



Trabajo Fin de Master

**Dictamen jurídico en respuesta a consulta formulada sobre la
prejudicialidad en procedimientos con cláusula suelo respecto
de la acción colectiva**

Autora

Paloma Gállego Sola

Directores

Pedro-José Bueso Guillén

José-Ángel Urgel Escolán

Facultad de Derecho

2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
I.- ANTECEDENTES DE HECHO	4
1. ALEGACIONES FORMULADAS EN LA DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO FRENTE A LA ENTIDAD CAJA DE AHORROS DE ARAGON, EJERCITANDO ACCIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CON LA CONSIGUIENTE DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES.	4
2. ESCRITO DE OPOSICIÓN A LA DEMANDA FORMULADA POR LA PARTE ACTORA.	5
II.- CUESTIONES.....	7
III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	7
1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL CLAUSULAS SUELO.....	7
2. MACRODEMANDA INTERPUESTA POR LA ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE BANCOS, CAJAS, PRODUCTOS FINANCIEROS Y DE SEGUROS (ADICAE).....	8
3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013.....	9
3.1. ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES.....	9
3.2. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.....	12
3.3. COSA JUZGADA Y ACCIONES COLECTIVAS EN DEFENSDA DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA A LOS AFECTADOS NO INTERVINIENTES EN EL PROCESO.....	15
3.4. EL DOBLE FILTRO DE TRANSPARENCIA.....	17
3.5. EFECTOS <i>EX NUNC</i> DE LA NULIDAD.....	22
4. EXCEPCION DE LITISPENDENCIA.....	24
5. EXCEPCIÓN PREJUDICIALIDAD CIVIL.....	29
6. NO EXISTENCIA EXCEPCCIÓN DE PREJUDICIALIDAD NI EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA.....	33
IV. CONCLUSIONES.....	36
BIBLIOGRAFÍA	40
ANEXO JURISPRUDENCIA UTILIZADA.....	42

ABREVIATURAS

ADICAE	Asociación de Consumidores y Usuario de Bancos, Cajas, Productos Financieros y de Seguros
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CE	Constitución Española
FJ	Fundamento jurídico
JO	Juicio ordinario
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
OM	Orden ministerial
RD	Real Decreto
Rec.	Recurso
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

DICTAMEN que emite Dña. Paloma Gállego Sola con fecha de 20/12/2015 a solicitud de mi cliente la entidad bancaria Caja de Ahorros Aragón.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

1. ALEGACIONES FORMULADAS EN LA DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO FRENTE A LA ENTIDAD CAJA DE AHORROS DE ARAGON, EJERCITANDO ACCIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CON LA CONSIGUIENTE DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES.

Los demandantes adquirieron en abril de 2006 una vivienda para cuyo pago solicitaron y suscribieron un préstamo hipotecario con la hoy demandada CAJA DE AHORROS DE ARAGON, ante el notario D. Pedro García Pérez, dejándose designados los archivos de la Notaria así como de la propia CAJA DE AHORROS para el caso de que sean impugnados de contrario.

Tal y como figura en dicha escritura, el importe de la operación ascendía a 330.000 €, pactándose un plazo de devolución del préstamo de 25 años y el pago de un tipo de interés fijo de un 3,30 % durante los 12 primeros meses. A partir de ese momento los clientes abonarían un tipo de interés variable, consistente en adicionar al EURIBOR a 12 meses un diferencial de un 0,40 %.

La escritura se recoge, en el punto 1 de la Clausula Tercera Bis, un tipo mínimo o suelo del 3,50 % mediante la mención «sin que, en ningún caso, el tipo anual resultante pueda ser inferior al 3,50. No se hace en ningún momento mención alguna a la existencia de una cuota mínima o tipo mínimo, salvo la que hemos señalado.

En consecuencia, los clientes no fueron informados de la existencia de un tipo mínimo, en qué consistía o los riesgos que conllevaba, ni antes ni durante la suscripción de la operación, descubriendo su existencia y funcionamiento mucho tiempo después al

comprobar que pese a la notable bajada de tipos de interés a nivel general, su cuota se mantenía constante. Cuestión que nada tiene que ver con su voluntad de suscribir un préstamo a tipo de interés variable.

La demanda trae causa de las prácticas que el prestamista ha venido y viene efectuando con los usuarios en la comercialización y contratación hipotecaria pues, a pesar de ofrecer y comercializar a mis mandantes un préstamo hipotecario a interés variable, incluyó en el clausurado del mismo, sin información expresa a los prestatarios y sin destacar en el contrato esta circunstancia, un tipo mínimo de interés o clausula suelo que les impide beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia, convirtiendo el préstamo en un tipo fijo que solo es variable al alza a partir de un determinado nivel del tipo de referencia.

2. ESCRITO DE OPOSICIÓN A LA DEMANDA FORMULADA POR LA PARTE ACTORA.

Mi cliente, CAJA DE AHORROS ARAGON, en oposición a los correlativos que se deduzcan de lo que se expone de contrario.

En aras a valorar si la parte demandante era consciente de la carga económica y jurídica del Clausurado (bajo el control reforzado de transparencia) contenido en el documento público objeto de consideración, debe examinarse la preparación de la parte actora a la vista en particular de los antecedentes u otros contratos que puedan haber formalizado.

Aquella es cliente de Caja de Ahorros Aragón desde la apertura de la cuenta corriente en 2006, vinculada a la tramitación del préstamo hipotecario objeto de estudio en las actuaciones de referencia.

En fecha anterior al otorgamiento del citado documento público se había formalizado una adquisición del inmueble «sobre plano», circunstancia que además es corroborada por la fecha de terminación de la construcción, cuya Escritura de Fin de obra se otorgó en 2006.

Por tanto, precediendo a la Escritura de 12 de abril de 2006, los demandantes suscribieron con la promotora un Contrato privado de compraventa, sometido al Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas (art. 6.4:4º): «Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de esta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y de la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con extensión de vencimientos y cantidades)».

Pudiendo haberse subrogado en la hipoteca sobre el inmueble formalizada con Caja de Ahorros Aragón, los demandantes optaron, debido a las mejores condiciones financieras, por formalizar la operación de préstamo con mí representada.

Seguidamente, suscribieron la oportuna información precontractual que es aludida por el Notario en la Escritura, en concreto Oferta Vinculante, amparada en la OM 5 de mayo de 1994, acreditativa de que aquellos aceptaron el tipo mínimo de fluctuación del interés 3,50%.

A todo el detalle de esta concreta financiación, debe unirse el conocimiento de la demandante esta clase de operaciones, por cuanto la misma era a esa fecha administradora de la entidad FINANCIAL BANK SOCIEDAD LIMITADA, dedicada a actividades vinculadas al sector.

Queda claro que, tanto por la fecha en que adquirió el inmueble como por su condición de profesional del sector, la demandante tenía una expectativa razonable de los intereses que iban a gravar su operación, en que el correlativo mensual no iba a sobrepasar a la baja el límite del 3,5 previsto en la Escritura, visto lo sucedido en las anualidades precedentes.

En vista de los antecedentes relatados, la entidad de crédito me solicita la elaboración de un Dictamen jurídico sobre las alternativas que tienen dicha entidad para paralizar la demanda individual relativa a las cláusulas suelo, alegando las excepciones procesales de litispendencia y prejudicialidad, formulándose en concreto las siguientes:

II.- CUESTIONES

El presente trabajo tiene como objeto la elaboración de un dictamen a solicitud de mi cliente, Caja de Ahorros Aragón, sobre cuál debe ser la estrategia procesal a la hora de articular la defensa en este asunto.

A continuación y de forma más exhaustiva, se analizarán las cuestiones procesales de litispendencia, prejudicialidad y las acciones colectivas y los derechos de los consumidores individuales y si las dos primeras pueden actuar como excepciones frente a la demanda individual. También se analizará pormenorizadamente la sentencia de actualidad y de gran relevancia jurídica: ST de 9 de mayo de 2013.

III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL CLAUSULAS SUELO.

En primer lugar, y a fin de situar al destinatario del dictamen en el asunto en cuestión, debe reseñarse de forma sucinta la evolución de las cláusulas suelo en el plano jurisprudencial y la extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones de consumidores y usuarios a los afectados no intervinientes.

