



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 5  
PALMA DE MALLORCA**

AUTO: 00180/2014

N10300

PLAZA MERCAT, 12

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

N.I.G. 07040 47 1 2013 0001543

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000369 /2014**

**Juzgado de procedencia:** JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000748 /2013

Recurrente: JOSE ANTONIO TRIGAL JUAN, ANTONIA MARTIN BARCO

Procurador: GONZALO BERNAL GARCIA, GONZALO BERNAL GARCIA

Abogado: RICARDO GONZALEZ ZAYAS, RICARDO GONZALEZ ZAYAS

Recurrido: BANCO POPULAR

Procurador: FRANCISCO TORTELLA TUGORES

Abogado: ALFONSO ALONSO DEYA CERDA

**A U T O N° 180**

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Magistrados:

D<sup>a</sup> COVADONGA SOLA RUIZ

D<sup>a</sup> ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ.

En Palma de Mallorca a diecisiete de septiembre de dos mil catorce

VISTOS por esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma, bajo el número 748/13, Rollo de Sala número 369/14, entre partes, de una, como demandantes apelantes DON JOSE ANTONIO TRIGAL JUAN Y DOÑA ANTONIA MARTIN BARCO, representados por el Procurador de los Tribunales DON GONZALO BERNAL GARCÍA y asistidos del Letrado DON RICARDO GONZÁLEZ ZAYAS y, de otra, como demandada apelada BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representada por el Procurador de los Tribunales DON



FRANCISCO TORTELLA TUGORES y asistida del Letrado DON ANTONIO ALONSO DEYÁ CERDÁ.

ES PONENTE la Magistrada D<sup>a</sup> COVADONGA SOLA RUIZ

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma, en fecha 7 de abril de 2014, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente "Declaro el sobreseimiento de la demanda presentada por el procurador D. Gonzalo Beral Garcia, en representación de D. José Antonio Trigal Juan y Dña. Antonia Martín Barco, contra BANCO POPULAR S.A., representada por el procurador D. Francisco Tortella Tugores, al apreciar la excepción de litispendencia con los autos 471/2010 del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid.

Una vez firme la presente resolución, archívense los autos.

Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución, y por la representación de la parte actora, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites, se señaló para su deliberación y votación el día 17 de septiembre del corriente año, quedando concluso para dictar la presente.

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

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Dado que el objeto del presente recurso de apelación se centra en exclusividad en la procedencia o no de la apreciación de la excepción de litispendencia, opuesta por el demandado, en relación al procedimiento que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid, promovidos a instancia de ADICAE frente a varias entidades financieras, entre ellas la demandada en el presente procedimiento, y en el que se interesa que se declare que "la cláusulas suelo" que vienen incluyendo las demandadas en los préstamos y/o créditos hipotecarios son abusivas, con las consecuencias que se peticionan derivadas de dicha declaración, baste para la estimación del recurso que se examina reiterar lo que viene señalando este Tribunal desde la resolución de fecha 30 de julio de 2014, en la que se argumenta:

*"La LEC regula las acciones colectivas de forma dispersa, mencionándolas en distintos preceptos. El artículo 11 permite a los particulares que lo deseen personarse en el procedimiento de acciones colectivas, pero la intervención individual en la acción colectiva ya iniciada no es obligatoria. Como no podía ser de otro modo (art. 24 de la CE), el ejercicio de la acción colectiva no priva a la parte del derecho a ejercitar la acción individual, esta interpretación es la que parece más acorde con la dicción literal del precepto que, al reconocer legitimación a la asociaciones para el ejercicio de acciones colectivas lo hace "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados", mención que permite afirmar la posibilidad del ejercicio simultáneo de acciones colectivas y acciones individuales y, desde ese punto de vista, excluir la procedencia de las excepciones planteadas.*

*A mayor abundamiento, es preciso poner de manifiesto que el derecho de un particular a articular su demanda de forma separada a la acción colectiva, debería ser inatacable, de tal modo que, sólo cuando preste expresamente su consentimiento - lo que no ocurre en el presente supuesto- sería posible paralizar la acción individual a expensas de la colectiva.*

La Recomendación de 11 de junio de 2013, de la Comisión Europea sobre la materia ("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") establece en el apartado 21 que la integración como parte demandante en el denominado recurso colectivo sólo puede producirse por consentimiento expreso de las personas físicas o jurídicas que afirmen haber sufrido daños (principio opt-in). Los estados miembros tienen un plazo de dos años para adaptar su legislación a lo que establece la norma.

