



## Acuerdos Tribunal Mercantil sesión de 21 de noviembre de 2014

En Barcelona a 21 de noviembre de 2014 reunidos los magistrados, personalmente o debidamente representados:

Yolanda Rios López, Magistrado-a Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona

Alberto Mata Saiz, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona

José María Fernández Seijo, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona

Luis Rodríguez Vega, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona

Florencio Molina López, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona

Francisco Javier Fernández Álvarez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona

Raúl García Orejudo, Magistrado, Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.

Marta Cervera Martínez, Magistrado-a Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona.

Bárbara Cordova-Córdoba Ardao, Magistrado-a Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona.

Juan Manuel de Castro Aragonés, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona

Magistrados de refuerzo de los Juzgados de lo Mercantil: Miguel Angel Chamorro Gonzalez, Alfonso Merino Rebollo, José María Prado Albalat, Manuel Ruiz de Lara.

El Consejo General del Poder Judicial en acuerdo de su Comisión Permanente de 15/7/2014 aprobó el Protocolo de Estatuto del Tribunal de Primera Instancia de lo Mercantil de Barcelona, cuyo objetivo fundamental es homogeneizar la interpretación de las normas en materias en la que todos los Juzgados de lo Mercantil de la Provincia compartimos la competencia, como es el caso de las condiciones generales de contratación.

En materia de condiciones generales de contratación los Jueces de lo Mercantil de Barcelona estamos resolviendo de forma diferente sobre las consecuencias jurídicas que tiene sobre el ejercicio de una acción individual de nulidad de una condición general de la contratación, el ejercicio una acción colectiva de cesación y reclamación de daños y perjuicios por una asociaciones de consumidores impugnando esa misma cláusula contra la mismos-a entidad bancaria. En unos casos se desestiman las excepciones de prejudicialidad o litispendencia, en otras se suspende el procedimiento por prejudicialidad civil y en otros se archiva el procedimiento por litispendencia. Ello se debe a que las normas no son claras en esta materia, ya que las diferentes soluciones tiene



una sólida fundamentación, pero lo cierto es que se están causando agravios comparativos graves entre los ciudadanos que acuden ante estos Juzgados.

En esta situación el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de esta Ciudad, en fecha 27 de junio de 2014, por lo tanto, antes de que la Audiencia Provincial tuviera la ocasión de resolver este tema, elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea planteando las siguientes cuestiones:

1. ¿Puede considerarse un medio o mecanismo eficaz conforme al Art. 7.1 de la Directiva Comunitaria 93/13/CE?
2. ¿Hasta qué punto ese efecto suspensivo supone un obstáculo para el consumidor y, por tanto, una infracción del Art. 7.1 de la citada Directiva a la hora de denunciar la nulidad de aquellas cláusulas abusivas incorporadas a su contrato?
3. El hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, ¿supone una infracción del Art. 7.3 de la Directiva Comunitaria 93/13/CE?
4. ¿O, por el contrario, el efecto suspensivo del Art. 43 LEC es ajustado al Art. 7 de la Directiva 93/13/CE al entender que los derechos del consumidor están plenamente salvaguardados por esa acción colectiva, arbitrando el ordenamiento jurídico español otros mecanismos procesales igualmente eficaces para la tutela de sus derechos y por un principio de seguridad jurídica?

Después de planteada dicha cuestión prejudicial la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ha dictado al menos dos autos en los que ha estimado la excepción de litispendencia. La aplicación de esta doctrina a todos los casos en los que se alega prejudicialidad o litispendencia nos llevaría al archivo definitivo de las causas en las que se estime dicha excepción, sin dar oportunidad a que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la cuestión planteada.

Logicamente eso llevaría además a la situación que los asuntos pendiente de resolver el Juzgado Mercantil nº 9 tendrían que suspenderse mientras que en los demás habría nuevamente disparidad importante de situaciones.