En 2010, por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla se dicta la primera sentencia que declaró la nulidad de las conocidas cláusulas suelo, la sentencia fue revocada en sede de apelación por la Audiencia Provincial de la misma ciudad.

Con carácter previo a la resolución del citado recurso, la jurisprudencia menor ya había tenido oportunidad de pronunciarse el respeto en numerosas ocasiones. En la mayoría de las sentencias fallaban declarando la nulidad de las cláusulas suelo por abusivas, de lo que se deriva la consiguiente condena a las entidades financieras a dejar de aplicarlas, y a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas como resultado de su aplicación.

El 9 de mayo de 2013, el TS dictó sentencia consolidando la corriente ampliamente seguida por las Audiencias Provinciales, al declarar nulas tales cláusulas debido a una falta de transparencia en la inclusión de estas en el contrato y alegando que tal nulidad no tendrá efectos retroactivos, por lo que no afectará a los importes ya satisfechos por los particulares a la entidades.

El hecho de que el Alto Tribunal haya considerado que la aludida nulidad no tendrá efectos retroactivos, ha impedido que el debate en torno a tales discutidas cláusulas, quedase definitivamente zanjado.

2. MACRODEMANDA INTERPUESTA POR LA ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE BANCOS, CAJAS, PRODUCTOS FINANCIEROS Y DE SEGUROS (ADICAE).

En el año 2010, La Asociación de Consumidores y Usuario de Bancos, Cajas, Productos Financieros y de Seguros (en adelante, ADICAE), interpuso una macrodemanda contra 101 entidades financieras para eliminar las cláusulas suelo de las hipotecas, entre ellas, Caja de Ahorros Aragón. ADICAE solicita en su demanda la eliminación sin condiciones de las cláusulas suelo y la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por la aplicación de los «suelos».

Esta demanda es conocida coloquialmente como «demanda tapón», ya que durante estos cinco años que lleva pendiente de Sentencia, ha servido a las entidades bancarias para intentar paralizar las demandas individuales de los consumidores.

Las entidades bancarias demandadas aprovechándose de la pausada tramitación de la macrodemanda, en el momento procesal de la Audiencia previa o la contestación a la demanda, solicitan la suspensión de la tramitación del presente procedimiento hasta que se dicte sentencia en los autos de juicio ordinario de los que conoce el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, bajo el número de autos 471/2010, alegando la existencia de un supuesto de prejudicialidad o litispendencia.

La aceptación de esta figura procesal por parte del tribunal implica en el mejor de los casos el sobreseimiento del proceso, es decir, concluye, litispendencia; y en el peor de los casos el procedimiento se suspende hasta que existe sentencia firme, prejudicialidad. Sin embargo, no existe una doctrina uniforme en toda la planta judicial a la hora de resolver estos procedimientos.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013.

Resolver jurídicamente la consulta planteada nos obliga a realizar unas consideraciones generales y básicas sobre las consecuencias trascendentales determinantes de la sentencia del Tribunal Supremo, condicionantes para el resto de Juzgados y Tribunales.

3.1. ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES.

La tutela procesal civil para la defensa de los intereses de los adherentes a contratos con condiciones generales de la contratación se articula mediante el ejercicio de acciones individuales y acciones colectivas¹. Estas acciones se encuentran reguladas principalmente en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se complementa con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, además, cuando el adherente es consumidor, con lo previsto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores.

Existen numerosas descripciones doctrinales más o menos precisas del concepto jurídico de acción colectiva. Pero a efectos prácticos nos centraremos como punto de partida en la siguiente reflexión que la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, realiza en su Sentencia de 12 de enero de 2006, Rec. 545/2005, para ilustrar la comprensión de tan polifacética institución procesal. Indica la referida resolución lo siguiente:

«La defensa de intereses colectivos trasciende de la tradicional concepción del

¹ Cuenca Casas considera que para la defensa de los consumidores y usuarios el ejercicio de las acciones individuales es inoperante en términos de costes por lo que el desequilibrio de medios existentes entre el consumidor y la «gran empresa». Por ello entiende que la tutela colectiva, pese a que su regulación es compleja en la LEC, es la única vía eficaz para defender estos intereses, en M. Cuenca Casas, *Defensa colectiva de los consumidores y protección de datos personales*. Blog sobre la actualidad jurídica y política, de 15 de octubre de 2014.

proceso civil como medio de resolución del conflicto de intereses particulares y privados, proyectándose en el derecho procesal y sustantivo como instrumento adecuado de tutela y satisfacción de intereses que afectan a una pluralidad de individuos de difícil determinación, tanto en el plano de los demandantes como, en su caso, de demandados, y que, por tanto, precisa de una regulación especial como tales acciones colectivas, en aras a evitar la repetición innecesaria de litigios, aportando seguridad jurídica en el conjunto de relaciones de esa índole, que afectan a los sujetos intervinientes».

En cuanto a las acciones colectivas ejercitables en materia de condiciones generales de la contratación, la Ley distingue tres acciones: de cesación, retractación y declarativa (art. 12 LCGC).

«1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

3. La acción de retractación tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

4. La acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda

conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 de la presente Ley.»

Por lo tanto, la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, pese a esto, la resolución judicial podrá determinar o aclarar, cuando lo considere necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. Según considera Vela Torres, la acción de cesación conlleva la petición de nulidad de la cláusula litigiosa, pues entiende que para que se declare su no utilización, es necesario que previamente se declare nula; de forma que, siguiendo al referido autor, la nulidad de la condición general se configura como presupuesto necesario para la viabilidad de la acción de cesación².

Por su parte, la acción de retractación tiene por objeto la obtención de una sentencia que declare o imponga al demandado, sea o no el predisponente, por un lado, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y, por otro, de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

Finalmente, la acción declarativa se dirige a obtener una sentencia por la que se reconozca una cláusula como condición general de la contratación y, en su caso, ordene su inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

Respecto de las acciones individuales, la Ley contempla dos tipos: acción de no incorporación de la condición general al contrato y la acción de nulidad.

Mediante el ejercicio de la acción de no incorporación de la condición general al contrato, el adherente puede solicitar que se tenga por no incorporada al contrato la cláusula que no ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas en los términos previstos en el art. 5 LCGC; o el adherente puede solicitar que no se incorporen al contrato las condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles, salvo en

²Vela Torres. P.J, *Condiciones generales de la contratación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 615.

cuanto estas últimas, que hubiesen sido expresamente aceptadas por escrito en el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Por otro parte, la acción de nulidad de la condición general se regula en el art. 8 de la referida Ley, la cual distingue por un lado la nulidad de las condiciones generales que contradigan lo dispuesto en la meritada Ley, o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, art. 8.1; y por otro lado la nulidad de las que sean abusivas, cuando el contrato celebrado con el consumidor³. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sanciona con la nulidad de pleno derecho las cláusulas abusivas y por lo tanto, se tendrán por no puestas, art. 83 TRLGDCU.

3.2. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.

La acción colectiva implica la posibilidad de que se produzca una acumulación de acciones conforme al art. 71.1 LEC «La acumulación de acciones admitida producirá en efecto de discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia declarando el párrafo segundo que el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra los demandados aunque provenga de diferentes títulos siempre que entre ellas no sean incompatibles entre si».

Atendiendo al tipo de conexión que exista entre las acciones acumuladas nuestra Ley distingue la acumulación objetiva de acciones, art 71 LEC, y la acumulación subjetiva de acciones, art. 72 LEC.

Procede la acumulación objetiva de acciones cuando el actor ejercita varias acciones contra el mismo demandado, de forma que las partes coinciden, pero difieren los elementos objetivos «*petitum* y *causa a pedir*», no obstante es necesario que las acciones acumuladas no sean incompatibles entre sí.

³ Moreno García. L, *Cláusulas suelo y control de transparencia*. Marcial Pons. Madrid, 2015, pp. 155-156

El art. 72 LEC al regular la acumulación subjetiva de acciones señala «podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre estas exista un nexo por la razón de un título o causa a pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismo hechos». El efecto principal de la acumulación es que todas las acciones acumuladas en la demanda se discutirán en un mismo procedimiento y se resolverán en una única sentencia. La acumulación subjetiva se da cuando existe una pluralidad de demandantes, demandados o de ambos, es decir, varios demandantes accionan contra un único demandado, un solo demandante contra varios demandados, o existe pluralidad en ambas partes. A diferencia de la acumulación objetiva, en la subjetiva la conexión es de los elementos objetivos, pues los sujetos son diferentes.

