

A VUELTAS CON LAS CLÁUSULAS SUELO. REFLEXIONES EN TORNO AL ACUERDO DE LOS MAGISTRADOS DE LO MERCANTIL DE BARCELONA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2014



Yago Vázquez Moraga. Socio de Pintó Ruiz & Del Valle S.L.P.

SUMARIO

1. Introducción
2. La Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo de 2013 y sus efectos en la jurisprudencia menor
3. Las acciones colectivas de cesación de condiciones generales de la contratación pendientes de resolución y sus efectos procesales
4. Alcance procesal del Acuerdo de los Magistrados de lo Mercantil de Barcelona de 21 de noviembre de 2014

El presente artículo pretende ofrecer una aproximación al dispar tratamiento judicial dado por los tribunales a las acciones individuales ejercitadas en relación con la posible nulidad de las llamadas cláusulas suelo (y sus consecuencias), en relación con la posible afectación de dichos procedimientos por lo resuelto o pendiente de resolver en otros procedimientos en los que también se hayan cuestionado dichas cláusulas suelo en el ejercicio de una acción colectiva.

Particularmente, en el marco del anterior escenario, se valora el alcance y los efectos procesales previsibles del Acuerdo de los Magistrados de lo Mercantil de Barcelona de 21 de noviembre de 2014.

INTRODUCCIÓN

El pasado 21 de noviembre de 2014, los Magistrados de lo Mercantil de Barcelona adoptaron un acuerdo sobre los criterios que van a seguir en el enjuiciamiento de **acciones individuales de nulidad de cláusulas suelo**. Para poder valorar la oportunidad y la trascendencia de dicho Acuerdo, es preciso recapitular y contemplar cuál era el panorama ju-

dicial existente con anterioridad a su adopción que, en el partido judicial de Barcelona, tuvo -y tiene- dos hitos fundamentales: de un lado, el **planteamiento por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona**, el 27 de junio de 2014, de una **cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)** y, de otro, la doctrina fijada por la Sección 15ª de la **Audiencia Provincial de Barcelona** a partir

de su **Auto de 9 de octubre de 2014**.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el presente comentario únicamente tiene en cuenta la problemática procesal derivada de la **diversa y contradictoria casística judicial emanada de los juzgados mercantiles**, al resolver acciones individuales fundamentadas principalmente en la **infracción de la normativa**

sobre condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación -LCGC-), pero no de las resoluciones de ámbito estrictamente civil, fundamentadas exclusivamente en la **normativa de protección de consumidores y usuarios** (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -TRLGDCU-), cuyo conocimiento es competencia de los Juzgados de Primera Instancia, y que presenta también múltiples problemas e incertidumbres, pero que exceden del limitado alcance de estas líneas.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013, DE 9 DE MAYO DE 2013 Y SUS EFECTOS EN LA JURISPRUDENCIA MENOR

El azote de la crisis y las diversas **bajadas de los tipos de interés** acordadas por el BCE trajeron consigo la **caída del EURIBOR**, principal índice de referencia de las hipotecas en España. No obstante, quienes tenían suscrito un préstamo hipotecario pronto se dieron cuenta de que, a pesar de que dicho índice se encontraba en mínimos históricos, **el banco les estaba aplicando un tipo fijo muy superior al del índice de referencia**. Fue así como muchos se percataron de que su **hipoteca incluía las llamadas “cláusulas suelo”**, lo que terminó derivando en la interposición masiva de demandas contra las



LEGISLACIÓN

www.ksp.es

www.bdifusion.es

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas Básicas. Marginal: 12615)
- Arts.; 221, 222.3, 15, 76.2.1º, 221.1.2º, 43, 207.3
- Código Civil. (Normas Básicas. Marginal: 3716). Art.; 1.303
- Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (Legislación General. Marginal: 56000)
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. (Normas Básicas. Marginal: 3638)
- 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. (Normas Básicas. Marginal: 69858). Arts.; 53-56

entidades crediticias que, para garantizar un rendimiento mínimo de esos activos financieros (los créditos hipotecarios) habían predispuesto dichas

cláusulas en sus contratos.

