



Roj: **SAP B 3213/2015 - ECLI: ES:APB:2015:3213**

Id Cendoj: **08019370152015100104**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **08/05/2015**

Nº de Recurso: **256/2014**

Nº de Resolución: **120/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA BOET SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 256/2014 - 1ª

Juicio Ordinario núm. 210/2013

Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona

SENTENCIA núm. 120 / 2015

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

D. JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

D.ª ELENA BOET SERRA

En la ciudad de Barcelona, a 8 de mayo de dos mil quince.

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 10 de Barcelona por virtud de demanda de Dña. Marisol y Don Julio contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. pendientes en esta instancia al haber apelado el demandado la resolución que dictó el referido Juzgado el día 28 de enero de 2014.

Han comparecido en esta alzada el apelante la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por el procurador de los tribunales Sr. Ignacio López Chocarro y defendido por el letrado Sr. Francisco José López Sanz, así como los demandantes en calidad de apelados, representados por el procurador Sr. Ricard Simó Pascual y defendidos por el letrado Sr. Pablo Barroso Reyes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: « *Estimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales don Ricard Simó Pascual en nombre y representación de Doña Marisol y Don Julio y dirigida contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes UNNIM BANC, S.A.U.) y , en su virtud,*

Declaro la nulidad de la "cláusula suelo y techo" incluida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito y vigente entre las partes, dado su carácter abusivo,

Condeno a la parte demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes, UNNIM BANCS, S.A.U.) a eliminar dicha cláusula del referido.



Condeno a la parte demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes, UNNIM BANCS, S.A.U.) a devolver a los actores Doña Marisol y Don Julio las cantidades que hayan pagado en virtud de la aplicación de la cláusula anulada

Condeno a la parte demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes, UNNIM BANCS, S.A.U.) al pago a los actores Doña Marisol y Don Julio de todas las cantidades que se devenguen con posterioridad en aplicación de dicha cláusula nula.

Condeno a la parte demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes, UNNIM BANCS, S.A.U.) a pagar a los actores Doña Marisol y Don Julio los intereses legales moratorios sobre la citada cantidad, una ve determinada en ejecución de sentencia, desde la fecha de cobro de cada una de ellas hasta su completo pago.

Impongo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes, UNNIM BANCS, S.A.U.)».

SEGUNDO. Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes, UNNIM BANCS, S.A.U.). 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 votación y fallo para el día 25 de marzo de 2015.

TERCERO. Tras la deliberación se acordó dar traslado a las partes a fin de que informaran sobre la oportunidad de apreciar de oficio la concurrencia de litispendencia. Ambas partes presentaron escrito informando; la actora negando que cupiera esa posibilidad y la recurrida mostrando su conformidad en que se apreciara litispendencia.

Actúa como ponente la magistrada ELENA BOET SERRA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Términos en los que se plantea el debate en esta instancia

1. Doña Marisol y Don Julio interpusieron demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes, UNNIM BANCS, S.A.U.). 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. La entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes, UNNIM BANCS, S.A.U.). opuso al contestar a la demanda la excepción de litispendencia 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. El Sr. magistrado *a quo* rechazó la litispendencia mediante auto de fecha 5 de diciembre de 2012 que desestimaba el recurso de reposición formulado por la demandada contra el auto de fecha 6 de enero de 2013, que confirmaba, en virtud del cual se desestimó la excepción de litispendencia alegada por la demandada en su escrito de contestación a la demanda y ratificada en la audiencia previa.

3. La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de la "cláusula suelo y techo" tras concluir que no resulta acreditado que la cláusula fuera negociada individualmente y, tampoco, que los actores recibieran la suficiente información sobre las consecuencias de su aplicación, en especial de la aplicación del tipo de interés mínimo y, además, concluir que mediante la cláusula "suelo y techo", la prestamista obtuvo una posición totalmente ventajosa en relación con el prestatario. La sentencia condenó a la devolución de las cantidades pagadas por la aplicación de la referida cláusula anulada, conforme al artículo 1.303 Código Civil y a la STJUE de 21 de marzo de 2013 .

4. La demandada formula recurso de apelación alegando, primero, en relación a la declaración de nulidad de la cláusula, error en la valoración de la prueba, por resultar acreditado que los actores fueron debidamente informados de la inclusión de la cláusula suelo en su préstamo hipotecario y, segundo, con relación al pronunciamiento de condena a la devolución de cantidades (i) infracción del artículo 219 de la LEC , al haberse reservado la liquidación de la condena a la ejecución y (ii) la no procedencia de la condena conforme a las circunstancias señaladas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , en relación a los efectos de la nulidad de la cláusula.

