

**Sección del Tribunal Constitucional****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**10012** *Sala Segunda. Sentencia 148/2016, de 19 de septiembre de 2016. Recurso de amparo 7120-2014. Promovido por don Jorge Pacheco Cordero y doña Raquel Blanco Ruiz respecto de los Autos dictados por la Audiencia Provincial y un Juzgado de lo Mercantil de Barcelona en proceso sobre validez de cláusula suelo de un préstamo hipotecario. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): archivo de las actuaciones por litispendencia resultante de una interpretación irrazonable de la ley procesal (STC 106/2013) y contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 7120-2014, promovido por don Jorge Pacheco Cordero y doña Raquel Blanco Ruiz, representados por la Procuradora de los Tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro y asistidos por la Abogada doña Montse Andrés Sabaté, contra el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, de 24 de julio de 2013 (procedimiento ordinario núm. 779-2012), y contra el Auto de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 2014, que desestimó el recurso de apelación (rollo núm. 500-2013) promovido contra la resolución anterior. Ha actuado como parte la entidad Catalunya Banc, S.A., representada por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén y asistida por el Abogado don Ignasi Fernández de Senespleda. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado el 25 de noviembre de 2014, la Procuradora de los Tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro, actuando en nombre de don Jorge Pacheco Cordero y doña Raquel Blanco Ruiz, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales indicadas en el encabezamiento.

2. Los hechos con relevancia para este recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada, son los siguientes:

a) Con fecha 23 de noviembre de 2012, los ahora recurrentes en amparo interpusieron demanda de juicio ordinario frente a la entidad Catalunya Banc, S.A., ejercitando conjuntamente una acción declarativa de nulidad de una condición general de la contratación y otra de reclamación de cantidad. Se alegaba por los recurrentes que, tras la constitución el día 10 de marzo de 2006 de una hipoteca sobre la vivienda de su propiedad con el fin de garantizar la devolución del préstamo otorgado a su favor por la entidad Caixa D'Estalvis de Manresa, se acordó entre ambas partes una modificación

posterior de las condiciones de dicho préstamo mediante escritura pública de 8 de octubre de 2009 (aportada como documento 2 de la demanda). En lo que es aquí de interés, se incluyó entre dichas modificaciones la del tipo de interés aplicable a la vida del préstamo, que consistía en la aplicación, en una primera etapa, de un interés a tipo fijo o «predeterminado» del 3,50 por 100 nominal anual, que abarcaba desde el día de la firma de la escritura hasta el 8 de octubre de 2010 inclusive; y otra segunda etapa, «de interés variable», comprendida desde el día siguiente al de finalización de la primera etapa hasta el día de vencimiento del préstamo, con la inclusión de una estipulación cuarta, apartado B de la escritura, que tenía el siguiente tenor literal: «se pacta expresamente que el tipo de interés aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15,00 por 100 nominal anual ni inferior al 3,50 por 100 nominal anual».

La demanda de los actores combatía precisamente el extremo de esa estipulación que hacía referencia al límite mínimo del 3,50 por 100 nominal anual, en referencia a lo que se conoce como «cláusula suelo». Argumentaban aquéllos que dicha cláusula es nula de pleno derecho por abusiva, al no haber podido negociarse individualmente, resultar contraria a las exigencias de la buena fe y causar un desequilibrio contractual en su perjuicio, teniendo en cuenta su condición jurídica de consumidores. Por ello, solicitaban, además de su nulidad, la devolución de lo pagado en exceso durante la vigencia de dicha estipulación, al no haber podido acogerse a las fluctuaciones del mercado, daño que cuantificaban en la cantidad de seis mil ochocientos setenta euros con noventa y ocho céntimos (6.870,98 €), con los intereses legales devengados «desde la fecha de cada cobro».

