

EL DERECHO A LA ACCIÓN INDIVIDUAL EN LAS CLÁUSULAS
SUELO. COMENTARIO A LA STC NÚM. 223/2016 DE 19
DICIEMBRE (RTC 2016, 223)

*THE RIGHT OF INDIVIDUAL ACTION ON FLOOR CLAUSES.
COMMENT ON STC N° 223/2016, OF DECEMBER 19 (RTC 2016, 223)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 482-491



María José
CATALÁN
CHAMORRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La sentencia aquí comentada supone la última declaración por el Tribunal Constitucional de vulneración a la tutela judicial efectiva por parte de los Juzgados de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial de Barcelona ante las suspensiones y archivos de causas relativos a las cláusulas suelo. Todo ello a la espera de la resolución de un proceso colectivo sobre cláusulas suelo iniciado en 2010 ante los Juzgados de lo Mercantil nº 11 de Madrid.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas suelo, acción individual, acción colectiva, derecho a la tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: The ruling discussed is the last determination of the Spanish Constitutional Court about the right to effective judicial protection violation by Commercial Courts and Provincial Courts of Barcelona on the suspension and dismissing proceedings related to floor clauses. All of this while we are waiting for the decision of the collective action against floor clauses filed before the Commercial Court 11 of Madrid in 2010.

KEY WORDS: Floor clauses, individual action, collective action, the right to effective judicial protection.

SUMARIO.- I. Litispendencia impropia y/o prejudicialidad civil.- II. Incongruencia de la sentencia por extra petitum.- III. Interpretación extensiva del Tribunal Constitucional.- 1. Análisis del derecho sustantivo para la argumentación constitucional.- 2. Revisión de la STJUE de 14 de abril de 2016.- IV. Falta de litispendencia por ausencia de elementos esenciales.- V. Conclusión.

SUPUESTO DE HECHO

La presente Sentencia viene a proteger al consumidor que actúa a través de la acción individual para reivindicar conjuntamente una acción declarativa de nulidad de una condición general de la contratación –de las llamadas cláusula suelo- y otra de reclamación de cantidad.

Acción que se interpuso el 23 de julio de 2013 mediante juicio ordinario, frente a la entidad Catalunya Banc, S.A. y que, sin embargo, fue declarada en suspensión en primera instancia y archivada en apelación, hasta la resolución de la acción colectiva del procedimiento instado por la Asociación de usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE), para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, presentada ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid (procedimiento ordinario núm. 471/2010) donde se impugnaba, entre otras, una cláusula suelo similar a la que afectaba a la demandante.

Así las cosas, esta acción individual quedó supeditada a la decisión judicial de un proceso colectivo diferente a esta causa individual, tanto en el ámbito objetivo como en el subjetivo, donde no se tenía oportunidad de participar en plenas condiciones al haberse iniciado dos años antes de la citada suspensión. Todo ello se produjo en contra de la autonomía de la voluntad del demandante y cercenando sus posibilidades de defensa a través de una línea de defensa jurídica distinta de la que sostuvo ADICAE, vulnerando de este modo el derecho al proceso debido.

El 7 de julio de 2015 se interpuso demanda de amparo contra las dos resoluciones judiciales -Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, de 31 de marzo de 2014 (procedimiento ordinario núm. 556/2013) y el Auto de la

• María José Catalán Chamorro

Doctoranda del área de Derecho Procesal de la Universitat de València, Licenciada en Derecho (2012) por la Universidad de Córdoba, Máster oficial con perfil investigador en Comercio Exterior e Internacionalización de Empresas por la misma universidad (2013). Dentro de sus líneas de investigación se encuentra el acceso a la justicia y la legitimación de los consumidores y usuarios, así como los ODR de consumo. Correo electrónico: maria.jose.catalan@uv.es.

Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de junio de 2015, que desestimó el recurso de apelación (rollo núm. 507/2014) promovido contra la resolución anterior-.