Para poder acumular acciones es necesario que se cumplan los requisitos legales previstos en los arts. 71 y siguientes de la norma. Según la doctrina mas autorizada⁴, estos requisitos pueden clasificarse en requisitos de fondo y requisitos procesales. En relacion a los primero, para que proceda la acumulación de acciones es necesario que exista compatibilidad entre las acciones a acumular, salvo que la acumulación sea eventual, y además, cuando la acumulación se subjetiva es necesario que entre las acciones exista un nexo por razón del titulo o causa a pedir⁵.

En cuanto a los requisitos procesales, el art. 73.1 LEC distingue, a su vez, tres requisitos. El primero de ellos, relativo a la jurisdicción y competencia del órgano jurisdiccional, supone que el tribunal que deba conocer de la accion principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o la cuantía. En segundo lugar, la Ley requiere homogeneidad procedimental, esto es, que las acciones acumuladas respondan al mismo tipo de juicio por razón de la materia. Finalmente, el tercer requisito se refiere a la falta de norma expresa que prohíba la acumulación de acciones.

Las asociaciones de consumidores y usuarios pueden ejercitar acciones colectivas, siendo la más apropiada en materia de cláusulas suelo la acción de cesación junto con la

⁴ De La Oliva y Díez Picazo, *El proceso civil con pluralidad de objetos*, en AAVV, *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, Madrid, Ramón Areces, 2012, pp. 458-461.

⁵ El art. 72, párrafo segundo, de la LEC señala que «el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos»

accesoria de restitución de las cantidades, como prevé el art. 12.2 LCGC: «La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. Sin embargo, la normativa de consumidores no contempla expresamente la acumulación de las acciones individuales, por lo que ha de estarse al régimen previsto en la LEC, arts. 71 y ss.

A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.»

En este sentido debemos mencionar la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 23 junio 2.005, Rec. 172/2005, en su Fundamento de Derecho Tercero, párrafo tercero en relación a la legitimación activa de la asociación literalmente reza:

«(...) La jurisprudencia del Tribunal Supremo siempre ha venido admitiendo la legitimación de las Asociaciones de consumidores y usuarios para accionar en nombre de sus representados, siendo manifestación de ello las Sentencias de la Sala Primera de 18 de mayo de 1.993 y de fecha 20 de noviembre del 1.996 que habla de la sustitución procesal del consumidor por la asociación a la que pertenece y la de 7 de noviembre del 2.003 que consideró suficiente con que con la demanda se acompañaran las peticiones de los afectados, como socios de la Unión, para que ésta entablara las reclamaciones (...)».

En definitiva, en este caso sí resulta procedente la acumulación de acciones, por cuanto las acciones de restitución y de reparación tienen por objeto restablecer la situación de las partes al momento anterior a la contratación. Y ello puede comprender la pretensión de restitución, mediante una condena dineraria a la devolución de lo ya pagado y/o la reparación mediante la indemnización de los daños y perjuicios causados.

3.3. COSA JUZGADA Y ACCIONES COLECTIVAS EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA A LOS AFECTADOS NO INTERVINIENTES EN EL PROCESO.

Los litigios en los que se entablan acciones colectivas en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios presentan importantes especialidades procesales, la más importante, la extensión subjetiva de la cosa juzgada y los efectos de esta. En estos supuestos la cosa juzgada se extiende más allá de las concretas personas que intervinieron en el proceso, afectando también a quienes sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el art. 11 LEC:

«1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios».

El fundamento de esta extensión de los efectos de cosa juzgada en los supuestos de ejercicio de acciones es diverso, fundamentalmente: la seguridad jurídica, el principio de economía procesal y la evitación de procedimientos diversos sobre cuestiones idénticas con el riesgo de sentencias contradictorias. Se trata de dotar a estas acciones colectivas una mayor eficacia y de un efecto preclusivo respecto de las posteriores reclamaciones individuales.

Con la entrada en vigor de la vigente LEC y las modificaciones operadas en ella en el año 2009, se regula un incidente, art. 519 LEC, para que en estos supuestos el consumidor pueda solicitar su reconocimiento como «beneficiario» de la sentencia e interesar su ejecución, no siendo necesario que el consumidor sea parte en el proceso que declare la nulidad de una determinada condición general de la contratación⁶.

Se crea así una suerte de macroproceso en el que debe decirse toda la problemática derivada del conflicto, evitando un rosario de procesos posteriores provenientes de sujetos distintos al demandante, todos los sujetos se verán prejuzgado por el resultado, ya sea favorable o desfavorable.

«Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados.

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquella, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que

⁶ Armenta Deu, T., *Acciones Colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 61, 72 y 89.

resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados».

Para el consumidor afectado por la sentencia no es preciso tener que interponer un nuevo procedimiento si resulta beneficiario por los pronunciamientos que en ella se realicen, le basta con interesar su reconocimiento como beneficiario *ex art. 519 LEC* y lo mismo a *sensu contrario*.

Consiste en una legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios para actuar y accionar en nombre y representación del interés general de los consumidores, de forma que los efectos de la Sentencia que se dicte en el procedimiento que los legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas entablen afectará a todos los consumidores legitimados para ejercitar esa misma acción frente a la misma entidad demandada, aunque no hayan sido parte en el proceso y tanto si los pronunciamientos le son favorables como desfavorables.

3.4. EL DOBLE FILTRO DE TRANSPARENCIA.

Las cláusulas se consideran ser abusivas si no superan un «doble filtro de transparencia», STS de 9 de mayo de 2013. De esta forma, diferencian dos tipos controles: en primer lugar, las cláusulas son sometidas al control de transparencia previsto en la LCGC cuya falta de superación conlleva a la no incorporación de la cláusula del contrato, arts. 5 y 7 de la LCGC. No obstante el Tribunal Supremo considera que las estipulaciones relativas al objeto principal del contrato, como son las cláusulas suelo, no solo están sujetas a ese control formal, sino que al describir el objeto principal del contrato e incluirse en un contrato con consumidores han de superar un segundo filtro de transparencia que se denomina «control abstracto de validez de la cláusula», cuya base legal se sitúa en el art. 80.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁷.

⁷ Moreno García. L, *Clausulas suelo y control de transparencia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.132.

Así pues, las cláusulas suelo, aun superando el primer control de transparencia que permite su incorporación al contrato⁸, cuando se insertan en contratos con consumidores quedan sometidas a un segundo control, el cual tiene por objeto «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado», FJ 12°.

El control formal de transparencia al que se someten todas las cláusulas predispuestas, con independencia de que el adherente tenga la condición de profesional o consumidor, cuya consecuencia es la no incorporación de la cláusula al contrato. Ahora bien, cuando el contrato se suscribe con un consumidor, las exigencias de transparencia e información son más rigurosas. Este segundo control posibilita que las cláusulas que describen el objeto principal del contrato puedan ser susceptibles de un juicio de abusividad.

De las sentencias podemos extraer las siguientes conclusiones que nos indican que las cláusulas analizadas no son transparentes:

- a. Falta de información suficiente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b. Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d. No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

⁸ El Tribunal Supremo desarrolla el contenido del control de transparencia como elemento para la inclusión de la cláusula al contrato en el Fundamento Jurídico 11°, si bien, considera que las cláusulas suelo cumplen los requisitos legales para ser incorporadas a los contratos. De hecho, entiende que las exigencias de información previstas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 se cumplen en la práctica habitual de la contratación bancaria, FJ 11°.

Para exponer el mecanismo de esta cláusula tenemos que partir de la base, que en los préstamos a tipo interés variable, el tipo de interés que, en cada periodo, se aplica y paga el prestatario, se determina en función, fundamentalmente, de dos elementos ciertos:

1. El tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que va fluctuando y variando en el tiempo, y por eso se utiliza para esa determinación del tipo de interés a cobrar por el préstamo. Está, o debe estar, plenamente identificado en la escritura de préstamo hipotecario, siendo el más frecuente el EURIBOR a un año.
2. El diferencial, que es una magnitud, expresada en puntos porcentuales, que se adiciona al tipo de referencia.