b) La demanda «sobre acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación y acción de reclamación de cantidad» fue turnada al Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona y admitida a trámite en virtud de decreto de su Secretaría de 17 de enero de 2013. Conferido traslado de la misma a la parte demandada, la entidad Catalunya Banc, S.A., su representación procesal presentó contestación en fecha 18 de febrero siguiente interesando, con carácter previo y como primer óbice procesal, la apreciación de la excepción procesal de prejudicialidad civil de los «arts. 43 y 405.3 LEC», alegando que dicha entidad había sido demandada con anterioridad a este procedimiento por parte de la Asociación de usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE), en el que había instado un proceso para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. Añadía a lo expuesto que la demanda había sido admitida a trámite por el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid (procedimiento ordinario núm. 471-2010) y que la misma contenía en el apartado segundo del suplico la misma petición que la demanda presentada por los actores, de ahí que concluyera solicitando la suspensión de la tramitación del pleito por la concurrencia de un supuesto de prejudicialidad civil hasta que el Juzgado de Madrid dilucidara la controversia allí planteada.

Seguidamente, suscitó, como segundo óbice procesal, la constatación de que existía «litispendencia de causa civil (400.2, 405.3, 410, 416.1.2 y 421 LEC)». Aceptando la calificación como consumidor de los actores, se sostenía que «ejercitada con anterioridad una demanda que dio lugar a un procedimiento en la que se ofreció la posibilidad de ser parte en el mismo mediante la publicación de edictos en el periódico “El País”, como señala el decreto de admisión de la demanda, no es procedente abrir un nuevo procedimiento separado cuyo objeto es el mismo. Todo ello, evidentemente, sin perjuicio de la facultad que tiene el demandante de participar en aquel procedimiento en la fase de ejecución como beneficiario de la sentencia, al amparo de lo previsto en el artículo 519 LEC».

Finalmente la parte se oponía al fondo de las pretensiones suscitadas en la demanda y concluía con la desestimación íntegra de esta.

c) Con posterioridad, en el decurso de las actuaciones, tuvo lugar la celebración de vista oral del procedimiento el día 21 de marzo de 2013 y, ulteriormente, mediante providencia de 17 de junio de 2013, en acatamiento «de la doctrina conformada por la STS Pleno Sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013», se acordó citar a las partes a una comparecencia en la sede del Juzgado el día 11 de julio siguiente «a fin y efecto de ‘someter a las partes todos los factores que puedan incidir en la declaración de abusividad

de la cláusula o cláusulas eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses...» (f. 126 de la citada Sentencia)», la que se llevó a efecto en la fecha indicada.

d) Con fecha 24 de julio de 2013, el Juzgado dictó Auto acordando estimar la excepción de prejudicialidad civil planteada por la representación de Catalunya Banc, S.A., y la suspensión del procedimiento hasta que recayera resolución firme en el proceso seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid. En su fundamentación, el Juzgado, luego de reconocer la complejidad de la cuestión que le había sido suscitada por la dificultad de tener que «compatibilizar los diferentes intereses en juego» y de señalar que, de una parte, el art. 11.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) reconocía legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para defender los intereses de éstos, pero también, de otra, confería legitimación activa a los consumidores individuales para defender sus propios intereses, permitiendo extender los efectos de la cosa juzgada material a los consumidores no litigantes, destacaba de modo textual en su fundamento jurídico 3 que tal circunstancia «implicaría que promovido un pleito con las misma [sic] pretensiones por una asociación de consumidores no pudieran plantearse acciones individuales o las que se plantearan fueran sobreeséidas, art. 421 LEC, mientras que se [sic] la coincidencia no es total sino parcial, el procedimiento tendría que suspenderse por prejudicialidad civil, art. 421.1 y 43 LEC». Por ello y, según refería la resolución, para evitar «resoluciones contradictorias» y con apoyo, también, en un precedente Auto de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona (de 11 de junio de 2013), que, según razonaba el Juzgado, era similar al de autos, estimó procedente la existencia de una prejudicialidad civil, conforme prevé el art. 43 LEC, y acordó la suspensión del procedimiento hasta tanto fuera resuelto el seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid.