Con la finalidad de unificar criterios y esperar a que el Tribunal de Justicia resuelva la cuestión planteada, hemos acordado por unanimidad adoptar los siguientes criterios:

- a) En los juicios en los que se haya dictado alguna resolución sobre la prejudicialidad o la litispendencia deberá el tribunal estar a lo acordado, conforme lo previsto en el art. 207.3 LEC.
- b) No se admitirán las excepciones que se plantean después de la contestación a la demanda, conforme lo previsto en el art. 405.3 LEC, por lo tanto, el juez desestimará por extemporánea la excepción de litispendencia o la



prejudicialidad civil que se plantea después de dicho momento, cuando los hechos en los que se base sean anteriores.

c) Alegada en forma la litispendencia o la prejudicialidad en la contestación a la demanda, el juez acordará la suspensión del plazo para resolver, hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona asunto C- 381/14, en la que se plantea al Tribunal si es conforme al art. 7.1 y 3 de la Directiva 93/13 la suspensión o el archivo de un procedimiento por prejudicialidad o litispendencia con otro proceso en el que se ejercite una acción colectiva.

d) El art. 721 LEC permite a todo actor, bajo su responsabilidad, solicitar medidas cautelares, que con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptibles de modificación y alzamiento, puede consistir en ordenes y prohibiciones de contenido similar a los que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte, art. 726.2 LEC.

Estas medidas podrán ser solicitadas basándose en el posible perjuicio que se ocasiona-ocasiona al actor por la suspensión del procedimiento hasta que resuelva el Tribunal de Justicia aquella cuestión, art. 730.4 LEC, 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.

En Barcelona al día de la fecha firmado:

# AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

## SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 500/2013-3ª

Juicio Ordinario núm. 779/2012

Juzgado Mercantil núm. 4 de Barcelona

*Letis pendenci*

### AUTO núm.112/2014

Componen el tribunal los siguientes magistrados:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

LUÍS GARRIDO ESPA

BLANCA TORRUBIA CHALMETA

En la ciudad de Barcelona, a nueve de octubre de dos mil catorce.

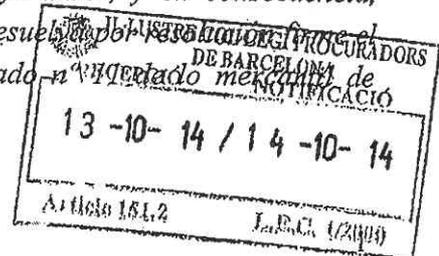
VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número al margen expresado por el Juzgado Mercantil número 4 de Barcelona por virtud de demanda de contra Catalunya Banc, S.A., pendientes en esta instancia al haber apelado los demandantes la resolución que dictó el referido Juzgado el día 24 de julio de 2013.

Han comparecido en esta alzada los apelantes:

, representados por el procurador de los tribunales Sr. y defendidos por la letrada Sra. , así como Catalunya Banc, S.A. en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. y defendida por el letrado Sr.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: «Se acuerda estimar la excepción de prejudicialidad civil planteada por el procurador Sr. en representación de Catalunya Banc, y en consecuencia, acordar la suspensión del procedimiento hasta que se resuelva el juicio ordinario nº 471/10 que se sigue ante el Juzgado nº de Madrid».



**SEGUNDO.** Contra la anterior resolución interpusieron recurso de apelación Admitido a trámite se dio traslado a la contraparte para que lo contestara, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, en la que señaló para el día 25 de septiembre votación y fallo.

Actúa como ponente el magistrado Juan F. Garnica Martín, presidente de la Sección.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO. 1.** interpusieron demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc, S.A. en solicitud de nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo que las partes tienen suscrito, así como de devolución de las cantidades indebidamente percibidas a su amparo por la entidad bancaria.

2. Catalunya Banc opuso al contestar a la demanda la excepción de prejudicialidad civil con fundamento en la existencia de un proceso previo instado por la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE) en el que se ha instado la nulidad de esa misma estipulación que incluye en sus contratos de préstamo, proceso del que está conociendo el Juzgado Mercantil núm. 11 de Madrid. También alegó la excepción de litispendencia con fundamento en los mismos hechos, alegando que se había ofrecido previamente a todos los afectados la posibilidad de intervenir en el proceso seguido ante el juzgado madrileño, ya que lo resuelto en el mismo les afectará con el efecto de cosa juzgada.

3. El juzgado mercantil razona que, si bien la cuestión es muy compleja, concurren los presupuestos para que deba ser estimada la excepción de prejudicialidad civil y ordena la suspensión del proceso hasta que se resuelva por medio de resolución firme el proceso anterior (J.O. 471/10 del Jdo. Mercantil 11 de Madrid).