Esta Sentencia viene a contradecir, en parte, lo dispuesto en la cuestión prejudicial civil presentada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, (STJUE 2016, 138 -Asunto Jorge Sales Sinués y Otro contra Caixabank, S.A y Otro, Sentencia de 14 abril 2016-) donde se interpreta la norma europea en el sentido que la normativa nacional obliga al juez nacional que conoce de una acción individual de un consumidor; dirigida a la declaración del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de dicha acción hasta la sentencia firme de una acción colectiva que se encuentra pendiente. Pero condiciona la suspensión al ejercicio de la acción colectiva por parte de una asociación de consumidores que solicite el cese del uso de una cláusula análoga. Lo curioso es que no se toma en consideración la pertinencia de la suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor; que presentó una demanda judicial individual ante el juez y a quien, sin embargo, no se le da la oportunidad de decidir sobre su desvinculación de la acción colectiva.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia comentada es una de las más relevantes de la línea jurisprudencial que ha marcado la reciente el Tribunal Constitucional en torno a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a consecuencia de la suspensión y sobreseimiento de procesos individuales de acciones de nulidad de las llamadas cláusulas suelo y la correspondiente indemnización por los perjuicios causados. Esta práctica habitual de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona ha sido valorada por el Tribunal Constitucional como una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva según la jurisprudencia. En concreto, merecen reseñarse las SSTC (Sala Primera), sentencia núm. 3/2017 de 16 enero (RTC 2017, 3); (Sala Primera), sentencia núm. 4/2017 de 16 enero (RTC 2017, 4); (Sala Segunda), núm. 221/2016 de 19 diciembre (RTC 2016, 221); núm. 218/2016 de 19 diciembre (RTC 2016, 218); y las SSTC (Sala Primera), núm. 207/2016 de 12 diciembre (RTC 2016, 207); núm. 209/2016 de 12 diciembre (RTC 2016, 209); núm. 208/2016 de 12 diciembre (RTC 2016, 208); y la núm. 206/2016 de 12 diciembre (RTC 2016, 206).

Todas ellas toman como base la STC núm. 148/2016 de 19 septiembre (RTC 2016, 148) donde se ahonda en la interpretación irrazonable de la ley procesal y contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –de la sentencia citada *supra*- que impide al recurrente en amparo obtener una resolución de fondo sobre sus pretensiones y estima una vulneración existente y reiterada (CORDÓN MORENO, F.: "Acción colectiva y acción individual para la tutela de los derechos de

los consumidores: Relación entre ambos procesos”, *Revista CESCO de Derecho de los Consumidores*, núm. 20, 2016).

Por tanto, son muchas las cuestiones jurídicas apuntadas por el Tribunal Constitucional sobre las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil y la Audiencia Provincial de Barcelona. Es interesante analizar sus argumentaciones respecto de los pretextos planteados y que le llevaron a vulnerar la tutela judicial efectiva de los afectados que reivindicaron sus derechos por el mal endémico de las cláusulas suelo.

COMENTARIO

I. LITISPENDENCIA IMPROPIA Y/O PREJUDICIALIDAD CIVIL.

Las excepciones procesales que han planteado los bancos demandados y que han sido estimadas por los tribunales son la litispendencia impropia y la prejudicialidad civil. Sin embargo, tal y como ha expresado el Tribunal Constitucional y otros tribunales de justicia en sus sentencias, no hay cabida para apreciar ninguna de las dos excepciones.

Por un lado, la litispendencia impropia (concepto acuñado tras la STS núm. 628/2010, de 13 de octubre) implicaría que la sentencia que recayese en el proceso precedente –colectivo de ADICAE– se hiciese extensiva a usuarios no incluidos en la demanda, de conformidad con los arts. 43 y 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta argumentación se apoya en la interpretación dada por la AP de Barcelona del art. 222.3 LEC, donde estableció 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”, amén de la estimación de inexistencia de una regulación del derecho de autoexcluirse del grupo, aun cuando de esta manera entendamos que los derechos de los afectados se limiten. Así mismo, los afectados quedarían absolutamente vetados para iniciar con posterioridad a la acción colectiva otras acciones de carácter individual que versasen sobre el mismo objeto, debido a la cosa juzgada.

Afortunadamente, la doctrina constitucional nos ampara con la prohibición de llevar a cabo interpretaciones restrictivas de los requisitos procesales que obstaculicen el acceso al proceso, con aplicación del canon del principio *pro actione* [SSTC (Sala Primera), núm. 132/2014 de 21 julio (RTC 2014, 132); núm. 75/2008 de 23 junio (RTC 2008, 75); núm. 112/2004 de 12 julio (RTC 2004, 112) y la STC (Sala Segunda), núm. 26/2008 de 11 febrero (RTC 2008, 26); entre otras]. Así, como alega el demandante, la intervención del consumidor individual en una acción colectiva ya

iniciada por una asociación de consumidores y usuarios, aunque sea una posibilidad prevista en el art. 11 LEC, no es una intervención obligatoria.

II. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA POR *EXTRA PETITUM*.

Tal y como declara el Ministerio Fiscal, la sentencia del tribunal *ad quem* adolece de incongruencia, pues la declaración de oficio de la litispendencia puede suponer la vulneración del derecho a no padecer indefensión, amén de la incongruencia de la sentencia por otorgar lo no pedido e incluso al derecho al proceso debido. Destaca además que los autos aquí impugnados “excluyen de manera arbitraria, enervante y formalista la posibilidad de acciones individuales a los perjudicados primando las acciones colectivas, sin acreditar elementos de prueba esenciales, e impidiendo el acceso a una resolución de fondo tal y como exige el art. 24.1 CE que han vulnerado”.