Así, el resultado de sumar ambos conceptos, tipo de referencia que corresponda y diferencial, representa el tipo de interés a aplicar al préstamo durante el nuevo periodo de interés, según la periodicidad pactada.

Centrándonos en el caso objeto del dictamen, la parte demandante considera que nos hallamos pues, ante una condición general de la contratación de carácter abusivo, por tratarse de una cláusula predispuesta e incorporada a una publicidad de contratos, de manera exclusiva, por una sola parte (la entidad bancaria demandada) que, en contra de las exigencias de buena de, causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales.

Argumenta que la finalidad perseguida por la entidad financiera al incorporar esta cláusula es clara: imponer al consumidor el pago de un tipo mínimo de interés cuando los tipos de referencia estén por debajo de determinados umbrales y por consiguiente protegerse a sí mismo del riesgo que le supone una bajada de lo tipos de interés.

Atendiendo a la fecha en la que se adquirió el inmueble y por la condición de profesional del sector, la demandante tenía una expectativa razonable de los intereses que iban a gravar su operación, en que el correlativo mensual no iba a sobrepasar a la

baja el límite del 3,5 previsto en la Escritura, visto lo sucedido en las anualidades precedentes.

Durante los años siguientes a la firma de la Escritura, el Euribor a un año siguió un ciclo alcista prolongado e ininterrumpido hasta el año 2009, índice de referencia sobre el que debe aseverarse:

1. En primer lugar, la evolución de los tipos de interés en una económica y, mas concretamente, de los tipos de interés de referencia que toman los bancos para sus operaciones de préstamo, no depende de la voluntad de las propias entidades sino de diversas variables que escapan del control de las mismas y que normalmente analizan los agentes que ostentan el control de la política monetaria como es, el Banco Central Europeo.

Es evidente, por tanto, que mi representada no podía conocer la evolución que iba a tener el EURIBOR en los años posteriores a la firma del préstamo hipotecario.

2. Tampoco podía prever mi representada, el notorio impacto que la crisis económica manifestada a partir del año 2008 iba a tener sobre nuestra economía, ni a las decisiones que las autoridades comunitarias iban a adoptar en materia política monetaria, inyectando liquidez en el sistema y, en consecuencia, provocando una drástica bajada de los tipos de interés al objeto de conseguir una mayor circulación de dinero.

Las 4 sentencias determinativas (STS de 18 de junio de 2012, STS de 9 de mayo de 2013, STS de 8 de septiembre de 2014 y STS de 25 de marzo de 2015) del estudio de Cláusulas suelo fijan el escenario en el que encuadrar la valoración de la inclusión de un tipo mínimo en un contrato bancario con participación de un consumidor.

Siendo apriorística la validez de las Cláusula suelo, no cabe enjuiciar las mismas desde la repercusión económica contractual, pues la Entidad financiera es libre para determinar los márgenes que de su contratación desea obtener, quedando protegida por el art. 4.2 de la Directiva 93/13.

Estos márgenes son admisibles ya que la Entidad financiera presentó a la parte demandante, parte prestataria, la información contractual necesaria, alcanzado la comprensibilidad real del tipo mínimo fijado, asumiendo la carga económica y por ende jurídica lo pactado, superándose los siguientes controles:

- CONTROL DE TRANSPARENCIA SOBRE INCLUSIÓN:

Tal y como se ha expuesto en la Escritura de Préstamo Hipotecario autorizada el 12 de abril de 2006 por el Notario Sr. García, se antepuso la información precontractual consistente en la Oferta vinculante, que cumple íntegramente la señalada regulación:

1. Existencia de información precontractual.
2. Detalle de la Escritura de préstamo: «sin que en ningún caso el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al 3,50 por ciento».

Es decir, el control de inclusión está superado, al existir información precontractual, oferta vinculante idéntica a la escritura, en la cual se reseña hasta en tres apartados el límite mínimo.

- CONTROL DE TRANSPARENCIA SOBRE CONTENIDO:

Queda asimismo superado según las siguientes aseveraciones:

1. No hay contraposición suelo-techo.
2. Todos los datos a valorar se recogen por triplicado, con identidad indubitada, y bajo redacción inequívoca, escrita y sencilla en la información precontractual y en la Escritura.
3. La ubicación de dicha limitación de interés es la prevista a tal fin en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente hasta 29 de Abril de 2012)

Anexo II.- 3. «Límites a la variación del tipo de interés aplicable.- Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

- a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo. Esta forma de

expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.

- b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.» y consta destaca con los caracteres tipográficos oportunos.

Por tanto, el tipo mínimo detallado en la Escritura fue comprendido y aceptado por la parte demandante a fin de perfeccionar la operación.

3.5. EFECTOS *EX NUNC* DE LA NULIDAD.

A pesar de declarar la nulidad de las cláusulas suelo por considerar que no superan el doble filtro de transparencia, el Tribunal Supremo limita los efectos de la sentencia señalando que la misma no tiene efectos retroactivos⁹. En consecuencia, la nulidad declarada por el Tribunal no despliega los efectos que le son propios, sino que se encuentran limitados a la fecha de la Sentencia 9 de mayo de 2013¹⁰.

El Alto Tribunal fundamenta los efectos no retroactivos de la resolución judicial en una serie de razonamientos. En primer lugar, señala la regla general que declarada una cláusula nula, los efectos de la nulidad se retrotraigan al momento de la celebración del contrato, pues lo que es nulo no produce ningún efecto «*quod nullum est nullum effectum producit*», y por tanto, los efectos producidas por la nulidad son *ex tunc*, pero a pesar de todo esto, el TS considera que procede la declaración de irretroactividad en atención al principio de seguridad jurídica consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, art. 9.3 CE¹¹, una de cuyas manifestaciones es el cumplimiento del principio de legalidad; Además de esto, el TS justifica la declaración de irretroactividad en las

⁹ Este pronunciamiento se contempla en el apartado décimo del Fallo de la STS 9 de mayo de 2013, cuyo tenor literal es el siguiente: «No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

¹⁰ En este mismo sentido es probable que vuelva a pronunciarse el Tribunal Supremo en su próxima sentencia sobre cláusulas suelo, en la que resuelve el recurso interpuesto por la entidad BBVA, según ha comunicado en su nota de prensa de 26 de febrero de 2015.

¹¹ En este sentido, el TS señala, FJ 17º, «No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho».

enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo¹². En particular, se propuso la adición de una nueva disposición transitoria con la finalidad de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria.¹³

El Tribunal Supremo, matiza que dicha retroactividad puede ser limitada fijando los requisitos para limitar la retroactividad a:

- a. la seguridad jurídica,
- b. la buena fe
- c. el riesgo de trastorno grave en el orden público económico.

En cuanto al trastorno grave del orden público económico se refiere, el Alto Tribunal sostiene que, pese a tratarse de una acción individual (y no colectiva como en el caso de la sentencia de 2013), «la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto».

Asimismo, el TS considera que los círculos interesados, esto es, los bancos, actuaban de buena fe, puesto que la nulidad de las cláusulas no se basa en su ilicitud intrínseca, sino en la falta de transparencia por la insuficiencia de información; hecho que ignoraban como causante de su ineficacia, por lo menos hasta que así lo determinó la sentencia de 2013.

A resultas de todo lo anterior, el Tribunal confirma que los intereses pagados por el cliente con anterioridad a la publicación de la sentencia de 2013, en virtud de una cláusula suelo declarada nula, no podrán ser restituidos; lo que representa un esfuerzo para unificar criterios entre los juzgados y las Audiencias y, en la medida de lo posible, frenar así el dispendio privado y judicial que esta cuestión está causando¹⁴.

¹² Enmienda núm. 2 presentada por el Grupo parlamentario Entesa Catalana de Progrés al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo (BOCG, Senado, núm. 58 de 9 de mayo de 2011. Pp.43).

¹³ Moreno García. L, *Clausulas suelo y control de transparencia*. Marcial Pons, Madrid, 2015, p.136

¹⁴ Miguel Blasco, *Los limites de los efectos retroactivos de la nulidad de las clausulas suelo*. 28 de abril de 2015.