e) Contra el indicado Auto, la parte actora interpuso recurso de apelación en el que, además de alegar en el plano de la legalidad ordinaria la infracción del art. 43 LEC y argumentar que el ejercicio de la acción colectiva por parte de ADICAE no impedía a los interesados ejercitar las acciones individuales que tuvieran por conveniente con base en lo previsto en el art. 11.1 LEC, los recurrentes sostuvieron que la tesis del Juzgado conducía «al absurdo de que una medida legal creada para reforzar la defensa de los consumidores y usuarios, como son las acciones colectivas, son contraproducentes para la defensa individual de esos consumidores ... lo que estaría vulnerando un derecho fundamental cual es el de la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE».

f) La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo de apelación núm. 500-2013) dictó Auto el día 9 de octubre de 2014, en el seno del rollo de apelación 500-2013, por el que desestimó el recurso interpuesto, si bien en su parte dispositiva agregó el siguiente tenor literal: «no obstante lo cual, modificamos de oficio la resolución recurrida apreciando que no concurre prejudicialidad sino litispendencia, de manera que procede el archivo de las actuaciones» sin expresa imposición de costas por apreciar «dudas de derecho».

Los argumentos desplegados por el Auto de referencia (fundamentos jurídicos 3 a 5) para tomar su decisión fueron, en síntesis, los siguientes:

En primer lugar (FJ 3), con apoyo en el art. 223 LEC, destaca 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. Y en nuestro sistema no se ha regulado el derecho de autoexcluirse del grupo, de manera que los derechos de los afectados podemos considerar que se limitan a los que resultan del artículo 15 LEC, esto es, intervenir en el proceso, o bien solicitar la acumulación de la acción individual a la colectiva (siempre que se cumplan los requisitos que exige el artículo 76.2.1 LEC) o interesar la extensión de los efectos del pronunciamiento en fase de ejecución (artículo 519 LEC)». De aquí deduce la Sala que «si se extienden a los particulares titulares de acciones individuales los efectos de la acción colectiva con los atributos propios de la cosa juzgada, de ello se sigue la idea de que tienen absolutamente vedado iniciar con posterioridad a la acción colectiva acciones de carácter individual que versen sobre el mismo objeto, ya que cosa juzgada y

litispendencia no son más que dos aspectos de una misma cuestión separados por una perspectiva temporal. La litispendencia se produce de forma provisional en los mismos supuestos en los que vendrá a operar el efecto negativo de la cosa juzgada, impidiendo la apertura del proceso o su continuación una vez iniciado. De manera que tiene razón la recurrente cuando alega que no se cumplen en el supuesto enjuiciado los presupuestos establecidos en el art. 43 LEC, norma que regula la prejudicialidad civil, sino que lo que existe es identidad de objeto». A la vista de este razonamiento, llega a la conclusión de que «existe identidad de objeto en el supuesto enjuiciado porque la condición general impugnada en ambos en 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».

En segundo término (FJ 4), la Sala arguye que, aun cuando el art. 11.1 LEC reconozca legitimación activa a los perjudicados titulares de acciones individuales, tal circunstancia no se opone a la apreciación de litispendencia, pues sostiene que el hecho de que «tengan legitimación activa los particulares afectados no significa que deban mantener abierta de forma incondicional la posibilidad de actuar en un proceso separado. Iniciada la acción colectiva de 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». Del mismo modo, descarta el órgano judicial que exista afectación relevante alguna al derecho a la tutela judicial efectiva pues, a su parecer, «no se restringe la legitimación de los afectados sino que únicamente se condiciona el ejercicio de las acciones individuales de una forma concreta y determinada (acumulada a otras, las colectivas), de manera que permite conciliar esos derechos individuales con los de los demás afectados». Se trataría, por tanto, de «normas de organización procesal que pretenden salvaguardar el interés general (los intereses colectivos) respetando el buen orden procesal (la cosa juzgada)».