Las potenciales sentencias contradictorias que pudiesen surgir debido a la citada litispendencia serían igualmente imposibles debido a que los intereses en juego en cada una de las acciones son distintos. Y más cuando, como es el caso, los recurrentes no forman parte del elenco de los concretos intereses defendidos en el 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 en una carga procesal con consecuencias negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva (Recomendación UE de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión).

III. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Ministerio Fiscal se centró en la defensa de la acción individual del consumidor a través de la interpretación extensiva de los fallos judiciales. Concretamente, los fallos recurridos consideraron que con base en el inicio del art. 11.1 de la LEC “Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados (...)”, es notoria la necesidad de amparo principal y primigenio a los consumidores que actúan individualmente. Por ello, el Ministerio Fiscal califica la decisión de la AP de Barcelona como poco fundada en derecho, arbitraria y con falta de interpretación armónica de los arts. 11.1. y 15 de la LEC.

El Ministerio Público continúa su argumentación manifestando la falta de fundamentación del fallo, al adolecer de la documentación del proceso preexistente; la falta de promoción y motivación para introducir la acumulación de procesos, antes de acceder a la prejudicialidad civil, como indica el art. 43 de la LEC, así como la falta de previsión de una sentencia colectiva, donde el tribunal podría haber limitado sus

efectos solamente a quienes fueron parte en el proceso, en virtud del art. 221.1.2 LEC.

El Tribunal Constitucional, en el momento de valorar la demanda de amparo, sigue un criterio unitario, flexible, no formalista e importa así la cognición de “la vulneración constitucional denunciada y la pretensión deducida” como se desprende de su jurisprudencia [STC núm. 214/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005, 214), FJ 2 y STC núm. 123/2010, de 29 de noviembre (RTC 2010, 123), FJ 2, entre otras]. Doctrina jurisprudencial donde se prioriza la valoración de una posible vulneración de un derecho constitucional sobre la forma de presentación de la misma.

I. Análisis del derecho sustantivo para la argumentación constitucional.

Después de un análisis exhaustivo de la legislación española y comunitaria, el Tribunal Constitucional concluye tajante que “el legislador asume no solamente que el consumidor individual no necesita estar presente en las actuaciones del proceso colectivo y, por ello mismo, puede actuar al margen de él ejercitando la acción de nulidad individual en un proceso autónomo. También que, en consecuencia, no puede deducirse judicialmente ninguna privación o sacrificio a dicha acción individual, por mor de una carga de personación al proceso de cesación que no existe” [STC núm. 148/2016 (RTC 2016, 148), FJ 4 b)]. Esta sentencia, por tanto, constituye un precedente, cambiando el rumbo de la jurisprudencia de la AP de Barcelona.

La Sentencia proseguía señalando que en la legislación española, -ni siquiera en la redacción del artículo 53 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que prevé la acción de cesación en su alcance más amplio- “no fija ningún tipo de preterición, sea por la vía de la litispendencia u otra, de las acciones individuales frente a la acción colectiva de cesación, quedando indemne el derecho del interesado para impetrar la tutela autónoma de sus derechos e intereses legítimos de manera separada”. En consecuencia, no aparecen normas que habiliten al juez para acordar la exclusión o archivo del proceso de nulidad individual por la mera admisión a trámite de una acción de cesación de la misma cláusula. Así las cosas, resultan más bien claras las expresiones del legislador en sentido contrario a esa tesis restrictiva del derecho de acceso a la jurisdicción, expresada en los autos recurridos [STC núm. 148/2016 (RTC 2016, 148), FJ 4 c)].

Ni la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, ni el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, prevén la legitimación de afectados individuales para ejercitar la acción de cesación, si bien éstos podrían confiar su caso a alguna de las entidades –asociaciones de consumidores- legitimadas como pretensión acumulada, lo que en el caso aquí comentado no sucedió. Así es,

en ninguno de los procesos se ofreció a los afectados la posibilidad de acumular su causa al proceso colectivo.

En el análisis de la norma comunitaria se alude tanto a la Directiva 98/27/CE de 19 de mayo de 1998, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre acciones de cesación, como a la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, donde del sentido general de las normas se infiere una clara reserva, en todo caso, del ejercicio de las acciones individuales por los interesados, de igual forma que la normativa española.

2. Revisión de la STJUE de 14 de abril de 2016.

En la interpretación que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016 (TJCE 2016, 138) (ver más en CORDÓN MORENO, F.: "Relación entre la acción colectiva de los derechos de los consumidores. Cuestión prejudicial de Derecho comunitario: la STJUE de 14 de abril de 2016", *Centro de estudios de consumo, Publicaciones Jurídicas*, 25 mayo de 2016) hace del art. 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidor, expone el TC que se debe deducir que tal precepto se refiere a la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas «eficaces» en defensa de los consumidores, subrayando las diferencias existentes entre las acciones de cesación, que tienen carácter preventivo y finalidad disuasoria, y las acciones individuales, encaminadas a la protección de los mismos.