<http://www.economiadigital.es/es/notices/2015/04/los-limites-de-los-efectos-retroactivos-de-la-nulidad-de-las-clausulas-suelo.-70374.php>

Considerando todo lo expuesto, esta parte se ampara en la doctrina jurisprudencial asentada por el TS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 139/2015 de 25 de marzo de 2015, que fija la retroactividad parcial de la nulidad afectando a los intereses pagados tras la fecha de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

4. EXCEPCION DE LITISPENDENCIA.

La litispendencia es una excepción procesal que puede alegarse en cualquier procedimiento judicial y consiste en poner de manifiesto hechos que están siendo objeto de seguimiento en la misma jurisdicción o en otra y cuya resolución puede ser crucial para la segunda. En estos casos, al alegar esta excepción y ser aceptada por el magistrado, éste último archiva procedimiento hasta que se falle a favor del primero.

Su tipificación y regulación viene en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el artículo 421, cuyo tenor dice así:

«Cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento».

El objetivo de esta institución es, al fin, impedir la simultánea tramitación de dos procesos, en aras de evitar que puedan llegar a existir dos fallos judiciales contradictorios. La sentencia dictada en los procedimientos de acciones colectivas deberá tener efectos de cosa juzgada en los procedimientos de acciones individuales incoado con posterioridad al dictado en dicha sentencia. La jurisprudencia ha sido la encargada de delimitar los requisitos que deben darse para que se de esta excepción.

Así, según reiterada jurisprudencia, entre ella la Sentencia del Tribunal Supremo 140/2012, Rec. 656/2008, establece que:

«Los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para que pueda

entenderse que concurre litispendencia son tres:

1. ° la identidad de las partes o identidad subjetiva;
2. ° La identidad del objeto del proceso o identidad objetiva, y
3. ° la pendencia de auténticos procesos, por lo que se requiere que se hayan interpuesto demandas que resulten admitidas, de acuerdo con el art. 410 LEC, y que el primer procedimiento deba acabar con una sentencia que produzca los efectos de cosa juzgada.

Diversas sentencias de esta Sala han determinado lo que debe entenderse por litispendencia. La STS 706/2007, de 11 junio, dice de acuerdo con la sentencia de 9 de marzo de 2000: "La litispendencia exige identidad subjetiva, objetiva y causal entre el pleito en que se alega y otro anterior, como recuerda la sentencia de 2 de noviembre de 1999 que reproduce lo dicho en la de 31 de junio de 1990 con apoyo jurisprudencial anterior y dice, literalmente: es una figura procesal cuya interpretación teleológica coincide plenamente con la de la cosa juzgada, pues no se puede olvidar que la litispendencia es un anticipo de dicha figura procesal de la cosa juzgada, ya que como dice la jurisprudencia de esta Sala, la litispendencia en nuestro Derecho procesal es una excepción dirigida a impedir la simultánea tramitación de dos procesos; es una institución presuntiva y tutelar de la cosa juzgada o de la univocidad procesal y del legítimo derecho de quien la esgrime a no quedar sometido a un doble litigio, y en tal sentido jurisprudencia reiterada exige que, sin variación alguna la identidad de ambos procesos, se produzca en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir. Asimismo hay litispendencia cuando lo resuelto en la sentencia del proceso anterior es preclusivo respecto al proceso posterior y así lo recoge la sentencia de 14 de noviembre de 1998 con amplio apoyo jurisprudencial al expresar, literalmente: La excepción de litispendencia trata de evitar que sobre una misma controversia, sometida al órgano judicial con anterioridad, se produzca otro litigio posterior con posibilidad de establecer resoluciones judiciales que resulten contradictorias, conforme reiterada y conocida doctrina jurisprudencial, actuando como institución jurídica preventiva y de tutela de la cosa juzgada (Ss. de 25-11-1993 y 8-7-1994). Así las cosas también cabe apreciar la excepción cuando el pleito anterior infiere o prejuzga el segundo, ante la posibilidad de dos fallos que no puedan concurrir en armonía decisoria, al

resultar interdependientes (Ss. de 17-5-1975, 22-6- 1987, 25-11-1993, 27-10-1995 y 23-3-1996). En todo caso la efectividad de la excepción impone que se trate de pleito efectivamente pendiente anterior (Ss. 30-10 y 25-11-1993 y 27-10- 1995)". La STS 942/2011, de 29 diciembre señala que "(...) nuestro sistema, de forma similar a otros próximos -así los artículos 100 del Código de Procedimiento francés, 497.1 del portugués y el 39 del italiano- reacciona frente a situaciones patológicas de pendencia simultánea de dos procesos con identidad de objetos, sujetos y causas, a fin de impedir que el segundo finalice con una sentencia sobre el fondo (en este sentido, sentencia 539/2010, de 28 julio)».

La Sentencia del TS de 18 de junio de 2007, Rec. 4441/2000, 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, lo discutido en un pleito pendiente puede llegar a interferir o prejuzgar el resultado de otro posterior, con riesgo de fallos contradictorios en asuntos independientes». Este planteamiento era admisible bajo la vigencia de la LEC/1881, por falta de previsión de un cauce propio para los casos de prejudicialidad y con el fin de conjurar el riesgo de resoluciones contradictorias, por todo ello se hablaba de «litispendencia impropia».

Hoy, con la vigente LEC, no tiene sentido hablar de «litispendencia impropia» para denunciar las situaciones de prejudicialidad civil, porque para hacer valer estas existen los cauces del art. 43: la acumulación de autos y, si no es posible, suspensión del proceso¹⁵.

En estos litigios en los que se entablan acciones colectivas en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios y acciones individuales, la cosa juzgada se extiende más allá de las concretas personas que intervinieron en el primer procedimiento, afectando también a quienes sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la LEC.

¹⁵ Cordón Moreno. F, *¿Eficacia de la acción colectiva de nulidad de una cláusula abusiva sobre las acciones de consumidores?*, Notas jurisprudenciales, 4 de marzo de 2015.

Si se interpreta literalmente el precepto 222.3 de la LEC: «La cosa juzgada afectara (...) 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», la sentencia que resuelva el litigio promovido en defensa de los intereses colectivos o difusos por una asociación 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 pueda comparecer en los mismos como parte, por medio de la intervención del art. 13, con las especialidades del art. 15 de la LEC.

La consecuencia es clara, para el consumidor afectado por la sentencia anterior no es preciso tener que interponer un nuevo procedimiento si resulta beneficiario por los pronunciamientos que en ella se realicen, le basta con interesar su reconocimiento como beneficiario *ex art.* 519 de la LEC.

En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 26 de julio de 2013, Rec. 16/2012:

« (...), por lo tanto, con independencia de la opinión que pudiera merecernos el debate jurídico planteado, no podemos eludir la apreciación de la excepción de cosa juzgada (art. 222.1 de la LEC) que ha venido siendo opuesta por dicha entidad bancaria, pues ni tiene sentido, ni resulta además legalmente admisible, volver a someter a litigio lo que ya ha sido enjuiciado, debiendo atender los interesados a las consecuencias de lo allí decidido ».

Se trata de dotar a estas acciones colectivas de una mayor eficacia y de un efecto preclusivo respecto de las posteriores reclamaciones individuales¹⁶, insistiendo en la

¹⁶ Silguero Estagnan. J, *Las acciones colectivas de grupo*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº22/2003. «El legislador español no ha recogido una eficacia limitada de la cosa juzgada a los efectos favorables o “*secundum eventum litis*” y ello a pesar de que tampoco se reconoce la posibilidad de excluirse del grupo (“opt out”). Se aparta así la solución adoptada en otros países y de la propia doctrina jurisprudencial establecida respecto de la legitimación del comunero en las comunidades de bienes que solo acoge la extensión al resto de los comuneros de los efectos de la sentencia que les sean favorables – STS 6 febrero 1984 (RJ 1984, 84)-. Con ello consigue dotar a las acciones de clase eficacia y de una

vinculación de la Sentencia para los tribunales posteriores, pues estos hechos están a la vez vinculados por los pronunciamientos de esa Sentencia anterior, como se deriva tanto de lo dispuesto para este tipo de acciones en los arts. 222.1, 222.3 y 4 de la LEC, como con carácter general en los arts. 400 y 421 LEC.