SEGUNDO . Sobre el objeto de cada uno de los procesos

3. No se cuestiona en los autos 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, ni, tampoco, 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. Es cierto, no obstante, que la acción ejercitada en cada uno de esos procesos no es la misma, ya que en un caso se trata de una acción colectiva de cesación y en el otro una acción individual de nulidad. No obstante, como más adelante razonaremos más extensamente, ello no es inconveniente para apreciar que entre ambas existe identidad sustancial.

TERCERO. Sobre la existencia de prejudicialidad o litispendencia

4. 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.

5. Cuestión distinta hubiera sido que el objeto de ambos procesos (el colectivo y el individual) no fuera 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.

6. A ello debemos añadir, como justificación de lo que acabamos de afirmar en el fundamento anterior, que la prejudicialidad o la litispendencia, como la cosa juzgada, no cabe predicarlas del proceso sino de las concretas acciones que constituyen su objeto, lo que exige un examen diferenciado referido a cada una de ellas, no siendo admisible el examen conjunto.

CUARTO. Examen de la existencia de litispendencia

7. Creemos que existe identidad entre la acción de cesación de la cláusula suelo predispuesta por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes UNNIM BANC, S.A.U.), ejercitada en el proceso antecedente del que está conociendo actualmente el Juzgado Mercantil núm. 11 de Madrid y la acción de nulidad ejercitada en este proceso por uno de los afectados por la misma. La razón de ello, como exponíamos en nuestro auto de fecha ... (RA 411/2014), se encuentra en que el fundamento de una y otra acción es el mismo, esto es, la imputación de que la misma es nula por abusiva. De ello se deriva que el éxito de la acción de cesación determinará la nulidad de esa estipulación en todos los contratos a los que ha sido incorporada por el predisponente. Y también que su fracaso impide que la misma se pueda cuestionar por esa misma razón (la abusividad) tanto por una posterior acción colectiva como por acciones individuales. Por consiguiente, creemos que existe identidad aunque las razones expuestas en cada uno de los procesos para fundar la alegación de abusividad no sean exactamente coincidentes, siempre que el juez de la acción colectiva haya podido tomar en consideración al enjuiciarla las razones alegadas para fundar la nulidad en la acción individual. Y en el supuesto enjuiciado estimamos que esa identidad de causa de pedir en relación con cada una de esas acciones existe por dos razones distintas:

a) Los hechos alegados para fundarla son sustancialmente los mismos.

b) El juez ostenta amplios poderes de oficio para enjuiciar la abusividad, lo que sin duda que debe ser tomado en consideración para enjuiciar con flexibilidad la identidad de causa de pedir.

8. En suma, la conclusión a la que llegamos es que el objeto del presente proceso es idéntico al objeto del proceso anterior, en la medida en que en ambos se pretende la nulidad de una misma estipulación, aunque en cada uno de los procesos desde una perspectiva distinta (colectiva o individual).

9. La litispendencia (igual que la cosa juzgada), forma parte del orden público procesal, de forma que tanto el órgano de la primera instancia como el de la segunda deben apreciarla de oficio cuando hayan sido introducidos en el proceso los hechos que las justifican.

10. Por todo ello, procede dictar el sobreseimiento por concurrir litispendencia conforme a lo que resulta del artículo 421.1 LEC.



QUINTO. Otras consideraciones adiciones

11. No creemos que se oponga a esas consideraciones que justifican la apreciación de litispendencia el hecho de que la atribución de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas no prive de legitimación a los perjudicados titulares de las acciones individuales, tal y como resulta del artículo 11.1 LEC . Que tengan legitimación activa los perjudicados 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.

12. Y tampoco creemos que resulte afectación alguna relevante desde la perspectiva del artículo 24 CE pues no se restringe la legitimación de los afectados ni se les impide el acceso a la tutela sino que únicamente se establece que el ejercicio de las acciones de tutela de sus derechos se debe llevar a cabo de una forma concreta y determinada (acumulada a otras, las colectivas), de manera que permita conciliar esos derechos individuales con los colectivos de los demás afectados. Por consiguiente, nos encontramos ante normas de organización procesal que pretenden salvaguardar el interés general (los intereses colectivos) y el buen orden procesal (la cosa juzgada) que son absolutamente razonables desde la perspectiva de la correcta articulación del ordenamiento jurídico.