El particular debe poder elegir si desea sumarse a una acción colectiva o ejercer de forma individual los derechos que le asisten, cuestión que aparece intrínsecamente unida a la tutela judicial efectiva. Si la acción individual puede ser, sobreseída por prejudicialidad o litispendencia a expensas de que recaiga resolución definitiva en un procedimiento en el que se ejercita la acción colectiva, tal derecho resulta inoperante.

La demandada planteó que la sentencia que se dicte en el procedimiento que se sigue en el juzgado de Madrid producirá efectos de cosa juzgada respecto de la acción aquí ejercitada. Para resolver esta cuestión hay que estar a lo dispuesto en el art. 221.1.2º de la LEC que no prevé que ello suceda con carácter general y como consecuencia automática de la sentencia, mas al contrario, la sentencia determinará en cada caso si ha de producir "efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso".

Lo anterior supone que, en este caso y en este momento procesal, el argumento fundamental del auto para acceder al archivo del proceso por litispendencia, se funda no en una certeza -la extensión de efectos de la sentencia que en su día recaiga en el procedimiento que se sigue ante el juzgado de Madrid- sino en una mera posibilidad que habrá de concretarse en el futuro.

La Comunicación de la Comisión de la UE de 11 de junio de 2013 (<http://www.boe.es/doue/2013/201/L00060-00065.pdf>), que analiza el marco legislativo de los recursos colectivos, indica que son dos los sistemas que pueden darse. El de participación voluntaria (opt-in) y el de exclusión voluntaria. En el primero, solo se incluye en el ejercicio del recurso colectivo a los que activamente opten por pasar a formar parte del grupo representado. En el de exclusión voluntaria, el grupo se compone de todos los individuos que pertenecen al grupo definido, salvo aquellos que optan activamente por desmarcarse del grupo. Y añade: en los casos de participación voluntaria, la sentencia es vinculante para todos los que se hayan adherido al grupo, mientras que los perjudicados no adheridos mantienen la facultad de incoar demandas por daños y perjuicios con carácter individual.

Con arreglo al principio de primacía del derecho comunitario, aun cuando el Estado no haya adaptado nuestra legislación a lo dispuesto en las normas comunitarias, como jueces comunitarios debemos interpretar la norma interna en armonía con lo dispuesto en la norma comunitaria.

Ello supone que, aunque en nuestro caso el legislador parece haber adoptado una posición intermedia, lo que sin duda da lugar a distorsiones, el mandato comunitario nos obliga, a interpretar las normas internas a la luz de la norma comunitaria, lo que supone, en primer término, garantizar al consumidor su derecho a elegir si quiere integrarse en la acción colectiva o ejercitar la acción individual.

La dicción del art. 11 de la LEC parece orientada a dicha finalidad al afirmar la legitimación de las asociaciones para el ejercicio de las acciones colectivas "sin perjuicio de las acciones individuales". Es evidente que si, por el juego de la prejudicialidad y la litispendencia, suspendiéramos las acciones individuales, estaríamos contraviniendo el mandato del legislador comunitario al convertir la adhesión voluntaria al recurso colectivo en obligatoria.

De igual modo, y con la finalidad de dar coherencia al sistema expuesto, la sentencia firme que se dicte en los procedimientos de acciones colectivas, no debe producir efectos de cosa juzgada en los procedimientos por acciones individuales, que se encuentre en tramitación cuando se dicta.

Ahora bien, este planteamiento no impide que la doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia firme de acciones colectivas pueda aplicarse al procedimiento sobre acciones individuales que se interpongan con posterioridad a su publicación, como así está ocurriendo con las acciones ejercitadas contra las entidades demandadas en la reciente y célebre sentencia del TS de 9 de mayo de 2013.

**TERCERO.-** El Tribunal Supremo en sentencia dictada el 24 de 24 de mayo de 2012 señala que "Se trata de la llamada litispendencia impropia o prejudicialidad civil , que se produce, como ha dicho la sentencia de 22 de marzo de 2006 , cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro ( SSTs 20 de noviembre de 2000 , 31 de mayo , 1 de junio y 20 de diciembre de 2005 ) aún cuando no concurren todas las identidades que exigía el artículo 1252 del Código Civil"; o la STS de 29 de diciembre de 2011 argumenta que:

"26. Lo expuesto fue determinante de que la jurisprudencia desarrollada bajo el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 admitiese la denominada litispendencia impropia o por conexión, que, en realidad, integra un supuesto de prejudicialidad civil que tiene lugar cuando un pleito interfiere o prejuzga el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios (en este sentido, sentencia 121/2011 de 25 febrero y las en ella citadas).

