de 2.014 (AC 2014, 1686), diferencia la acción individual y la colectiva, señalando el diferente control realizado en uno y otro caso, ya que “mientras en la colectiva se lleva a cabo un control abstracto de validez atendiendo lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa, en la individual el análisis parte de las circunstancias concretas del caso en particular y de la posición individual del consumidor accionante”, y concluye que no existe interferencia entre una y otra acción; el AAP Alicante, Sección 8ª, de 31 de marzo de 2.014, por su parte, señala que “los intereses en juego en cada una de las acciones son distintos ... tanto más cuanto, como es el caso, no consta ni que los demandantes formen parte del elenco de los concretos intereses defendidos en el otro proceso, ni tan siquiera que hayan sido llamados a este proceso lo que, en todo caso, no puede constituirse ni en obligación ni en carga procesal con consecuencias negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva”; y el AAP Huelva, de 24 de febrero de 2014 concluye que, “aunque se pudiese admitir una posible influencia de aquel procedimiento (en referencia al de Madrid en que se ejercitan acciones colectivas) en éste solo para el supuesto de que aquél se resolviese favorablemente a los demandantes, incluso en ese supuesto no se podría estimar la prejudicialidad civil por cuanto... la jurisprudencia entiende que para que la suspensión pueda ser acordada correctamente es necesario que el objeto y decisión del otro litigio constituya el antecedente lógico y necesario para la resolución del segundo proceso”.

b) La segunda postura –mantenida por la entidad demandada en el procedimiento en que se dictó la sentencia analizada- consiste en afirmar que la pretensión es la misma en ambos procesos, es decir la nulidad de la cláusula y el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por la misma a consecuencia de dicha cláusula. Y estas identidades “determinan un claro supuesto de litispendencia impropia o por conexión o prejudicialidad civil, pese a no concurrir la triple identidad, y ello porque resulta condicionada la estimación de la presente demanda por lo que resuelva el procedimiento

de Madrid nacido con anterioridad, que se constituye en antecedente lógico y necesario para resolver acerca del objeto principal de éste”. En consecuencia, está justificada la suspensión del procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 LEC.

c) Por último, el tercer criterio consiste en acoger la excepción de litispendencia en sentido propio, de modo que la consecuencia ya no sería la suspensión del procedimiento de conformidad con el artículo 43 de la LEC, sino, de acuerdo con el artículo 421. 1 del mismo texto, el sobreseimiento del proceso. En apoyo de tal postura cita el AAP Barcelona, Sección 15^a, de 9 de octubre de 2.014, en el que se analiza la decisión legislativa para introducir en el Derecho nacional las acciones colectivas, señalando que optó por "un sistema de afectación personal de lo resuelto en la acción colectiva a todos los integrantes del grupo, esto es a todos los afectados, tanto en el caso de que lo resuelto sea favorable como adverso"; a continuación señala que no se ha regulado en la ley procesal española el derecho de auto-exclusión del grupo, "de manera que los derechos de los afectados podemos considerar que se limitan a los que resultan del art. 15 LEC, esto es, intervenir en el proceso, o bien solicitar la acumulación de la acción individual a la colectiva (siempre que se cumplan los requisitos que exige el artículo 76. 2. 1º LEC), o interesar la extensión de los efectos del pronunciamiento en fase de ejecución (artículo 519 LEC)". Entiende también dicho auto que de ello se sigue que los particulares "tienen absolutamente vedado iniciar con posterioridad a la acción colectiva acciones de carácter individual que versen sobre el mismo objeto, ya que cosa juzgada y litispendencia no son más que dos aspectos de una misma cuestión separados por una perspectiva temporal". Y desde el momento en que en el procedimiento de Madrid se ejercitan, como en el caso presente, la acción de nulidad y la de restitución de cantidades, la consecuencia respecto a ambas es la litispendencia y no meramente la de prejudicialidad civil.

3. Después de exponer el estado de la cuestión en los tribunales, la sentencia expone su postura, que coincide con la primera antes vista (exclusión de la prejudicialidad), pero con un razonamiento diferente. En su opinión, debe partirse de lo que señala la STS de 17 de junio de 2.010 (RJ 2010/5407): "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 de consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente". Y continúa: "En caso de no 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 aquélla 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".

A partir de esta doctrina, entiende la SAP de Asturias analizada que, al ser la sentencia la que debe determinar que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, y tener lugar la litispendencia con anterioridad a que la misma (la sentencia) se dicte, puesto que aún no se conoce tal determinación, "no será posible que se entienda la concurrencia de la excepción de litispendencia civil ni de prejudicialidad, puesto que quien ejercita la acción individual no forma parte del procedimiento en que se acciona a través de una colectiva ni se conoce en este momento procesal si los efectos de la sentencia que se dicte resolviendo ésta podrá afectarle".

4. El razonamiento de la sentencia es válido para la litispendencia porque, ciertamente, no se conoce todavía si la sentencia en que se ejercita la acción colectiva va a declarar la extensión de sus efectos a consumidores no personados y, por lo tanto, no puede hablarse de la concurrencia de la identidad subjetiva que exige la litispendencia ("propia"); pero no exactamente para la prejudicialidad, que es una institución diferente, sometida a requisitos diferentes, 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 o procesos; 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 tales requisitos concurren –o pueden concurrir en el caso. Ejercitada en un proceso la acción (colectiva) 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 consecuencia, puesto que es claro que los procesos iniciados por el ejercicio de ambas acciones no son acumulables, planteada en el segundo proceso la “excepción” de prejudicialidad por la entidad demandada, el juez podrá suspenderlo o decidir él la cuestión *incidenter tantum*.