El art. 11 LEC contempla la posibilidad de personarse en el procedimiento de acciones colectivas a aquellos particulares que lo deseen, con las ventajas económicas y de otro tipo que ello supone, puesto que los gastos procesales se comparten con todos los de su misma condición. El apartado tercero de este artículo, la atribución exclusiva a las asociaciones de consumidores y usuarios, subsumiendo la acción individual en la colectiva.

En apoyo de tal postura encontramos el criterio de la AP Barcelona, sec. 15ª de 8 de mayo de 2015, Rec. 256/14, ejercitándose en estas actuaciones una acción individual de nulidad de condición general de contratación amparada en la LCGC, se solicita el sobreseimiento o archivo acorde a los arts. 11.3, 421.1 y 221.2º LEC por identidad del *petitum* de la presente causa con los Autos de Procedimiento Ordinario número 471/10 del Juzgado de lo Mercantil número once de Madrid, seguidos a instancia de Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (ADICAE) contra Caja de Ahorros Aragón y otras entidades, en cuyo Edicto de emplazamiento se llamaba a «quienes sean titulares de préstamos y/o créditos hipotecarios que incluyan cláusulas que limitan el interés variable y/o que impongan barreras que impidan, dificulten o limiten de alguna forma la bajada del tipo de interés a que esta referenciado el contrato suscrito para que hagan valer su derecho o interés individual , en este procedimiento, personándose con abogado y procurador en los términos en el art. 13 LEC 2000 (...)».

A estos efectos, la SAP Alicante de 6 de marzo de 2014, Rec. 30/2014, manifiesta que «hemos de tener en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 acerca de los efectos frente a terceros de la Sentencia dictada en un proceso en el que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa

eficacia preclusiva de las reclamaciones individuales, al tiempo que es consecuente con la consideración de los sujetos colectivos como partes del proceso. De esa forma se lleva hasta sus últimas consecuencias, la premisa de que la vinculación de la sentencia para el grupo en su conjunto es una característica esencial de las acciones colectivas».

de los consumidores: "no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación».

Esta parte, en interés Caja de Ahorros Aragón, entiende que se debe apreciar excepción de litispendencia, al entenderse que se extienden a los particulares titulares de acciones individuales los efectos de la acción colectiva con los atributos propios de la cosa juzgada, de ello se sigue la idea de que tienen vedado iniciar con posterioridad a la acción colectiva acciones de carácter individual que versen sobre el mismo objeto.

Existe identidad de objeto entre el supuesto dictaminado y el procedimiento de acción colectiva iniciado por ADICAE, ya que también se ejercito la acción de restitución de cantidades, acción que aunque tiene un carácter general debemos de considerar que incluye todas las acciones individuales, tal y como resulta de los arts. 221 y 519 LEC, estos artículos permiten y regulan la forma en la que las acciones individuales se pueden concretar en el proceso relativo a la acción colectiva. Es el interés público presente en este tipo de acciones lo que justifica la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los afectados por el fallo de la Sentencia, aunque no hubieran sido parte en el proceso, bastando simplemente que se trate de una resolución firme¹⁷.

5. EXCEPCIÓN PREJUDICIALIDAD CIVIL.

En la actualidad, se han planteado por asociaciones de consumidores acciones colectivas solicitando la nulidad de esas cláusulas suelo, entre otros, procedimiento 177/2011, Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid; de forma simultánea, se han

¹⁷ En este sentido Garnica Martín. J.F., «Las acciones de grupo en la LEC 1/2000» *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 0211, N° 6, 2001, págs. 1451-1465

ejercitadas acciones individuales, como es el presente caso, por lo distintos particulares a lo largo de todo el territorio nacional, que reclaman la nulidad de las citadas cláusulas y la devolución de las cantidades abonadas en exceso.

En estos procesos individuales, las entidades bancarias, además de alegar los motivos de fondo que consideran de interés, vienen oponiendo la excepción procesal de prejudicialidad, recogida en el art. 43 de la LEC:

«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 ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación ».

Para la resolución objeto de controversia hay que tener en cuenta que la prejudicialidad civil responde, de un lado, al tema procesal de la conexión de procesos, requiriendo al respecto que la decisión de uno constituya a su vez base lógico-jurídica necesaria para la resolución del otro. La situación de prejudicialidad civil, se da en términos generales cuando existe un litigio ante un tribunal del orden civil cuya resolución es antecedente lógico de otro proceso seguido ante el mismo orden y en este sentido lo interfiere o prejuzga, de tal modo que, sin concurrir la identidad del objeto que determinaría el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, art. 222.1 de la LEC, por su conexidad objetiva aquel proyecta sobre este una influencia condicionante. Para que la suspensión pueda ser acordada correctamente es necesario, como se deduce de la norma, que el objeto y decisión del otro litigio constituya el antecedente lógico y necesario para la resolución del segundo proceso, el que sería subordinado, es decir, que entre uno y otro proceso exista una relación de causa-efecto, de tal forma que la resolución de las pretensiones formuladas en aquel otro sea determinante para la resolución de este.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo, declarando en la sentencia de 22 de marzo de 2006, Rec. 2687/1999, que la prejudicialidad civil se produce « (...) cuando haya conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico d la decisión del otro».

El procedimiento de acciones colectivas ejercitado es un antecedente necesario del procedimiento individual, y que debe paralizarse hasta que aquel termine por sentencia firme.

Acorde al Auto de 5 de diciembre de 2012 de la AP de ZARAGOZA, se plantea la Excepción de Prejudicialidad Civil, solicitando la suspensión de las actuaciones, considerando que los Autos de Procedimiento Ordinario número 471/10 seguidos a instancia de ADICAE con Caja de Ahorros Aragón y otras entidades ante el Juzgado Mercantil Once de Madrid generan la llamada «prejudicialidad civil», reconocida en el art. 43 LEC, produciendo el primer proceso, al haber conexión entre el objeto ya citado con el que nos ocupa, siendo un antecedente lógico de la decisión del otros. Esencialmente debe examinarse la sujeción que, por razones de lógica y conexión legal, determina una prejudicialidad entre el objeto de un litigio y otro.

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, 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 retroactiva¹⁸.

¹⁸ Cordón Moreno. F, *¿Eficacia prejudicial de la acción colectiva de nulidad de una cláusula abusiva sobre las acciones individuales de consumidores?*, Nota jurisprudencial, 4 de marzo de 2015.

De esta forma se evita la posibilidad de dos fallos contradictorios que no puedan concurrir en armonía decisoria al resultar independientes, sin que baste en consecuencia con la búsqueda de colusiones idénticas para casos que presentan similitudes, aunque resulten evidentes.

Centrándonos en el supuesto objeto de dictamen, la Sentencia que se dicte en el procedimiento instado por ADICAE, será un antecedente necesario para el procedimiento que nos ocupa y que este deberá paralizarse hasta que el primero termine por sentencia firme. Es un hecho notorio que el contenido de la demanda colectiva formulada en Madrid y que la demanda es parte en el citado procedimiento y que en el caso de los autos se pide la nulidad de la cláusula suelo del contrato, por lo que aplicando un principio de seguridad jurídica y jerarquía resolutoria deberá acogerse la postura mantenida por la Audiencia Provincial de Zaragoza, acordando la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil sin perjuicio de hacer constar, como lo hace la Junta de Jueces de Barcelona que como tal suspensión, la misma puede servir de base para la solicitud de medidas cautelares: El art. 721 LEC permite a todo actor, bajo su responsabilidad, solicitar medidas cautelares, que con carácter temporal, provisionales, condicionado y susceptibles de modificación y alzamiento. Estas medidas podrán ser solicitadas basándose en el posible perjuicio que se ocasiona al actor por la suspensión del procedimiento hasta que el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, siempre que la aplicación de dicha cláusula sea económicamente significativa para el actor, y sin perjuicio de la resolución que se dicte valorando la apariencia de buen derecho.

Por su parte, el Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada, de fecha 26/06/2014 Rec. 108/2014, analizando una demanda agrupada, fundándose también en la STS de 9 de mayo de 2013 y en la existencia del previo proceso colectivo ya citado, viene a disponer que:

«Si ese control de incorporación y transparencia en esta forma de negociar (al margen por ello del contenido) también será analizado en la acción colectiva, conforme hemos dicho, y por tanto en la demanda previamente presentada por ante los juzgados de lo Mercantil de Madrid, resultará que entonces existe prejudicialidad por cuanto lo que allí se resuelva afectará a nuestro procedimiento. Si finalmente, y también, el control de contenido se realiza en

esos juzgados en los que se ha presentado demanda, entonces deberemos estar al contenido de esta cláusula en aquel y en este de tal forma que si coincide hablaremos de cosa juzgada y si no coincide o la cuestión es diferente en este proceso respecto de aquel, estaremos ante un análisis diferente pero que aún así queda pendiente del análisis de incorporación y transparencia».