4. El recurso de los demandantes se funda en las siguientes alegaciones:

- a) La demandada no ha acreditado más que la admisión a trámite de la demanda pero no que el proceso continúe vivo, a pesar del largo tiempo transcurrido.
- b) No se dan los requisitos del artículo 43 LEC.
- c) El ejercicio de una acción colectiva no impide el ejercicio de acciones individuales.

**SEGUNDO. 5.** No cuestiona la parte actora que la misma condición general que es objeto de impugnación en la demanda que dio origen a las presentes actuaciones

había sido previamente impugnada por medio de una acción colectiva ejercitada por ADICAE. Y tampoco cuestiona que el objeto de aquel proceso no se limita a la solicitud de nulidad de la estipulación sino que también se extiende a sus efectos, esto es, la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas (en su caso) por la entidad financiera.

6. Acreditado el inicio de aquel proceso no compete a la parte demandada acreditar que el mismo aún se encuentra en curso sino que debe ser quien sostiene una idea distinta quien acredite que el proceso se encuentra finalizado, cosa que no ha ocurrido pues la actora se limita a alegar que bien podría haberse extinguido, lo que no creemos que sea suficiente.

**TERCERO.** 7. Para resolver sobre las cuestiones que plantea el recurso es preciso hacer unas consideraciones previas respecto de las acciones colectivas y las normas de coordinación con las acciones individuales.

8. Las acciones colectivas son de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, pues no es hasta prácticamente el inicio de la vigencia de la LEC de 2000 hasta cuando no pueden considerarse introducidas en nuestro ordenamiento, por más que la Ley de Condiciones de la Contratación, de 1998, ya hiciera referencia a las mismas. No obstante, es la LEC el Texto normativo que introduce las normas que nos permiten hacernos una idea de cuál es su régimen procesal.

9. El examen de esas normas, que se encuentran dispersas en todo su articulado (arts. 6, 7, 11, 15, 76, 78, 221, 222 y 519 LEC), pone de manifiesto que se trata de una regulación que deja abiertas muchas dudas al intérprete, como efectivamente ha ocurrido. Entre esas dudas se encuentra el régimen de compatibilidad y/o coordinación con las acciones de carácter individual con las que esas acciones pueden entrar en colisión.

10. Las opciones que se ofrecían al legislador eran sustancialmente dos:

a) El sistema norteamericano (*class actions*), que establece la afectación de la acción individual como consecuencia de la acción colectiva, tanto en sentido favorable como desfavorable, y que extiende la cosa juzgada a todos los integrantes del grupo de los afectados, si bien permite que a título individual pueda evitarse tal afectación mediante el ejercicio de un derecho de optar por autoexcluirse del grupo (*opt out*), mediante su expresa manifestación en ese sentido.

b) Otros sistemas, como el brasileño, que también extiende los efectos a todos los afectados, pero únicamente para el caso de que la resolución que ponga término a la acción colectiva sea favorable a los intereses del grupo. No así cuando el resultado sea adverso a los intereses del grupo.

11. Lo establecido en el artículo 222.3 LEC evidencia que nuestro legislador optó claramente 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. Y en nuestro sistema no se ha regulado el derecho de autoexcluirse del grupo, de manera que los derechos de los afectados podemos considerar que se limitan a los que resultan del artículo 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 76.2.1.º LEC) o interesar la extensión de los efectos del pronunciamiento en fase de ejecución (artículo 519 LEC).

12. Por consiguiente, si 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 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. La litispendencia se produce de forma provisional en los mismos supuestos en los que vendrá a operar el efecto negativo de la cosa juzgada, impidiendo la apertura del proceso o su continuación una vez iniciado. De manera que tiene razón la recurrente cuando alega que no se cumplen en el supuesto enjuiciado los presupuestos establecidos en el artículo 43 LEC, norma que regula la prejudicialidad civil, sino que lo que existe es identidad de objeto. Por consiguiente, lo que debió haber estimado el juzgado mercantil no es la alegación de prejudicialidad sino la de litispendencia.

13. Existe identidad de objeto en el supuesto enjuiciado porque la condición general impugnada en ambos es la misma, no es solo similar. Y también porque en la acción colectiva ADICAE no se limitó a solicitar la nulidad de la cláusula sino que también ejercitó la acción de restitución de cantidades, acción que aunque tiene un carácter general debemos considerar que incluye todas las acciones individuales, tal y como resulta de los arts. 221 y 519 LEC. Esos artículos permiten y regulan la forma en la que las acciones individuales se pueden concretar en el proceso relativo a la acción colectiva: (i) sea en la propia sentencia, mediante la concreción de la identidad de cada uno de los afectados; o (ii) en la fase de ejecución, en el caso de que en la sentencia no se hubiera hecho aquella concreción.