Finalmente, concluye la Sala (FJ 5) afirmando que «la cuestión objeto de este recurso forma parte del orden público procesal, de forma que tanto el órgano de la primera instancia como el de la segunda pueden apreciarla de oficio. Ello nos autoriza a ir más allá de lo que los términos del recurso permiten para modificar el contenido del pronunciamiento recurrido y establecerlo en términos más onerosos incluso para la parte recurrente, dado que lo procedente no es solo la suspensión del proceso sino su archivo, consecuencia de la apreciación de la concurrencia de litispendencia». Insiste en este sentido, en la tesis de que «el principio de prohibición de la reforma peyorativa debe ceder ante cuestiones de orden público procesal como la que enjuiciamos. Si nos limitáramos a desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida, estaríamos dando lugar a un equívoco inadmisibles, por incompatible con el efecto negativo de la cosa juzgada: cuando finalice el pleito anterior como consecuencia de haber recaído una sentencia firme no podrá reiniciarse este proceso sea cual sea el resultado de la acción colectiva. Por ello estimamos que no podemos dar lugar a la creación de una situación equívoca que nada favorecería los intereses de los consumidores afectados».

g) Notificado el Auto a la parte apelante, se promovió por ésta incidente de nulidad de actuaciones mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2014, en el que alegó que dicha resolución judicial había optado por la interpretación «más gravosa ... cual es el archivo de su recurso, prohibiéndole a mi representado acceder a la tutela judicial efectiva»; e insistiendo en el derecho de los consumidores al ejercicio de las acciones individuales ex art. 11.1 LEC. Sin embargo, el 24 de noviembre siguiente el representante procesal de los apelantes presentó otro escrito ante la Audiencia manifestando que dicha parte «procede a desistir del recurso de nulidad de actuaciones interpuesto»; dictando la

Secretaría de la Sección Decimoquinta, decreto de 1 de diciembre de 2014 por el que tuvo por desistida a la parte de dicho incidente.

3. Seguidamente, los actores formalizaron demanda de amparo ante este Tribunal, en la que se alega vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En el apartado dedicado a los hechos, se relata que, una vez dictado Auto por el Juzgado de lo Mercantil competente, en el que apreció la prejudicialidad civil, dicha parte lo hubo recurrido en apelación, «alegando entre otros motivos la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, al considerar que una acción colectiva no podía impedir el derecho fundamental al acceso a la jurisdicción y a la obtención de una sentencia sobre el fondo de las pretensiones alegadas por la parte recurrente. Y ya no sólo por tratarse de un derecho fundamental, sino porque la legislación ordinaria, en este caso el art. 11 LEC, respetando este precepto constitucional, salvaguarda la legitimación individual de los consumidores o usuarios perjudicados, a pesar de que una asociación de consumidores decida interponer una demanda en defensa de intereses colectivos».

Más adelante, en el bloque de fundamentos de derecho procesales, en concreto en el epígrafe dedicado al requisito del debido agotamiento de la vía judicial previa al amparo, art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), la demanda explica que dicha parte actora «ha tenido serias dificultades» para su cumplimiento. Que, siendo el Auto de la Audiencia Provincial firme y no haber contra él recurso alguno, «parecía claro que la vía judicial previa al recurso de amparo se agotaba con la interposición del recurso de nulidad de actuaciones ante el órgano que dictó dicha resolución»; incidente que, en efecto, los recurrentes promovieron. Sin embargo, prosigue diciendo la demanda, «dicha interpretación, fue pacífica hasta que el Tribunal Constitucional, en Pleno, dictó la STC 216/2013, de 19 de diciembre», de la que reproduce su fundamento jurídico 2 d), donde se declara que, para el agotamiento de la vía judicial previa, «basta comprobar que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional, para estimar cumplido el mencionado requisito», por lo que «cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho ... consecuencia de la revocación de las Sentencias de las instancias previas, no requiere la necesaria interposición del incidente de nulidad». Añade el escrito que la disyuntiva entre interponer el incidente o no hacerlo «no es baladí, ya que optar por la interposición del recurso sin ser necesario conllevaría una interposición extemporánea del recurso de amparo, y no interponerlo siendo preceptivo conllevaría una inadmisión del recurso por no cumplir el requisito del agotamiento previo de la vía judicial». Y finaliza en este punto la demanda diciendo que «en consecuencia, esta parte ha llegado a la conclusión que en este supuesto no es necesaria la interposición del recurso [sic] de nulidad de actuaciones y que, por tanto, debemos interponer directamente el presente recurso de amparo, habida cuenta que el órgano judicial que dictó el Auto, recurrido ahora en amparo, ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la vulneración del derecho fundamental objeto de la presente demanda (art. 24. CE) entendiendo que no existía «afectación alguna relevante desde la perspectiva del art. 24 CE», por ende, ha de concluirse que se han agotado todos los recursos preceptivos de la vía judicial. Esta parte ha procedido a desistir, antes de que la demandada haya presentado alegaciones, del recurso de nulidad de actuaciones que interpuso en su día».