6. NO EXISTENCIA EXCEPCCIÓN DE PREJUDICIALIDAD NI EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA.

No procede apreciar la prejudicialidad por el hecho de que la acción colectiva en defensa de consumidores y usuarios, que ha originado el procedimiento madrileño, no impide que los interesados, Sra. Martínez Gómez y Sr. Martín Ruíz puedan ejercer sus acciones de forma individual, lo que impide apreciar estas excepciones procesales.

Si nos fijamos en el precepto que reconoce la legitimación para la defensa de derechos e interés de consumidores y usuarios (art. 11 LEC), vemos que el primero que expresa el mismo es «sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados», para seguir reconociendo esa legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios. Es decir, que el régimen de la defensa colectiva de los consumidores que instauró en nuestro ordenamiento jurídico la LEC, no elimina, ni ha acabado con la legitimación que, de forma individual, tienen los consumidores, por lo que es claro que conviven la legitimación individual del consumidor o usuario, que puede acudir a los tribunales ejercitando acciones individuales, con la legitimación colectiva que tienen las asociaciones y consumidores y otros legitimados.

Si se admitiese la prejudicialidad, se estaría subordinando la viabilidad de las demandas individuales frente a las cláusulas abusivas a la inexistencia de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación frente a esas cláusulas, o, dicho de otro modo, que no sería posible la presentación de demandas individuales frente a cláusulas abusivas si se han presentado demandas colectivas.

La Audiencia provincial de Gerona reitera la doctrina del Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 2013, la acción colectiva no invalida la acción individual. La AP recuerda que

la acción individual de consumidores particulares contra cláusulas abusivas de empresarios y las acciones colectivas instadas por las asociaciones de consumidores no son iguales, el control no es el mismo. Las colectivas buscan determinar la validez de las cláusulas para un consumidor medio, mientras que las individuales analizan las circunstancias concretas de conocimiento del consumidor y de la información facilitada por la entidad. La acción colectiva y la individual tienen distinto régimen jurídico en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, tanto en cuanto a la duración de la acción (siendo imprescriptible la colectiva, según el art. 19 de la LCCG), en cuanto a la legitimación activa para ejercitarla (más limitada en la colectiva ex art. 16 LCCG) y en cuanto a los efectos (ex nunc en la colectiva de cesación, conforme al art. 12.2 LCCG, y *ex tunc* en la individual de nulidad, con el art. 8 LCCG). Por tanto se trata de dos acciones diferentes entre las que no nace interferencia ni perjuicio alguno, ni riesgo de resoluciones contradictorias.

La acción colectiva no prejuzga la acción individual aunque vayan sobre la misma entidad y la misma cláusula. Una aclaración oportuna porque en muchos Juzgados se estaba poniendo en riesgo las acciones individuales por la existencia de acciones colectivas, poniendo en solfa el derecho a una defensa efectiva. La ley es clara y señala que las asociaciones de consumidores tienen derecho a interponer acciones colectivas, pero añade: sin perjuicio de la legitimación de los perjudicados.¹⁹

Existe distinta óptica de enjuiciamiento entre las acciones individuales y colectivas, y en la individual deben valorarse las concretas circunstancias concurrentes, ajenas al examen abstracto de la acción colectiva. Por tanto no existe el concreto riesgo de sentencias contradictorias, que no pueden concurrir en armonía decisoria al resultar interdependientes que trata de prevenir el art. 43 LEC. Como destaca el Auto de la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, de 31 de marzo de 2014, Rec. 56/2014:

«Los intereses en juego en cada una de las acciones es distinto, tal y como hemos señalado, y tanto más cuando, como es el caso, no consta ni que los demandantes formen parte del elenco de los concretos intereses defendidos en el

¹⁹ Navas Cusi, J.A., socio director de Navas&Cusi. http://www.elderecho.com/actualidad/accion-colectiva-accion-individual_0_867750038.html

otro proceso ni tan siquiera que hayan sido llamados a ese proceso lo que, en todo caso, no puede constituirse ni en una obligación ni una carga procesal con consecuencias negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva».

En cuanto a los efectos de la cosa juzgada el artículo 221 de la LEC distingue si los consumidores afectados están determinados individualmente o si la determinación individual no es posible. Solo en el primer caso se pueden producir los efectos de la cosa juzgada, pero para ello será necesario que la sentencia declare que ha de surtir efectos no limitados a quienes no hayan sido parte en el proceso. Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiarios por aquella, el Tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena.

«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 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 acción²⁰».

²⁰ Auto número 628/12 de fecha 5 de diciembre de 2012, Ponente Sr. Martínez Areso, en rollo de apelación 513/12.

En este sentido, se ha pronunciado la AP de Zaragoza 5ª 598/2012 de 23 de noviembre, Rec. 530/2012, por no haberse acreditado la pretensión de la extensión de la declaración de nulidad:

«De acuerdo con el criterio sentado por el TS en STS nº 375/2010, de 17 de junio (LA LEY 114039/2010) , que supone una interpretación amplia de la remisión que el art. 222.3 LEC (LA LEY 58/2000) realiza al art. 11 LEC (LA LEY 58/2000), cuando se trate de acción de protección de perjudicados determinados o fácilmente determinables, como lo son los suscriptores de contratos de préstamo con una determinada entidad bancaria, ejercitada por las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 11.3 LEC (LA LEY 58/2000)), para determinar si existe identidad a efectos de cosa juzgada y litispendencia hay que atender a si la demanda incluye la pretensión de que la declaración de nulidad se extienda a quienes no hayan sido parte en el procedimiento, lo que no ha sido acreditado que ocurra en el presente supuesto».

y la de Cáceres 1ª 58/2013 de 13 de febrero, Rec. 50/2013, rechazando tanto la excepción de litispendencia, por no producir la primera sentencia en la acción colectiva eficacia de cosa juzgada en la acción individual,

«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 partes 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».

IV. CONCLUSIONES

PRIMERO.- Atendiendo a los intereses de la entidad a la que represento, la alternativa más beneficiosa para esta es solicitar el sobreseimiento o archivo acorde a los arts. 11.3, 421.1 y 221.2º de la LEC por identidad del *petitum* de la presente causa con los Autos de Procedimiento Ordinario número 471/10 del Juzgado de lo Mercantil núm. Once de Madrid, pero hay que recordar que nos encontramos en el momento procesal de la

audiencia previa, esta parte formuló escrito de opción a la demanda formulada por la parte actora en la que esta parte se oponía al correlativo de los hechos relatados por la parte actora, pero sin hacer alusión en ningún momento a la excepción de litispendencia, la cual únicamente puede ser alegada en la contestación a la demanda y ser dilucidada en la audiencia previa en el juicio ordinario.

Por todo lo anterior, esta parte no puede ampararse en esta figura procesal, al haber precluido el momento procesal oportuno para alegarla.

SEGUNDO.-Sin embargo, la prejudicialidad se puede alegar en cualquier momento, por lo que no existe impedimento alguno en alegar ésta en el momento procesal de audiencia previa, solicitando la suspensión de las actuaciones. Acorde al Auto de 5 de diciembre de 2012 de la AP ZARAGOZA, considerando que los Autos de Procedimiento Ordinario número 471/10 seguidos a instancia de ADICAE contra CAJA DE AHORROS DE ARAGON y otras entidades ante el Juzgado Mercantil once de Madrid generan la llamada «litispendencia impropia» o «prejudicialidad civil», reconocida en el art. 43 de la LEC, produciendo el primer proceso, al haber conexión entre el objeto del ya citado con el que nos ocupa, siendo un antecedente lógico de la decisión de otro. Esencialmente debe examinarse la sujeción que, por razones de lógica y conexión legal, determina una prejudicialidad entre el objeto de un litigio y otro, de tal alcance que vincula el resultado del segundo al primero (SSTS 19 de abril de 2005). Hay prejudicialidad civil cuando la resolución que pueda recaer en el proceso anterior es preclusiva respecto del posterior (SSTS 9 de marzo de 2000, 12 de noviembre de 2001) o, como decía la STS de 4 de marzo de 2002, siempre que la acción que se ejercite en el juicio preexistente constituya base necesaria para la reclamación en el segundo como cuestión prejudicial. De esta forma se evita la posibilidad de dos fallos contradictorios que no puedan concurrir en armonía decisoria al resultar interdependientes, sin que baste en consecuencia con la búsqueda de soluciones idénticas para casos que presentan similitudes, aunque resulten evidentes.