14. Cuestión distinta hubiera sido que el objeto de ambos procesos (el colectivo y el individual) no fueran idéntico, al menos en parte, lo que habría podido ocurrir en el caso de que en el proceso colectivo no se hubiera ejercitado la acción de restitución. En tal caso existiría litispendencia únicamente respecto de la acción declarativa de nulidad de la condición general y, en cambio, prejudicialidad respecto de la acción de restitución, en la medida en que el éxito de la misma estaría pendiente de un antecedente lógico objeto de enjuiciamiento en la acción colectiva. Aunque la existencia de esa situación de prejudicialidad no hubiera impedido al juez de la acción individual juzgar sobre ella (limitándose a la acción de restitución), el artículo 43 LEC le habilita a poder suspender el enjuiciamiento y la prudencia también justificaría que esa suspensión se produjera. Por consiguiente, solo en ese caso, que no es el nuestro, hubiera estado justificado acudir a la prejudicialidad civil para acordar la suspensión.

**CUARTO. 15.** No creemos que se oponga a esas consideraciones que justifican la apreciación de litispendencia el hecho de que no se haya privado de legitimación a los perjudicados titulares de las acciones individuales, a pesar de atribuir la legitimación para el ejercicio de acciones colectivas a otros entes, tal y como resulta del artículo 11.1 LEC. Que tengan legitimación activa los particulares afectados no significa que deban mantener abierta de forma incondicional la posibilidad de actuar en un proceso separado. Iniciada la acción colectiva su legitimación se concreta, como resulta de lo establecido en el artículo 15 LEC, en intervenir en el proceso en el que se sustancia la acción colectiva para hacer valer en él su derecho o interés singular, tal y como expresa ese precepto en su apartado 1.

16. Y tampoco creemos que resulte afectación alguna relevante desde la perspectiva del artículo 24 CE, pues no se restringe la legitimación de los afectados sino que únicamente se condiciona el ejercicio de las acciones individuales de una forma concreta y determinada (acumulada a otras, las colectivas), de manera que permita conciliar esos derechos individuales con los de los demás afectados. Por consiguiente, nos encontramos ante normas de organización procesal que pretenden salvaguardar el interés general (los intereses colectivos) respetando el buen orden procesal (la cosa juzgada).

**QUINTO. 17.** La cuestión objeto de este recurso forma parte del orden público procesal, de forma que tanto el órgano de la primera instancia como el de la segunda pueden apreciarla de oficio. Ello nos autoriza a ir más allá de lo que los términos del recurso permiten para modificar el contenido del pronunciamiento recurrido y establecerlo en términos más onerosos incluso para la parte recurrente, dado que lo procedente no es solo la suspensión del proceso sino su archivo, consecuencia de la apreciación de la concurrencia de litispendencia.

Insistimos en que el principio de prohibición de la reforma peyorativa debe ceder ante cuestiones de orden público procesal como la que enjuiciamos. Si nos limitáramos a desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida estaríamos dando lugar a un equívoco inadmisibles, por incompatible con el efecto negativo de la cosa juzgada: cuando finalice el pleito anterior como consecuencia de haber recaído una sentencia firme no podrá reiniciarse este proceso sea cual sea el resultado de la acción colectiva. Por ello estimamos que no podemos dar lugar a la creación de una situación equívoca que nada favorecería los intereses de los consumidores afectados.

**SEXTO. 18.** Aun cuando el recurso debe ser desestimado sustancialmente creemos que no debe hacerse imposición de las costas del mismo, fundándonos para ello en la dificultad y dudas de derecho que entraña el enjuiciamiento de la cuestión debatida, de la que es muestra la diversidad de criterios que aplican los tribunales.

## PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por  
contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 4 de Barcelona  
de fecha 24 de julio de 2013, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo;  
no obstante lo cual, modificamos de oficio la resolución recurrida apreciando que no  
concorre prejudicialidad sino litispendencia, de manera que procede el archivo de las  
actuaciones.