Ya en cuanto al fondo, tras invocar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), con cita de doctrina constitucional sobre la prohibición de llevar a cabo interpretaciones de los requisitos procesales que restrinjan u obstaculicen el acceso al proceso, con aplicación del canon del principio *pro actione*, la demanda alega que 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. Tesis que sustenta en el propio art. 24 CE, afirmando que «esta interpretación es la que parece más acorde con la dicción literal del precepto que, al reconocer legitimación a las 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 por la entidad bancaria». Tras citar la recomendación de 11 de junio de 2013 de la Comisión Europea, defiende que no hay peligro en estos casos de sentencias contradictorias «pues los intereses en juego en cada una de las acciones es distinto y tanto más cuando, como es el caso, mis representados 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 una carga procesal con consecuencias negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva. 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 consta planteada en la demanda– 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* entre la acción ejercida por esta parte y la acción colectiva interpuesta por ADICAE y que se sustancia en el Juzgado Mercantil núm. 11 de Madrid». Insiste finalmente en una lectura integrada de los arts. 11.1 LEC y 24.1 CE, para no excluir el ejercicio de las acciones individuales.

El suplico de la demanda solicita la declaración de nulidad del Auto de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 2014 y que, como consecuencia de ello, «se ordene la emisión de una sentencia sobre el fondo según las pretensiones y peticiones de las partes que constan en los autos, restableciendo de este modo los derechos a la tutela judicial efectiva de los recurrentes».

4. Mediante diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2014, la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta de este Tribunal requirió al Procurador de los recurrentes para que aportara copia del Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, así como el poder original acreditativo de la representación que dice ostentar. El requerimiento fue cumplimentado por dicha representación procesal, a través de escrito de 26 de diciembre de 2014.

5. Con fecha 22 de junio de 2015, la Sección Cuarta, Sala Segunda, de este Tribunal, dictó providencia admitiendo a trámite la demanda de amparo, «apreciando que ofrece especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), toda vez que, el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 b)]». Asimismo, se acordó dirigir comunicación a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, y al Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, para que remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes, con emplazamiento a quienes hubiesen sido partes en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, al objeto de poder comparecer en el presente recurso.

6. Por medio de escrito presentado el día 10 de julio de 2015, el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén vino a personarse en nombre y representación de la entidad Catalunya Banc, S.A., solicitando se entendieran con él las sucesivas diligencias y notificaciones.

7. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal dictó diligencia de ordenación el día 14 de julio de 2015, por la que tuvo por personado y parte en el procedimiento al Procurador indicado, en nombre y representación de Catalunya Banc, S.A., si bien con la condición de que en el plazo de diez días aportase la escritura de poder acreditativa de tal representación, lo que efectuó el día 17 de julio siguiente. Asimismo, en la diligencia de ordenación del día 14 de julio se acordó abrir trámite de audiencia por 20 días a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, a fin de que pudieran presentar alegaciones conforme determina el art. 52.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