13. Tampoco creemos que sea justificación suficiente para apartarse de esa solución legal el hecho de que el proceso colectivo pudiera llegar a convertirse en ingobernable por sus excesivas dimensiones, como se ha afirmado por los recurrentes. Se trata de una cuestión de oportunidad práctica ante la que no puede ceder una cuestión de principio, y de orden público procesal, como la que abona que apreciemos la litispendencia, solución que pretende defender un principio constitucional esencial, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

14. Nuestro derecho positivo no establece medidas dirigidas a impedir que el ejercicio de una acción colectiva pueda convertirse en un instrumento perjudicial para los derechos del colectivo que se pretenden tutelar, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos. No obstante, ese sensible vacío regulatorio solo lo puede resolver el legislador, pero no puede justificar la aplicación de soluciones incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico procesal, entre ellas considerar que no existe afectación alguna de las acciones individuales como consecuencia del ejercicio de la colectiva.

15. No creemos que lo que argumenta la STS 241/2013, de 9 de mayo , sobre este particular sea distinto de lo que nosotros sostenemos.

Transcribimos los apartados 298 a 300 para que sirvan de contexto a nuestra propia exposición:

« 298. Como hemos declarado en la STS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 , 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. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.

299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC -[l]a 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 "- 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 las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que "[s]i 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, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".

300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes , lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos 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 » . (subrayado sobreañadido).



16. La parte del texto que hemos subrayado evidencia que sobre lo que se estaba pronunciando el TS es sobre una cuestión distinta a la que aquí se plantea, esto es, sobre la posibilidad de que el pronunciamiento anulatorio de las cláusulas suelo no quedara limitado a la entidades financieras demandadas sino que pudiera considerarse extendido a todas las entidades financieras que incluyeran en sus contratos estipulaciones similares. Por tanto, la resolución no se está refiriendo a otros legitimados activos sino a otros eventuales legitimados pasivos y no descarta incluso en tales casos (en los que es más difícil justificar la extensión de la cosa juzgada con fundamento en el artículo 222.3 LEC) la posible extensión (siempre que las cláusulas sean idénticas -no solo similares- y no se consideren completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos).

17. A ello creemos que es preciso añadir una consideración adicional: que cuando se habla de efectos de la resolución es preciso hacerlo en dos sentidos distintos, y que no conviene mezclar o confundir: (i) de una parte, en el sentido que lo hace el artículo 221 LEC , precepto que regula a quién alcanzan de forma directa los pronunciamientos, esto es, qué acciones individuales son estimadas y en qué medida; (ii) y de otra, el artículo 222.3 LEC , que regula una cuestión sustancialmente distinta, la cosa juzgada, esto es, como ha sido definida esta institución con acierto por la mejor doctrina procesal, una cualidad de los efectos de la sentencia (la invariabilidad). De esa distinción se deriva que el ámbito de uno y otro proceso no se puede identificar sino que el alcance del artículo 222.3 LEC cuando establece la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada es más extenso que el ámbito de los afectados a los que se refiere el artículo 221 LEC . En el ámbito del primero entran todos los legitimados para el ejercicio de acciones individuales, mientras que en el ámbito del segundo solo entran aquellos legitimados de los que se haya podido tener noticia cierta en el proceso hasta ese momento, que son los que la sentencia puede tomar en consideración para establecer los efectos oportunos derivados del éxito de la acción colectiva. Solo así se explica que el artículo 519 LEC también admita que el círculo de esos afectados o beneficiados se pueda seguir extendiendo durante la fase de ejecución, porque el círculo de los afectos por la cosa juzgada es más dilatado que el de aquellos a los que la resolución que pasa en cosa juzgada ha dicho. Y para ello no es preciso, al menos para el legislador, que la propia resolución disponga esa extensión sino que basta que los afectados que pretenden la extensión de los efectos acrediten, durante la propia ejecución, que su situación es la misma.

SEXTO. Costas

18. La estimación del recurso de apelación conlleva que no se impongan las costas causadas en esta segunda instancia y 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, justifica que no se impongan las costas de la primera instancia.

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (antes UNNIM BANC, S.A.U.) contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona de fecha 28 de enero de 2014, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos; y, en su lugar, dictamos otra por la que acordamos el sobreseimiento y archivo de las actuaciones por causa de litispendencia.

No hacemos imposición de las costas causadas en la primera y segunda instancia.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 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 resolución, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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

PUBLICACIÓN .- La sentencia que antecede ha sido leída y publicada por el magistrado ponente en el mismo día de su fecha y en acto de audiencia pública; doy fe.