La sentencia 628/2010, de 13 octubre precisa que , "[l]a jurisprudencia de esta Sala ha venido a perfilar la distinción entre litispendencia y prejudicialidad civil , que hoy reconoce el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , subrayando que lo operativo es la sujeción que, por razones de

*lógica y conexión legal, determinan una prejudicialidad entre el objeto de un litigio y otro, de tal alcance que vinculan el resultado del segundo al primero ( sentencias de 19 de abril y 20 de diciembre de 2005 ). Se trata de la llamada litispendencia impropia o prejudicialidad civil, que se produce, como ha dicho la sentencia de 22 de marzo de 2006 , cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro ( SSTTS 20 de noviembre de 2000 , 31 de mayo, 1 de junio y 20 de diciembre de 2005 ) aún cuando no concurren todas las identidades que exigía el artículo 1252 del Código Civil”.*

*En consecuencia, lo realmente determinante para poder hablar de la prejudicialidad civil no es la identidad de objetos entre uno y otro procedimiento, sino la posible conexidad entre ambos.*

*En este punto pese a que la cuestión no es pacífica la Audiencia Provincial de Alicante, en auto de 31 de marzo de 2014 Civil sección 8 del 31 de marzo de 2014 ( ROJ: AAP A 8/2014)razonó:*

*SEGUNDO.- La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, impone a los profesionales - artículo 5 - la obligación de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible.*

*El vigésimo considerando de esta Directiva precisa a este respecto que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato, revistiendo una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración.*

*El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información.*

Considera el Tribunal que deriva de lo anterior el matiz subjetivo que la acción individual de nulidad por falta de transparencia y en su caso, de abusividad de una condición general por falta reciprocidad - art 6 y 8 Ley 7/98 y 82 RDL 1/07 - tiene, lo que resulta indicativo y justificador del hecho de que el ejercicio de tal acción no esté condicionado por el ejercicio de las acciones colectivas que en su caso se formulen frente a las condiciones generales entre las que pudieran encontrarse aquellas que pudieran tener, respecto del consumidor contratante en particular, aquellas que considera abusivas.

Así resulta porque aun cuando es evidente que la litispendencia y la cosa juzgada son dos instituciones sumamente vinculadas y conectadas entre sí, cuyos fines y requisitos son prácticamente iguales, con la única diferencia de que haya recaído o no sentencia firme en el proceso que se aduce como término de referencia, la defensa procesal que establece el art. 421 LEC , sólo debe alcanzar éxito cuando el proceso que se contemplare como vinculante o excluyente, en el que aún no debe haber recaído sentencia firme, si respondiere a análogo objeto que el que tuviera aquél en que dicha excepción fuera a actuar pues con la litispendencia se persigue evitar un doble conocimiento de un mismo asunto a fin de eludir las indeseables consecuencias que se derivarían de lo contrario, entre otras, imponer al demandado una carga que carecería de justificación y evitar la eventual producción de sentencias no acordes, que incidirían negativamente en la institución de la cosa juzgada y perjudicarían la seguridad jurídica. De ahí que, ante el silencio legal en la determinación de las similitudes que han de presentar ambos procesos, la jurisprudencia y la doctrina científica se hayan manifestado en el sentido de entender aplicables, a los mencionados efectos, las que para la cosa juzgada figuran establecidas en el art. 222 LEC . En tal sentido la apreciación de litispendencia exige que entre el objeto del proceso que como vinculante se contempla y el que sea propio



de aquél en que dicha excepción hubiera de actuar, ha de existir identidad en cuanto a los sujetos, la causa de pedir y la petición, de manera tal que la sentencia firme que recayere en el primero y los efectos de cosa juzgada material que ésta produjera, hubiera de afectar al segundo.