8. Por escrito registrado el día 31 de julio de 2015, la representante procesal de los recurrentes en amparo presentó sus alegaciones, informando que ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pendía una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 91/13/CEE [sic], del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en la que se plantea «si el art. 7 de dicha Directiva se opone a una normativa procesal nacional según la cual los procedimientos judiciales individuales sobre cláusulas abusivas, entablados paralelamente a procedimientos colectivos, deben suspenderse, por existir prejudicialidad civil, hasta que recaiga sentencia firme en los procedimientos colectivos, quedando también vinculados a lo que se decida en dicha sentencia». En relación a dicho procedimiento, se aportó informe del Servicio Jurídico de la Comisión Europea en los asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, cuyo criterio «es relevante y debe ser conocido por este Alto Tribunal», acompañando copia del mismo, y reproduciendo varios de sus apartados así como su conclusión, según la cual una norma nacional que prevea suspender los procedimientos individuales hasta que recaiga sentencia firme en los procesos colectivos, se opone al art. 7 de la Directiva 93/13/CEE.

9. El Ministerio Fiscal formalizó su escrito de alegaciones con fecha 1 de septiembre de 2015, interesando la estimación del amparo «por entender que el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil ... y el Auto ... de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimando el recurso de apelación contra el anterior han vulnerado el art. 24.1 CE que tutela el acceso al proceso y a obtener una resolución de fondo, restableciendo a los demandantes en amparo en su derecho fundamental».

Tras exponer los antecedentes de hecho y precisar que el recurso se dirige contra el Auto que resuelve la apelación pero, «implícitamente también», contra el Auto dictado en primera instancia, ambos por vulneración del derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE) al impedirse una resolución sobre el fondo, el Fiscal razona, en primer término, sobre la eventual concurrencia de un óbice procesal por falta de agotamiento de la vía judicial previa, al haber desistido la parte del incidente de nulidad de actuaciones promovido contra el Auto de apelación, teniendo en cuenta que, respecto de lo resuelto previamente por el Juzgado, la resolución de la Audiencia «va más allá y de oficio y con base en un principio de orden público procesal acuerda la concurrencia de litispendencia y el archivo del proceso». Sin embargo y de inmediato rechaza la concurrencia del óbice por cuatro razones: «De un lado, porque, aunque aparezca *nominatim* la cita del Auto de apelación en el encabezamiento y sobre todo en el suplico final, lo cierto es que si se anulara dicha resolución aún subsistiría la de instancia que comportaba la aceptación de la prejudicialidad y la suspensión del proceso, que fue el origen de formular contra ese Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, el recurso mentado de apelación. En segundo lugar porque el Auto de apelación desestima expresamente dicho recurso lo que implica un juicio confirmatorio de la resolución de instancia aunque el Auto vaya más allá y acuerde estimar la concurrencia de litispendencia. Tercero, porque los argumentos esgrimidos en la demanda de amparo lo son in genere sobre las decisiones judiciales que impiden acceder a una resolución de fondo tanto sea de prejudicialidad como de litispendencia sin fiscalizar exclusivamente el rechazo sobre esta última. Cuarto, porque como hemos visto la demanda de amparo no suscita la cuestión de la incongruencia *extra petita* anudada a la indefensión por falta de audiencia a las partes». Por todo ello, descarta la exigencia del incidente de nulidad de actuaciones, pasando al examen del tema de fondo.

A este respecto, el Ministerio público se centra, en primer lugar, en los razonamientos dados en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, y critica la solución de suspender el procedimiento hasta que recaiga Sentencia firme en la causa seguida por ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid. Centrándose en el art. 11 LEC, del que observa que la legitimación para ejercitar acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios se concede, tanto a las asociaciones de consumidores y usuarios en el apartado 1, como al Ministerio Fiscal en el apartado 5,

considera que la legitimación de aquéllas «no puede impedir, y así lo reconoce el propio art. 11.1 LEC la legitimación individual de los perjudicados».