En ese estado de cosas, tras un primer tiempo de incertidumbre jurídi-

“El Tribunal Supremo en nota informativa de 25 de febrero de 2015 reconoce los efectos restitutorios de las cantidades ya abonadas de cláusulas declaradas nulas a partir del 9 de mayo de 2013”

“El planteamiento simultáneo de acciones individuales y colectivas ha generado una jurisprudencia contradictoria en torno a la cosa juzgada, la litispendencia y la prejudicialidad civil”

ca, fruto de la distinta interpretación y resolución dada por los distintos juzgados a la problemática de las cláusulas suelo, el **Pleno del Tribunal Supremo** dictó su **Sentencia 241/2013, de 9 de mayo**, por la que **estimó una acción de cesación** (arts. 53-56 TRLGDCU) planteada por la asociación de consumidores AUSBANC contra 3 entidades bancarias, **declarando nulas por abusivas las cláusulas suelo allí analizadas**, por **no cumplir los requisitos de especial transparencia exigibles en los contratos celebrados con los consumidores**. De acuerdo con la doctrina fijada por el Alto Tribunal, las cláusulas suelo serían válidas únicamente

cuando superasen un **doble control de transparencia** (la cláusula debe ser comprensible no sólo de forma aislada, sino que, además, el consumidor debe ser debidamente informado, de forma clara, de la repercusión económica de dicha estipulación).

La sentencia de 2013 resultó muy controvertida, y planteó además nuevas incertidumbres y dilemas. Al margen de no dejar demasiado claro el **alcance de sus efectos a terceros no intervinientes en el proceso**, a los efectos de lo previsto en los artículos 221 y 222.3 de la LEC (pues la recurrente “*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 [los efectos] 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”), el **TS**, con una fundamentación cuestionable y en aparente contradicción con lo dispuesto por el artículo 1.303 CC (*quod nullum est nullum effectum producit*), **declaró la irretroactividad de su Sentencia**, impidiendo así la *restitutio in integrum* a los beneficiados por ésta, *sin afectar así “a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación” de la misma*.

Tal doctrina fue posteriormente confirmada por el TS en su **Sentencia (Pleno) núm. 464/2014, de 8 de septiembre** (en este caso, con un Voto Particular formulado por el Magistrado Sancho Gargallo) que, para resolver una demanda interpuesta por varios particulares (acción individual) contra BANKIA, confirmó su Jurisprudencia, **reiterando el especial requisito de transparencia que deben cumplir este tipo de cláusulas**.



ulas, sin realizar, por motivos procesales, **ningún pronunciamiento en cuanto a sus efectos** (*ex tunc o ex nunc*).

Así pues, la principal controversia surgida en relación con la doctrina fijada por el Tribunal Supremo consistió en los **efectos que habría que dar a las sentencias que, en cumplimiento de la misma, declarasen la nulidad de cláusulas suelo**. De este modo, **las distintas Audiencias Provinciales se posicionaron en dos frentes distintos**, de un lado las que aplicaban en sus sentencias este extravagante **principio de irretroactividad** (i.a. SAP Madrid (Sección 28) núm. 238/2013 de 23 de Julio, AAP Burgos (Sección 2) núm. 15/2014 28 de enero), frente a aquellas **otras que interpretaban que la doctrina del TS no era aplicable a las acciones individuales**, que respondían a causas de pedir distintas a las acciones colectivas y, además, no podían generar ningún riesgo de *“trastornos graves con trascendencia al orden público económico”*, como ocurría en el caso de las acciones colectivas (i.a. SAP Barcelona (Sección 15) núm. 453/2013 de 16 de octubre, SAP Málaga (Sección 6º) núm. 185/2014 de 12 de marzo).

Al momento de escribir estas líneas parece que este desconcierto toca a su fin, por cuanto **en fecha 25 de febrero de 2015 el Tribunal Supremo ha publicado anticipadamente el fallo de dos sentencias dictadas en relación con las cláusulas suelo, por las que confirma su anterior doctrina**. Además, en una de ellas (BBVA) matiza que *“el efecto restitutorio de las cantidades ya pagadas en virtud de cláusulas suelo declaradas nulas por falta de transferencia se producirá desde la fecha de la publicación de la sentencia de la propia Sala, de 9 de mayo de 2013”*. No obstante, sin conocer los fundamentos de dicho fallo, resulta imposible reali-

“En el propio Acuerdo de 21 de noviembre de 2014 los Magistrados parecen invitar a los afectados a formular “bajo su responsabilidad” una solicitud de medidas cautelares de tipo anticipatorio”