No hacemos imposición de las costas del recurso apreciando dudas de derecho.

Contra la presente resolución no cabe recurso extraordinario alguno conforme a  
la Disposición Final Decimosexta de la LEC.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de  
esta resolución, a los efectos pertinentes.

Así lo pronuncian mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados  
componentes del tribunal, de lo que doy fe.

# AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

## SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 178/2014-2ª

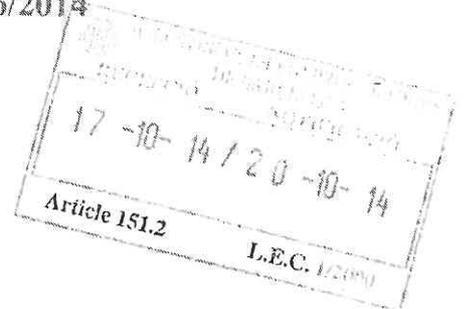
Juicio Ordinario núm. 142/2013

Juzgado Mercantil núm. 5 Barcelona

**SENTENCIA núm. 326/2014**

### Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN  
LUÍS GARRIDO ESPA  
BLANCA TORRUBIA CHALMETA



En la ciudad de Barcelona, a trece de octubre de dos mil catorce.

**VISTOS** en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 5 de esta localidad, por virtud de demanda de \_\_\_\_\_ contra Cajamar Caja Rural, S.C.C. (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) pendientes en esta instancia al haber apelado Cajamar Caja Rural S.C.C. (en adelante Cajamar) la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 9 de julio de 2013.

Han comparecido en esta alzada la apelante Cajamar, representada por la procuradora de los tribunales \_\_\_\_\_, así como \_\_\_\_\_ en calidad de apelada, representadas por la procuradora Sra. \_\_\_\_\_

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: <<ESTIMO LA DEMANDA interpuesta por la representación de

contra CAJAS RURALES UNIDAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO (anteriormente CAJAMAR) por lo que:

- (i) Declaro la nulidad de pleno derecho y no incorporación al contrato de préstamo hipotecario de 29 de marzo de 2007 de la cláusula cuarta que determina un interés mínimo (cláusula suelo) y un máximo (cláusula techo).
- (ii) condeno a la demandada a la devolución al prestatario de la cantidad de 5.559,57 euros, importe cobrado de forma indebida por la demandada hasta la fecha de la demanda cobrada en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados y las que se hayan pagado con posterioridad en aplicación de la cláusula declarada nula.
- (iii) No es procedente la condena al pago de las costas causadas”

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Cajamar. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 8 de octubre.

Actúa como ponente la magistrada suplente Blanca Torrubia Chalmeta

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.** 1. La interpusc demanda contra Cajamar solicitando la nulidad de pleno derecho y no incorporación al contrato de préstamo hipotecario de 29 de marzo de 2007 de la cláusula cuarta que determina un interés mínimo (cláusula suelo) y un máximo (cláusula techo); la condena a la demandada a la devolución al prestatario de la cantidad de 5.559,57 euros, importe cobrado actualizada a fecha de pronunciamiento de sentencia en base a las cuotas devengadas hasta la fecha, con sus intereses legales devengados desde el cobro de lo indebido. Cajamar se allanó a las pretensiones de los demandantes en cuanto a la nulidad de la “cláusula suelo” si bien, sobre la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, se opuso a que lo pagado por la actora hubiera de ser devuelto.

2. La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de la cláusula “suelo” y condenó a Cajamar a eliminarla del contrato de préstamo, a pagar a los demandantes 5.559,57 euros por aplicación indebida de dicha cláusula, a pagar las cantidades que pudieran devengarse con posterioridad por aplicación de la cláusula declarada nula y los intereses legales moratorios de la cantidad resultante. El juzgado mercantil, al haberse producido el allanamiento de la demandada en lo relativo a la nulidad de la “cláusula suelo”, se centra en determinar si resulta procedente o no la devolución de las mencionadas cantidades.

3. El juzgado mercantil entiende que la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 no es aplicable al caso por las siguientes razones:

- porque la propia sentencia niega en sus fdtos 298 a 300 la eficacia ultrapartes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad.
- porque no se ejercitó una acción declarativa de nulidad y de condena a las partes demandadas, como en el caso de autos, sino una acción colectiva de cesación cuyos efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro.
- porque, en el caso de autos, por la dimensión de la reclamación, no se quiebra ni se pone en riesgo la seguridad jurídica.
- porque resulta aplicable el art. 1303 CC, con lo que procede la restitución de las prestaciones derivadas de la nulidad.

