

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION PRIMERA
GIRONA**

APELACION CIVIL

Rollo nº: 239/2015

Autos: procedimiento ordinario nº: 351/2014

Juzgado Primera Instancia 3 La Bisbal d'Empordà

24 SET. 2015

AUTO Nº 271/15

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Don Fernando Lacaba Sánchez

Carles Cruz Moratones

Núria Lefort Ruiz de Aguiar

En Girona, catorce de septiembre de dos mil quince

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 239/2015, en el que ha sido parte apelante [redacted] y [redacted], representada esta por la Procuradora Dña. ESTHER SIRVENT CARBONELL, y dirigida por el Letrado D. JUAN IGNACIO NAVAS MARQUES; y como parte apelada [redacted], representada por el Procurador D. CARLES PEYA GASCONS, y dirigida por el Letrado D. FELIPE CABREDO MAGRIÑA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 3 La Bisbal d'Empordà, en los autos nº 351/2014, seguidos a instancias de [redacted] y [redacted], representados por la Procuradora Dña. Esther Sirvent Carbonell y bajo la dirección del Letrado D. Juan Ignacio Navas Marqués, contra D. BANCO POPULAR ESPAÑOL, representado por el Procurador D. Carles Peya Gascons, bajo la dirección del Letrado D. Felipe Cabredo Magriñà, se dictó auto cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "*Acuerdo estimar la petición de suspensión de este procedimiento por prejudicialidad civil interesada por Banco Popular Español, S.A.. En consecuencia, se suspende el curso de las actuaciones, en el estado en que se hallan, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial (juicio ordinario 471/2010, tramitado en el Juzgado de lo Mercantil número 11 de los de Madrid). Se suspende el Acto de la Audiencia Previa señalado para el próximo 26/02/2015 a las 11:30 horas.*"

SEGUNDO.- El relacionado auto de fecha 23 de enero de 2015, se recurrió en apelación por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Núria Lefort Ruiz de Aguiar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antecedentes de interés.

La parte actora presentó demanda en la que, junto con otras peticiones, solicitaba la nulidad de la cláusula conocida como suelo contenida en los contratos que le vinculan con la demandada.

La demandada se opuso a la demanda y planteó la excepción de prejudicialidad civil o litispendencia impropia en relación con el procedimiento que se

sigue ante el Juzgado núm. 11 de Madrid a instancias de una asociación de consumidores, en el que se solicita la declaración de nulidad de la cláusula con devolución de cantidades percibidas por la entidad por su aplicación.

El Juzgado acordó, de conformidad con lo solicitado por la demandada, la suspensión del procedimiento a resultas del que se sigue en el Juzgado Mercantil 11 de Madrid.

La parte actora recurre la resolución por considerar que se ha producido una infracción de normas y garantías procesales (art. 459 de la LEC) e infracción del art. 43 de la LEC al no darse la totalidad de los elementos requeridos en el citado precepto puesto que no existe identidad en el objeto del proceso.

Curiosamente la parte apelada, al impugnar el recurso, señala que formuló la excepción sólo para el caso de que el juzgador entendiera que concurre en las actoras la condición de consumidoras y sólo para dos de las peticiones, no para la totalidad de ellas. Solicita (folio 995) que se alce la suspensión, salvo el caso de que se hubiere adoptado ad cautelam y sin entrar en si concurre o no en la parte actora la condición de consumidor.

SEGUNDO. Prejudicialidad civil o litis pendencia.

Esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la cuestión que es objeto de debate en este recurso, por todas, en la sentencia de 25 de marzo de 2015 en la que decíamos que: "...La acción individual que pueden ejercitar cualquier consumidor y usuario frente a empresarios por la incorporación en los contratos que suscriban de cláusulas abusivas y las acciones colectiva ejercitada por asociaciones de consumidores y usuarios no son iguales, y ello se desprende con claridad de la sentencia del mismo Tribunal de 9 de mayo de 2013 y auto del mismo Tribunal de 6 de noviembre de 2013 que resolvió un incidente de nulidad, donde destaca el diferente control realizado en uno y otro caso, ya que mientras para la acción colectiva se lleva a cabo un control abstracto de validez, en consideración de lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa; en la acción individual el examen parte de las circunstancias concurrentes del caso concreto, partiendo de la posición individual del consumidor accionante. Sobre todo, cuando el control que debe hacerse de la cláusula general discutida debe basarse en atención a los criterios de inclusión y de transparencia, pues para declarar abusiva una clausula concreta de un

contrato, solicitado por el consumidor concreto, deberá examinarse si se cumple los criterios legales y la interpretación que realiza la jurisprudencia sobre la inclusión de la cláusula en el contrato y sobre la transparencia de la misma respecto al consumidor.

Por lo tanto, la acción colectiva ejercitada no tiene porque prejuzgar la sentencia que resuelve la acción individual ejercitada por el demandante y la ejercitada por otro o por una asociación de protección de consumidores, aunque ambas se dirijan contra una misma entidad bancaria y atacando la misma cláusula. Existe distinta óptica de enjuiciamiento entre las acciones individuales y colectivas, y en la individual deben valorarse las concretas circunstancias concurrentes, ajenas al examen abstracto de la acción colectiva, es decir, se debe analizar si en el caso concreto la inclusión de la cláusula en el contrato se ha efectuado de acuerdo con las previsiones legales y si se ha informado debidamente al consumidor de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula predispuesta.”

Es decir, entendemos que la acción colectiva sólo impide la interposición de la acción individual cuando en el procedimiento al que da lugar ha recaído sentencia que extiende sus efectos a todos los consumidores que se encuentren en la situación que la misma describe y ello con la finalidad de evitar la reiteración de pleitos. Sólo cuando el actor se adhiera expresamente a la acción colectiva le estará vedada la interposición de una acción individual, pero mientras no se produzca la adhesión, que aquí no consta, podrá presentar demanda en ejercicio de la acción individual. Así resulta de la previsión de los artículos 221.1.2 y 11.1 de la LEC que reconoce legitimación activa para la defensa de los intereses colectivos a las asociaciones de consumidores y usuarios pero “sin perjuicio de la legitimación de los perjudicados”. Es decir, que la legitimación de las asociaciones para la acción colectiva no impide el ejercicio de la acción individual.

Pero es que además en este caso, como pone de manifiesto el recurrente, no concurre la identidad entre los objetos de ambos procesos, por lo que no siendo posible, como parece insinuar la apelada en el sorprendente escrito de oposición al recurso, la suspensión parcial del procedimiento, ésta nunca debió acordarse.

TERCERO. Costas.

La estimación del recurso comporta no hacer ningún pronunciamiento de condena respecto de la imposición de las costas de esta alzada, en aplicación del artículo 398.2 de la LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA:

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el procurador Dña. Esther Sirvent Carbonell.

REVOCAMOS el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia 3 nº. 351/2014, en las actuaciones de juicio de Procedimiento Ordinario de las cuales dimana éstos Rollo Y **ORDENAMOS LA PROSECUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO.**

No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno ni el extraordinario por infracción procesal.

Líbrese testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por este nuestro auto, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGÈNCIA. Seguidamente se cumple lo que los magistrados han ordenado. Doy fe.