Por otro lado, no es posible entender que entre el proceso de acciones colectivas y los individuales que tratan sobre la misma cuestión, concurren, con la necesaria intensidad y exactitud, las tres identidades que exige el art. 222 LEC (de personas, cosas y acciones o causa de pedir), toda vez que entre aquél y éstos existen claras diferencias tanto subjetivas como en lo que se refiere a las acciones ejercitadas, pues la de acción colectiva (de cesación, retractación y declarativa, art 12 Ley 7/98 de Condiciones Generales de la contratación) es esencialmente una acción declarativa tendente a interpretar o aplicar con carácter genérico, una norma obteniendo, por lo que hace a la cesación, la eliminación de las condiciones generales que se reputen nulas y la condena de uso futuro. En cambio en las individuales se trata de acciones declarativas y de condena o de reconocimiento concreto y específico de derechos.

Es en este marco en el que debe interpretarse el artículo 11-1 LEC cuando, siguiendo el tenor de la legislación referenciada, recoge la legitimación de las asociaciones y otras entidades de consumidores para el ejercicio de acciones colectivas, señalando que tal legitimación lo es sin perjuicio de la individual que responde al derecho a la tutela judicial efectiva - art 24 CE - sin que de ello derive riesgo alguno para la seguridad jurídica por razón de resoluciones contradictorias pues los intereses en juego en cada una de las acciones es distinto, tal y como hemos señalado, y tanto más cuando, como es el caso, no consta ni que los demandantes formen 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 una carga procesal con consecuencias

*negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva.*

*Es por todo lo anterior que procede estimar el recurso y dejar sin efecto el archivo del proceso."*

*La acción colectiva no permite el análisis individualizado, y menos cuando el concreto consumidor no se ha adherido a la acción colectiva. Por tanto, al no ser idéntico el conjunto de hechos esenciales, pues en la acción individual-tal y como lo ha planteado el demandante en este caso-hemos de atender a las concretas circunstancias personales del concreto consumidor y la actuación de la entidad financiera, para lo cual podría desplegarse prueba en este sentido, es por ello que no puede afirmarse que exista identidad de causa petendi".*

**SEGUNDO.-** Las anteriores consideraciones, conforme se anticipó obligan a la estimación del recurso, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En atención a lo expuesto la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, acuerda:

#### **PARTE DISPOSITIVA**

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales DON GONZALO BERNAL GARCÍA, en representación de DON JOSE ANTONIO TRIGAL JUAN Y DOÑA ANTONIA MARTIN BARCO, contra el Auto de fecha 7 de abril de 2014, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma, en los autos de Juicio Ordinario número 748/13, de que dimana el presente Rollo de Sala y, en consecuencia, se REVOCA la

referida resolución, acordando en su lugar la continuación del procedimiento, por los trámites oportunos, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados; doy fe.

### **Información sobre recursos.**

**Recursos.- Conforme** al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** por el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

**Órgano competente.-** es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

**Plazo y forma para interponerlos.-** Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

**Aclaración y subsanación de defectos.-** Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección quinta de la Audiencia Provincial nº 0501, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso

## Mensaje LexNet - Notificación

### Mensaje

<b>IdLexNet</b>	201410053930667	
<b>Asunto</b>	Comunicación del Acontecimiento 10: RESOLUCION ACTUALIZA FASE: 'PASO A FIRMA' 00180/2014 Est.Resol	
<b>Remitente</b>	<b>Órgano Judicial</b>	AUD. PROVINCIAL CIVIL N. 5 de Palma de Mallorca, Islas Balears [0704038005]
	<b>Tipo de órgano</b>	AUD. PROVINCIAL (CIVIL)
	<b>Oficina de registro</b>	OF. REGISTRO Y REPARTO AUD.PROVINCIAL CIVIL [0704038005]
<b>Destinatarios</b>	<b>BERNAL GARCIA, GONZALO</b> [314]	
	<b>Colegio de Procuradores</b>	Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares
<b>Fecha-hora envío</b>	19/09/2014 09:07	
<b>Adjuntos</b>	00015727382012070403800512.RTF(Principal) Hash del Documento: 940714d1dfb2e069337a07a9945132783cd43b25	
<b>Datos del mensaje</b>	<b>Tipo procedimiento</b>	RPL
	<b>Nº procedimiento</b>	0000369/2014
	<b>Tipo procedimiento origen</b>	ORD
	<b>Nº procedimiento origen</b>	0000748/2013
	<b>Detalle de acontecimiento</b>	NOTIFICACION
	<b>NIG</b>	0704047120130001543

### Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
19/09/2014 09:27	BERNAL GARCIA, GONZALO [314]-Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares	LO RECOGE	
19/09/2014 09:11	Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares (Palma de Mallorca)	LO REPARTE A	BERNAL GARCIA, GONZALO [314]-Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares

(\*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.