4. Cajamar (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) en su recurso, invoca la cosa juzgada y solicita que se revoque y quede sin efecto el pronunciamiento contenido en el apartado (ii) de la sentencia del juzgado mercantil de 9 de julio de 2013 en cuya virtud se le condena a la restitución de la suma de 5.559,57 euros con sus intereses, circunscribiendo el mismo únicamente a las cantidades abonadas desde la interposición de la demanda.

5. La parte recurrida solicita la confirmación de la resolución recurrida en todos los pronunciamientos de la parte dispositiva con expresa imposición de costas a la recurrente.

**SEGUNDO.** 6. Esta Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada a propósito de la STS de 13 de mayo de 2013 (Auto 103/2014, de 7 de septiembre de 2014). Este efecto negativo, tal y como se recuerda en dicho Auto, es apreciable de oficio. En este contexto, la STS 459/2013, de 1 de julio, señala:

<<La resolución de la excepción de cosa juzgada se contempla en el trámite de audiencia previa, en los artículos 416 y 421 de la LEC, siempre que concurren los requisitos de orden material señalados en el artículo 222.

No obstante, la Ley de Enjuiciamiento Civil considera la cosa juzgada como una *excepción apreciable de oficio cuando es evidente su existencia*, toda vez que trasciende del mero interés particular de las partes, para situarse decididamente en la esfera del interés público y constituir una manifestación el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTS 372/2004, de 13 mayo, 277/2007, de 13 de marzo, 686/2007, de 14 de junio, 905/2007 de 23 julio, 422/2010, de 5 de julio). Supone, por consiguiente, que el hecho de que no se hubiera planteado formalmente y no haya sido resuelta en dicho trámite procesal, no impide que pueda estimarse de oficio en la sentencia, si en este momento se aprecia la concurrencia de los requisitos exigidos, sin que el hecho de que no lo haga o de que lo haga determine la incongruencia de la sentencia, sino la infracción en su caso de las reglas que sobre la cosa juzgada se establecen en el artículo 222 del Código Civil>>.

**TERCERO.** 7. Entendemos que en el presente caso son apreciables los requisitos de la cosa juzgada en su vertiente negativa o excluyente, de conformidad

con lo dispuesto por el art. 222 LEC y teniendo en cuenta el alcance subjetivo de las sentencias que resuelven demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios con la legitimación a que se refiere el art. 11 LEC, en los términos que prevé el art. 221 LEC. Y, tal y como se argumenta en el Auto 103/2014 de 7 de septiembre de 2014:

7. A) Los demandantes, invocando su condición legal de consumidores o usuarios, pretenden la declaración de nulidad de la condición general de la contratación que establece la denominada “cláusula suelo” (párrafo final de la cláusula financiera CUARTA de la escritura pública de préstamo hipotecario suscrita con Cajamar el 29 de marzo de 2007), dado su carácter abusivo, al amparo de la legislación protectora de los consumidores y usuarios y de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, así como la condena a la devolución de las cantidades percibidas por Cajamar en aplicación de dicha cláusula.

B) La referida STS 241/2013, de 9 de mayo, aclarada por Auto de 3 de junio de 2013, resuelve el recurso de casación interpuesto por Ausbanc Consumo contra la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 7 de octubre de 2011, dictada en el procedimiento promovido por dicha asociación de consumidores y usuarios contra Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas; S.C.C.) y otras entidades de crédito, en el que ejercitaba, con la legitimación extraordinaria que otorga el art. 11 LEC, la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación (art. 12 LCGC) y solicitaba que fuera declarada la nulidad, por tener carácter abusivo, de las condiciones generales de contratación descritas en los hechos de la demanda, consistentes en las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable celebrados con consumidores y usuarios que establecen un tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo), con condena a eliminar dichas cláusulas y a abstenerse de utilizarlas en el futuro.