JURISPRUDENCIA

www.ksp.es
www.bdifusion.es

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 9 de octubre de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013, Nº Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de septiembre de 2014, núm. 464/2014, Nº Rec. 1217/2013, (Marginal: 2462607)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 23 de julio de 2013, núm. 238/2013, Nº Rec. 316/2012, (Marginal: 2443203)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 28 de enero de 2014, núm. 15/2014
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 16 de octubre de 2013, núm. 453/2013
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 12 de marzo, núm. 185/2014
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de fecha 26 de mayo de 2014, núm. 155/2014
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 31 de marzo de 2014, núm. 18/2014, Nº Rec. 56/2014, (Marginal: 2454327)
- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada de fecha 6 de mayo de 2014

zar una valoración al respecto.

LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PENDIENTES DE

RESOLUCIÓN Y SUS EFECTOS PROCESALES

A la problemática descrita se ha sumado un nuevo factor desestabilizador que ha venido a revolver de nuevo la situación de la jurisprudencia menor,

consistente en los **perniciosos efectos que diversas acciones colectivas interpuestas por distintas asociaciones de consumidores y usuarios han tenido en las acciones individuales interpuestas por particulares**. Resulta particularmente trascendente la demanda interpuesta por la asociación ADICAE en nombre de miles de afectados por cláusulas suelo frente a casi 50 entidades bancarias que, tras numerosísimos incidentes, está conociendo el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid (autos 471/2010).

Concretamente, **el planteamiento simultáneo de acciones individuales y colectivas ha generado una jurisprudencia contradictoria** y dispar en relación con los efectos que (i) una sentencia dictada en un proceso para la tutela de intereses colectivos o, incluso, (ii) la mera interposición de una acción colectiva de cesación en relación con las cláusulas suelo, tiene respecto de una acción individual interpuesta por un particular respecto de dichas cláusulas suelo. **Controversia que gira en torno a las instituciones de la cosa juzgada, la litispendencia y la preju-**

cialidad civil, y las distintas interferencias que se pueden producir entre ellas. Así:

- **En casos en que ya existe una sentencia que ha estimado una acción colectiva** (como la STS de 2013), **algunas Audiencias han declarado la terminación del procedimiento instado por un particular** en relación con dichas cláusulas (al menos respecto de la pretensión de la nulidad, no así en todos los casos respecto de la reclamación de cantidad) al apreciar que **existe la triple identidad** necesaria para la concurrencia de **cosa juzgada** -i.a. SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 155/2014, de 26 de mayo-, mientras que otras **han desestimado la excepción de cosa juzgada**, al considerar que la acción colectiva y la individual presentan sustanciales diferencias tanto subjetivas como en cuanto a su causa de pedir -i.a. AAP Alicante (Sección 8ª) núm. 18/2014, de 31 de marzo-.

- En casos de que la **acción colectiva ha sido planteada** ante un tribunal pero todavía no ha sido resuelta, la acción individual posteriormente planteada ha conllevado, unas

veces la suspensión del procedimiento con fundamento en la concurrencia de **prejudicialidad civil** (i.a. Auto Juzgado de lo Mercantil de Granada de 6 de mayo de 2014), y, otras veces, la estimación, incluso de oficio, de la concurrencia de **litispendencia**, al presumirse (en contra de lo que advierte al respecto la propia Exposición de Motivos de la LEC) que **los efectos de las acciones colectivas se extienden por imperativo legal a los particulares titulares de acciones individuales** (lo que, de acuerdo con la interpretación conjunta de los artículos 221 y 222.3 LEC, resulta cuanto menos discutible), implicando el **archivo de los procedimientos instados por estos** (al menos en lo que a la pretensión declarativa se refiere, en el caso de que la acción colectiva en tablada no incluya también una acción de reclamación de cantidad), que **deberán estar y pasar por lo que se resuelva en dicho procedimiento** (o, de ser posible, solicitar la intervención en el mismo -art. 15 LEC- o instar la acumulación de procesos -art. 76.2.1º LEC-).