Añade, además, que la articulación de ambas no puede hacerse de modo que cause merma en los derechos de los consumidores (STJUE, apartado 29), debiendo cada Estado asegurar que sus reglas satisfagan los principios de equivalencia y efectividad (STJUE, apartado 32).

Pues bien, el derecho de acción del consumidor individual se considera quebrantado al producirse una vinculación de dicho derecho con el resultado de la acción de cesación "incluso cuando decida no participar en la misma", es decir, afectando a la autonomía de su voluntad y al principio dispositivo.

De conformidad con lo expuesto por el Tribunal en los autos recurridos, se ha dictado un fallo alegal, es decir, "prescindiendo del marco normativo propio de las acciones colectivas de cesación al que debía atenderse (...)". Así mismo, se le ha denegado la tutela jurisdiccional solicitada a través de la demanda de nulidad individual de cláusula abusiva, para remitir al actor al resultado de un proceso sobre acciones de cesación contra varias entidades bancarias y diversas cláusulas, iniciado, dos años antes en un Juzgado de Madrid por una asociación de consumidores.

Bajo nuestro punto de vista, la interpretación que los Juzgados y tribunales de Barcelona venían haciendo supone una grave merma de los principios procesales tales como la inmediación respecto del juez que dirimía el proceso colectivo; de contradicción e igualdad de las partes, respecto del derecho de los consumidores a ser oídos y a probar sus acusaciones a través del proceso colectivo; de aportación de parte, puesto que el actor individual al no estar acumulada su causa no puede ser oído en el proceso colectivo; de congruencia de la sentencia, por incongruencia *extra petitum* analizada *supra*; de eficacia procesal, al tener que esperar la resolución de una causa más compleja de la que el consumidor individual presenta y, finalmente, el principio de disposición, ya que la acción individual se plantea como subsidiaria del resultado del proceso colectivo, incluso en contra de la voluntad del actor.

IV. FALTA DE LITISPENDENCIA POR AUSENCIA DE ELEMENTOS ESENCIALES.

La alegación de litispendencia se desmonta en el auto recurrido debido a la falta de conexión objetiva entre ambos procesos. Y es que, aun cuando la AP de Barcelona reconoce que el objeto de la *litis* no es idéntico, se ampara en las posibles situaciones futuras de sentencias contradictorias, de imposible coexistencia jurídica. No obstante, observamos también cómo la identidad de procesos se plantea como dudosa, debido a la falta de identidad subjetiva, ya que no existe legitimación indirecta impuesta *ex lege*, puesto que el recurrente no era parte del proceso colectivo.

Así las cosas, la demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, tratando que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes, es decir, con futuros consumidores. Ahora bien, no pretende, como objeto principal de la demanda, aplicar los efectos retroactivos de nulidad en las actuaciones, ni en la indemnización por daños y perjuicios. A mayor abundamiento, lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de “su” contrato ni de las circunstancias concurrentes en su celebración. Ello supuso una limitación de las posibilidades de impugnación individual a futuros si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base a las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas.

En ambos autos recurridos se da una interpretación analógica de la norma, con la finalidad de obtener un efecto extensible de la cosa juzgada derivada de la estimación de la acción de cesación a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor. En contra de esta analogía se acaba de pronunciar el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, en su Sentencia de 16 febrero de 2017 (JUR 2017, 48020) ante la macro-causa, con más de 3.000 afectados por las preferentes, representada por la asociación ADICAE, donde se ha rechazado la acción colectiva, ya que como determina la Sentencia “el campo adecuado para hacer valer tal pretensión

es la acción de nulidad por vicio y error en el consentimiento, atendiendo a las circunstancias individuales de cada contratación”.

V. CONCLUSIÓN.

Las actuaciones judiciales de los autos recurridos pueden ser calificadas de poco diligentes ya que debía de haberse contemplado la acumulación de procesos de oficio por el tribunal a la luz del art. 76.I. 1º de la LEC, con la finalidad de evitar infringir el derecho a la tutela judicial efectiva.

En su lugar, se prefirió dictar prejudicialidad civil en los términos del art. 43 de la LEC, constituyendo una media extraordinaria y condicionada a la imposibilidad de acordar la acumulación de procesos. En este caso, se obtuvo como resultado la suspensión del proceso hasta la resolución de la acción colectiva en primera instancia. En segunda instancia, la AP de Barcelona procedió al archivo y sobreseimiento de la causa por litispendencia, aunque no se aprecia la identidad suficiente de elementos objetivos ni subjetivos con la causa colectiva con la que pretende asimilar la *litis* individual, en virtud de lo dispuesto en el art. 421.I de la LEC.