La sentencia del TS, que estima la legitimación de dicha asociación de conformidad con el art. 11.1 LEC y art. 16 LCGC, se pronuncia sobre la nulidad de las referidas cláusulas en los siguientes términos:

<<FALLO:

*Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 [3, 4 y 5] del antecedente de hecho primero de esta sentencia por*

*a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.*

*b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*

*c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.*

*d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.*

*e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.*

*f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.*

*Octavo: Condenamos a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG Banco S.A.U. a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.*

*Noveno: Declaramos la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. demandadas, concertados con consumidores en los que se hayan utilizado las cláusulas cuya utilización ordenamos cesar y eliminar.*

*Décimo: 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. (...)>>*

C) La cláusula cuya nulidad se pretende en la demanda que conocemos (párrafo final de la cláusula financiera CUARTA de la escritura pública de préstamo hipotecario de 29 de marzo de 2007) y que establece: “No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al quince enteros por ciento (15%) anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al tres enteros y veinticinco centésimas de entero por ciento (3,25 %) nominal anual”, es idéntica a una de las cláusulas, dispuesta por Cajamar, cuya nulidad era pretendida en la demanda de Ausbanc Consumo siendo objeto de análisis dicha cláusula y sus circunstancias de incorporación al contrato por la sentencia del TS y declarada nula en el pronunciamiento séptimo del Fallo donde se recogen tales circunstancias.

8. La cláusula objeto del presente procedimiento –así lo estimamos– es incorporada al contrato concurriendo las mismas circunstancias contextuales que en las escrituras otorgadas por Cajamar que fueron aportadas con la demanda de Ausbanc Consumo, y que el TS analiza en su sentencia concluyendo con la declaración de nulidad e inordinándolas en el pronunciamiento séptimo del fallo, el cual (aclara el Auto de 3 de junio de 2013 en su fundamento nº 11) identifica seis motivos diferentes

cuya conjunción ha determinado que las “cláusulas suelo” analizadas fuesen consideradas no transparentes y por ello nulas.

La recurrente reconoce el efecto positivo de la cosa juzgada al referirse a Cajamar, en su oposición al recurso de apelación, como una de las entidades condenadas por el Tribunal Supremo a eliminar las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario.

9. La STS también contiene un pronunciamiento sobre los efectos de la declaración de nulidad en relación con las cantidades percibidas por la entidad de crédito por aplicación de la cláusula controvertida:

*“Décimo: 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”.*

En la demanda de Ausbanc Consumo no se solicitaba la restitución de las cantidades ya pagadas por aplicación de la cláusula, pero el pronunciamiento al respecto que contiene la sentencia responde a la pretensión introducida en el debate procesal por el Ministerio Fiscal (fundamentos 277 y siguientes de la STS), que interesó que se precisaran los efectos temporales de la sentencia, oponiéndose a su “efecto retroactivo total” ante la eventualidad de “reintegrar ingentes cantidades ya cobradas”.

La sentencia del TS atiende a esta cuestión o pretensión en el apartado 293 que señala:

*“En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:*

*a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.*

*b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.*

*c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España “[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”.*

*d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.*

*e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.*

f) *La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.*

g) *No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994 .*

h) *La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.*

i) *Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.*

j) *La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.*

k) *Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas”*

Y concluye que (apartado 294) *“consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”,* trasladando al fallo el correspondiente pronunciamiento (Décimo), como se ha visto.

La obligatoria eficacia de esta decisión judicial implica, por tanto, que Cajamar debe dejar inoperante la cláusula suelo desde la fecha de publicación de la sentencia del TS, y devolver a los prestatarios las cantidades que hubiera percibido por su aplicación sólo desde la fecha de la publicación de la sentencia del TS (9 de mayo de 2013).

10. En consecuencia, existe identidad de objeto entre aquel proceso y el presente.

Como señalamos en el Autonº 103/2014, antes citado, cuya argumentación transcribimos en los fundamentos 10 a 16 de esta sentencia, para que opere la función negativa o excluyente de la cosa juzgada, impositiva del proceso posterior, es necesario que concurra el requisito de la identidad de objeto entre aquél y el anterior, conforme dispone el art. 222.1 LEC, además de la identidad subjetiva. El objeto procesal viene constituido por la pretensión, a su vez integrada por el *petitum* y la causa de pedir, que en este caso coinciden: aquí se pide la nulidad de la cláusula suelo predispuesta por Cajamar por su carácter abusivo y la restitución de las cantidades pagadas y en aquel otro procedimiento se declara por el TS la nulidad de la misma cláusula suelo, concurriendo aquí las mismas circunstancias determinantes de la

nulidad por falta de transparencia, y se decide en la STS acerca del alcance de la restitución de las cantidades ya pagadas.