Esta última legitimación, razona, se diferencia a su vez de la prevista en el mismo precepto para ejercitar acciones de reclamación de daños, donde se distingue según que los consumidores afectados estén determinados o sean de fácil determinación (art. 11.2), o por el contrario sean indeterminados o de difícil determinación (art. 11.3 LEC); reglas que a su vez se complementan con otras sobre publicidad del procedimiento en el art. 15 de la misma LEC 1/2000. Así las cosas, considera el Fiscal que la solución interpretativa que sustenta el Auto del Juzgado de lo Mercantil «nos parece poco fundada en derecho, pudiera entenderse como arbitraria por cuanto desconoce el completo juego normativo que hemos esbozado más arriba y que se desprendería de la interpretación armónica de los arts. 11 y 15 LEC, revelando asimismo perspectivas ciertas de carácter enervante o formalista en su argumentación que justifican la vulneración aducida en la demanda de amparo relativa a un impedimento constitucional del derecho fundamental de acceso al proceso y en su seno a una resolución de fondo debidamente fundamentada de conformidad con lo tutelado en el art. 24.1 CE».

A su parecer, además, la resolución del Juzgado adolece de una deficiente fundamentación, por dos causas: «En primer lugar porque en ningún momento se ha aportado en el proceso ni el Juzgado y luego ante la Sección en apelación, ni lo aportó la entidad demandada, que eran a los que correspondía hacerlo, la documentación del proceso preexistente que permitiera de manera cierta documentar no sólo la litis del mismo y el alcance final de esta sino asimismo las relaciones procesales existentes en aquél, el momento procesal y lo actuado hasta ese momento así como los llamamientos a quienes pudieran ser parte en el mismo al tenor de los arts. 11 y 15 LEC. Y lo mismo cabe decir del art. 43 LEC para poder decidir si concurría o no prejudicialidad civil ... en ningún momento concreta ni razona cuales sean las similitudes y las diferencias que le permitan llegar a esa conclusión; un déficit argumentativo y fundamentador que es de alcance grave para con una decisión de tanta relevancia como lo es la suspensión de un proceso y el impedimento, al menos momentáneo, de que prospere el *petitum* de los demandantes».

Y en segundo lugar, prosigue diciendo, porque tampoco el Auto del Juzgado motiva por qué no era posible acordar la acumulación de procesos antes de tener que llegar a la solución de declarar la prejudicialidad, lo que supone «un nuevo ataque al deber de fundamentación de una resolución cuya exigencia de motivación es alta y exigente por las consecuencias anudadas a la misma», conforme «la constante jurisprudencia constitucional en relación con el art. 24.1 CE».

De la resolución de apelación, considera a su vez el Fiscal que incurre «en los mismos defectos constitucionales que hemos atribuido a la de instancia». Respecto de la interpretación de las normas que lleva a la Audiencia a afirmar que la admisión a trámite de una acción colectiva de nulidad de cláusulas abusivas por una asociación de consumidores y usuarios, comporta la negación de la legitimación individual reconocida a los perjudicados en el art. 11.1 LEC, da por reproducidas al efecto las consideraciones efectuadas ya a propósito del Auto del Juzgado.

A continuación, cuestiona la declaración de oficio de la litispendencia hecha por la Audiencia, lo que «podría suponer la vulneración del derecho a no padecer indefensión anudada a incongruencia *extra petita* (art. 24.1 CE) e incluso del proceso debido (art. 24.2 CE)», si bien esta queja queda afectada por el desistimiento del incidente de nulidad de actuaciones formulado por la parte. De otro lado, observa que el contenido de algunas Sentencias dictadas en materia de cláusulas abusivas tanto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, revelan la complejidad de estos asuntos, frente a la cual 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».



Concluye argumentando el Fiscal que lo que trae consigo la vulneración del art. 24.1 CE, en definitiva, «es que se prime la acción colectiva de manera radicalmente excluyente de la acción individual de los perjudicados a través de interpretaciones apodícticas, sin aportación documental suficiente del proceso de referencia que justifiquen las mismas».