Observando el posicionamiento que están adoptando los Juzgados de lo Mercantil número uno y dos de Zaragoza en relación a acordar la suspensión del procedimiento, consideramos que esta alternativa es la más favorable para nuestro cliente Caja de Ahorros de Aragón ya que de no cambiar el buen criterio adoptado por estos Juzgados,

el juez declarará la suspensión del presente procedimiento por prejudicialidad civil con los autos 471/10 del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, haciendo constar que dicha suspensión puede servir de base para la solicitud de medidas cautelares.

TERCERO.-En caso de que el Tribunal no considerase oportuno apreciar figura de la prejudicialidad y suspender el procedimiento hasta que recaiga sentencia definitiva en el Procedimiento Ordinario núm. 471/10, esta parte propondría a los particulares suspender el curso de los autos y acudir a un procedimiento extrajudicial, concretamente a la mediación.

Entendemos que en el supuesto de que el Tribunal no apreciase prejudicialidad, debería dictar una sentencia declarando la nulidad de las cláusulas suelo si considerase que ha mediado falta de transparencia a la hora de suscribir el contrato con las partes, pero esta anulabilidad no tendrá efectos retroactivos, por lo que la entidad no tendría la obligación de restituir a los demandados las cantidades cobradas indebidamente como resultado de su aplicación, todo ello siguiendo la línea jurisprudencial a raíz de la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo.

Por todo ello, entendemos que ante este posible fallo judicial, no hay que descartar acudir a esta vía extrajudicial, en la cual las partes libremente y auxiliadas por un tercero imparcial tratarán de llegar a un acuerdo acercando posturas y estructurando libremente el desarrollo del proceso, generando una situación de confianza y acercamiento en la que si termina con acuerdo, siempre será mejor cumplir con el acuerdo llegado de forma negociada que una solución impuesta por la autoridad. Siempre respetando los principios de confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad y neutralidad.

La postura que ofrecerá esta parte en el proceso de negociación será admitir la posibilidad de considerar nulas las cláusulas suelo pero sin efectos retroactivos, de tal forma que la entidad no tendrá que indemnizar a los particulares las cantidades abonadas. Si la mediación termina con avenencia, probablemente muy similar a la del Juzgado de lo Mercantil, adquirirá fuerza ejecutiva y en caso de incumplimiento por una de las partes, podrá solicitarse su ejecución en el Juzgado que corresponda, pero hay que recordar que siempre es mejor una solución negociada entre las partes que una

impuesta, por lo siempre es más fácil cumplir voluntariamente y sin necesidad de acudir a la vía ejecutiva.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza, a 20 de diciembre de 2015.

Fdo. Paloma Gállego Sola

Alumna del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza y el Real e Ilustre Colegio de Abogados

BIBLIOGRAFÍA

Deu, T. A. (2013). *Acciones Colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Madrid: Marcial Pons.

Estagnan, J. S. (2003). Las acciones colectivas de grupo. *Revista Doctrinal Aranzadi Civi-Mercantil* .

García, L. M. (2015). *Cláusulas suelo y control de transparencia*. Madrid: Marcial Pons.

Gea, C. C. (2014). *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*. Barcelona: Bosch.
Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (2010). Madrid: La Ley.

Marqués, J. I. (06 de 10 de 2015). *www.elderecho.com*. Recuperado el 10 de 11 de 2015, de http://www.elderecho.com/actualidad/accion-colectiva-individual_0_867750038.html

Martín, J. F. (2001). Las acciones de grupo en la LEC 1/2000. *Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* , 1500.

Moreno, F. C. (03 de 2015). ¿Eficacia prejudicial de la acción colectiva de nulidad de una cláusula abusiva sobre las acciones individuales de consumidores? *Nota jurisprudencial* , 7.

Moreno, F. C. (4 de 3 de 2015). ¿Eficacia prejudicial de la acción colectiva de nulidad de una clausula abusiva sobre las acciones individuales de consumidores? *Centro de Estudios de Consumo* , 5.

Picazo, A. D. (2012). *El proceso civil con pluralidad de objetos*. Madrid.

reuters, T. (2014). *Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco?* Pamplona : Aranzadi.

Rodriguez, M. B. (28 de 04 de 2015). *www.economiadigital.es*. Obtenido de Los límites de los efectos retroactivos de la nulidad de las cláusulas suelo: <http://www.economiadigital.es/gles/notices/2015/04/los-limites-de-los-efectos-retroactivos-de-la-nulidad-de-las-clausulas-suelo-62367.php>

Torres, P. J. (2008). *Condiciones generales de la contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ANEXO JURISPRUDENCIA UTILIZADA

JURISPRUDENCIA EXCEPCIÓN LITISPENDENCIA
A. <u>TRIBUNAL SUPREMO SALA 1ª</u>
• Sentencia de 18 de marzo de 2007 (Rec. 4441/2000)
• Sentencia de 13 de marzo de 2012 (Rec. 656/2008)
B. <u>AUDIENCIA PROVINCIAL</u>
• AP de Madrid Sección 28ª de 26 de julio de 2013 (Rec. 16/2012)
• AP de Alicante Sección 8ª de 6 de marzo de 2014 (Rec. 30/2014)
• AP de Barcelona Sección 15ª de 8 de mayo de 2015 (Rec. 256/2015)

JURISPRUDENCIA EXCEPCIÓN PREJUDICIALIDAD
A. <u>TRIBUNAL SUPREMO SALA 1ª</u>
• Sentencia de 9 de marzo del 2000 (Rec. 1677/1995)
• Sentencia de 12 de noviembre de 2001 (Rec. 7873/1997)
• Sentencia de 4 de marzo de 2002 (Rec. 2988/1996)
• Sentencia de 19 de abril de 2005 (Rec. 5670/2000)
• Sentencia de 22 de marzo de 2006 (Rec. 2687/1999)
B. <u>AUDIENCIA PROVINCIAL</u>
• AP de Zaragoza Sección Auto de 5 de diciembre de 2012 nº628/12
C. <u>JUZGADO DE LO MERCANTIL</u>
• Auto de Granada de 26 de junio de 2014 (Rec. 108/14)

JURISPRUDENCIA NO ADMISIÓN EXCEPCIÓN LITISPENDENCIA NI PREJUDICIALIDAD
A. <u>AUDIENCIA PROVINCIAL</u>
• AP de Zaragoza Sección 5ª de 23 de noviembre de 2012 (Rec. 530/2012)
• AP de Cáceres Sección 1ª de 13 de febrero de 2013 (Rec. 50/2013)
• AP de Alicante Auto Sección 8ª de 31 de marzo de 2014 (Rec. 56/2014)

JURISPRUDENCIA ACCIONES COLECTIVAS

A. AUDIENCIA PROVINCIAL

- AP de Madrid Sección 11ª de 12 de enero de 2006 (Rec. 545/2005)

ACUMULACIÓN DE ACCIONES

A. AUDIENCIA PROVINCIAL

- AP de A Coruña Sección 4ª de 23 de junio de 2005 (Rec. 172/2005)

TRANSPARENCIA CLÁUSULAS ABUSIVAS

A. TRIBUNAL SUPREMO SALA 1ª

- Sentencia de 18 de junio de 2012 (Rec. 46/2010)
- Sentencia de 9 de mayo de 2013 (Rec. 485/2012)
- Sentencia de 8 de septiembre de 2014 (Rec. 1217/2013)
- Sentencia de 25 de marzo de 2015 (Rec. 138/2014)

EFFECTOS EX TUNC DE LA NULIDAD CLÁUSULAS SUELO

A. TRIBUNAL SUPREMO SALA 1ª

- Sentencia de 25 de marzo de 2015 (Rec. 138/2014)