En relación con todo ello, la doctrina mantenida por la **Sección 15 de**

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es
www.bdifusion.es

BIBLIOTECA

- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2ª Edición. Actualizado. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2012

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- RAMÍREZ MORA, JOSÉ MANUEL. *Habemus jurisprudencia sobre cláusulas suelo: la esperada segunda Sentencia del Tribunal Supremo*. Inmueble Nº 148. Febrero 2015. (www.revistainmueble.es)
- MEYER, STEFAN Y ÁLVAREZ DE NEYRA, GONZALO. *Nulidad de cláusulas suelo por falta de transparencia: análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013*. Inmueble Nº 132. Junio 2013

la **Audiencia Provincial** de Barcelona, ha consistido en (i) o bien declarar la concurrencia de cosa juzgada en aquellos casos que se refieran a cláusulas suelo que fueron objeto de la STS de 9 de mayo de 2013, (i) o bien decretar el archivo del procedimiento por litispendencia, en el caso de que la cláusula en cuestión sea objeto de un proceso colectivo pendiente de fallo. Posición esta última que se presta al debate, por cuanto parece difícil que pueda concurrir una identidad subjetiva cuando, en el caso de que la acción colectiva esté “pendiente”, no puede ser posible que “la sentencia” (art. 221.1.2º LEC) haya determinado ya su alcance subjetivo.

ALCANCE PROCESAL DEL ACUERDO DE LOS MAGISTRADOS DE LO MERCANTIL DE BARCELONA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2014

En este escenario, estando pendiente de resolución la cuestión prejudicial planteada respecto del artículo 43 LEC por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona al TJUE (Asunto C-381/14), se adopta el Acuerdo que es objeto del presente comentario, en el que, **para evitar “el archivo definitivo de las causas”** sin que

el TJUE haya podido resolver dicha cuestión, los magistrados acuerdan que:

- En los juicios en que haya recaído resolución sobre prejudicialidad o litispendencia, se estará a lo acordado (art. 207.3 LEC).

- **No se admitirán excepciones de prejudicialidad civil o litispendencia después de la contestación a la demanda** cuando los hechos en los que se base sean anteriores (lo cual, respecto de la litispendencia, es una temeridad procesal, al ser éste un presupuesto del proceso y, como tal, una cuestión de orden público apreciable de oficio en cualquier momento).

- Alegada en forma la litispendencia o la prejudicialidad, se acordará la **suspensión del plazo para resolver**, hasta que el TJUE se haya pronunciado (yerra en este punto el Acuerdo, al entender que la litispendencia también ha sido objeto de la cuestión prejudicial, cuando lo cierto es que la misma se limita a la prejudicialidad).

A efectos prácticos, ello supone que **a partir de dicho acuerdo las acciones individuales interpues-**

tas por particulares -entendemos que con independencia de qué cláusulas sean- **se suspenderán hasta que el TJUE haya resuelto la cuestión prejudicial**, sin poder anticipar qué ocurrirá cuando dicha cuestión haya sido resuelta, especialmente en lo que respecta a la litispendencia que, como se ha dicho, no es objeto de la misma.

No obstante, quizás no todo esté perdido, por cuanto, conscientes de los graves perjuicios que esta situación tendrá para los justiciables (que deberán seguir pagando intereses al “tipo mínimo” de la cláusula suelo mientras el procedimiento se encuentre suspendido), **en el propio Acuerdo los magistrados parecen invitar a los afectados a formular “bajo su responsabilidad” una solicitud de medidas cautelares de tipo anticipatorio** (detallando incluso la motivación que habrá que darse a tal fin), para paliar así el desastre derivado del bloqueo judicial provocado por la demanda de ADICAE y por el exagerrado alcance que se ha dado a la institución de la litispendencia en estos casos. Medidas cautelares de tipo anticipatorio que, si bien casan mal con la nota de instrumentalidad que debe concurrir en toda medida cautelar, en general están teniendo buena acogida en nuestra jurisprudencia. ■

CONCLUSIONES

- El Acuerdo de los Magistrados de lo Mercantil de 21 de noviembre de 2014 puede suponer (en dicho ámbito) la suspensión automática de todos los procedimientos relativos a acciones individuales sobre cláusulas suelo, y hasta que el TJUE no resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona
- Tras el pronunciamiento del TJUE, muy probablemente se inicie de nuevo un periodo de incertidumbre judicial, a menos que con anterioridad el Tribunal Supremo se haya pronunciado al respecto de las cuestiones procesales correspondientes
- Siguiendo la propia recomendación de los Magistrados de lo Mercantil de Barcelona, ante esta situación de parálisis judicial, para evitar mayores perjuicios a los justiciables se deberían solicitar la adopción de medidas cautelares de tipo anticipatorio, con base a los motivos explicitados en el Acuerdo del Tribunal Mercantil de Barcelona