**CUARTO. 11.** Para apreciar el efecto negativo de la cosa juzgada es necesario así mismo que exista la identidad subjetiva en los términos del art. 222.3 LEC, si bien con las particularidades que introduce el art. 221 en relación con el alcance subjetivo de las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios legitimadas por el art. 11 LEC.

12. Si bien el art. 11 LEC reconoce la legitimación concurrente de los consumidores afectados y de las asociaciones de consumidores y usuarios (*“sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados...”* comienza dicho precepto), ello no supone la exclusión en todo caso de instituciones como la litispendencia o la cosa juzgada, en su vertiente negativa o bien positiva, y la prejudicialidad civil, que desplegarán sus efectos si se dan sus propios requisitos.

13. Dispone el art. 221.1 LEC que las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el art. 11 estarán sujetas a las siguientes reglas, precisando la regla 2ª que si se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

14. En coherencia con esta disposición, la STS de 17 de junio de 2010 declara que *“esta Sala entiende que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Solo así tiene sentido la previsión del artículo 221.2º LEC”*, y que *“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 acción”*.

15. Al comprender la STS 241/2013 en su objeto y pronunciamientos la declaración de nulidad de las “cláusulas suelo” dispuestas, entre otras entidades, por Cajamar en las escrituras de préstamos hipotecarios a interés variable como la que es objeto de este proceso y en similares circunstancias de incorporación al contrato, dicha sentencia extiende sus efectos a la aquí demandante, suscriptora de idéntica cláusula, de acuerdo con la regla 2ª del art. 221 LEC, sentada la identidad de objeto entre ambos procedimientos.

16. Entendemos que la STS 241/2013 contiene una declaración expresa sobre su alcance subjetivo que integra la previsión del art. 221.1.2ª LEC, en el fundamento decimonoveno (titulado “*Efectos de la declaración de nulidad*”, apartados 298, 299 y 300).

Declara, en síntesis, que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito, sino que está presente un interés general (apartado 298), y a tal fin (como en el proceso contencioso-administrativo cuando resuelve sobre la validez de una disposición general) es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el art. 222.3 LEC y proyectar sus efectos *ultra partes* como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de cláusulas abusivas, y a tal efecto se ha introducido en nuestra legislación el art. 221.1 LEC (299).

Seguidamente la sentencia razona que la proyección de sus efectos no debe ser abstracta o general *ultra partes* sino que debe quedar ceñida a “*quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos*”. Es decir –entendemos–, a las entidades de crédito demandadas que hayan incluido en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable cláusulas similares concurriendo las circunstancias que describe el punto séptimo del fallo y a los prestatarios que hayan firmado esos contratos, como la aquí demandante.

Hay, por tanto, una disposición expresa en la propia sentencia que delimita el alcance subjetivo de sus efectos, y que por imperativo del art. 221.1.2ª LEC debe ser operativa en este caso, integrando así mismo la previsión del art. 222.3 LEC: “*La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como 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*”, pues la aquí actora es titular de los derechos que fundamentan la legitimación extraordinaria de la asociación de consumidores que interpuso la demanda que fue decidida por la STS 214/2013.

17. No es ajena esta Sección a la afectación de sus expectativas económicas que esta resolución conlleva para la demandante, hoy recurrida. No obstante, el instituto de la cosa juzgada tiene carácter de orden público procesal al cual no puede sustraerse el juzgador. También debe recordarse que la propia STS de 9 de mayo de 2013, se refiere

en sus fundamentos 287 a 292 a la posibilidad de limitar la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sobre la base de que *“sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica”*.

**18.** Existiendo las identidades necesarias para apreciar el efecto negativo de la cosa juzgada procede revocar la sentencia apelada.

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación

**QUINTO. 19.** No procede hacer imposición de las costas de primera instancia al apreciarse dudas de derecho.

**SEXTO. 20.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso.

### FALLAMOS

Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Cajamar Caja Rural SCC (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 5 de Barcelona de fecha 9 de julio de 2013, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos; sin imposición de las costas del recurso y, en su lugar, apreciando cosa juzgada, desestimamos íntegramente la demanda de

No hacemos imposición de las costas de ninguna de las instancias y ordenamos la devolución del depósito constituido.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.