10. Con fecha 9 de septiembre de 2015 se formalizó escrito de alegaciones por el representante procesal de la entidad Catalunya Banc, S.A. Así, tras solicitar la suspensión del trámite del presente recurso a la espera de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial a la que hacía referencia la parte actora, se sostiene en el escrito en cuanto al fondo de la demanda de amparo, que la crítica de los recurrentes deviene propia de la legalidad ordinaria y que el Auto de la Audiencia abordó «de forma muy razonada y argumentada» la concurrencia de la excepción de litispendencia. Hace, en su apoyo, una extensa cita del fundamento jurídico 3 de la STC 12/2009, de 12 de enero, para considerar conforme con el art. 24.1 CE la preferencia de la acción colectiva sobre la individual; sostiene que el recurrente Sr. Pacheco tuvo la oportunidad de personarse en el proceso colectivo seguido a instancias de ADICAE, y que, en todo caso, la falta de acción individual no le impide acudir a la vía de la ejecución de Sentencia que se dicte en su día en dicha acción colectiva.

11. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal dictó diligencia de ordenación el 20 de julio de 2016, requiriendo al Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, a fin de que remitieran a esta Sala, certificación o fotocopia adverada «de los documentos a que se refiere el folio 2 del escrito de contestación a la demanda». En concreto, se trataba del escrito de demanda presentado por ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid en la acción colectiva del procedimiento ordinario 471-2010, y el decreto de admisión a trámite de dicha demanda. El Juzgado *a quo* contestó a este requerimiento mediante diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia de 5 de septiembre de 2016, remitida por fax, donde se indica que una vez comprobadas las actuaciones, «no consta que se haya aportado a la contestación de demanda» aquella documentación. Sí se remitió junto a la diligencia, copia del escrito de interposición del recurso de apelación, enviado originalmente de manera incompleta.

12. Por providencia de 15 de septiembre de 2016, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo solicita en su suplico, por los motivos que expone en sus fundamentos y que luego se analizarán, que este Tribunal declare la nulidad del Auto de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictado el 9 de octubre de 2014, por vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) de los recurrentes, al haber estimado la excepción procesal de litispendencia respecto del procedimiento abierto a su instancia contra la entidad Catalunya Banc, S.A., para la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo suscrito entre ambas partes; en favor del procedimiento instado a su vez en el año 2010 por la Asociación de usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE) contra diversas entidades financieras –entre ellas la aquí demandada–, en ejercicio de una acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid.

Ahora bien, aunque no en el suplico, el escrito de demanda sí que hace referencia en sus fundamentos a que el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona había dictado Auto el 24 de julio de 2013, acordando estimar la excepción de prejudicialidad del art. 43 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) planteada por la entidad demandada, en relación con aquel otro proceso seguido a instancias de ADICAE, trayendo consigo que se suspendieran las actuaciones hasta recaer Sentencia firme en este último, a fin de estar a lo resuelto en el mismo para dilucidar la controversia aquí planteada. Esta decisión judicial propició, según explica la propia demanda, la interposición de un recurso de apelación en el que,

aparte de otros argumentos, se hizo expresa invocación del art. 24.1 CE, al entenderse como impeditiva del derecho de los recurrentes a obtener una resolución de fondo sobre sus pretensiones.

A la vista de esa denuncia, y dado que la demanda en ningún momento afirma que el Auto de la Audiencia hubiere reparado la lesión producida por el Juzgado *a quo*, ha de entenderse que el recurso de amparo se plantea en realidad contra ambas resoluciones judiciales, siguiendo la doctrina de este Tribunal en cuya virtud, el escrito de demanda de amparo «constituye un todo unitario, cuya lectura ha de acometerse con un criterio flexible y no formalista, importando sobre todo que el escrito permita conocer “la vulneración constitucional denunciada y la pretensión deducida” (por todas, STC 214/2005, de 12 de septiembre, FJ 2 y las que en ella se citan)» (STC 123/2010, de 29 de noviembre, FJ 2).

2. Aclarado lo que antecede y antes de entrar en el examen del fondo del recurso, hemos de dar, aunque sea de modo sucinto, debida respuesta al óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa al amparo, ex art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), suscitado inicialmente por el Ministerio Fiscal aunque luego descartado por el mismo, en base a las razones que aquél esgrime y que han sido reflejadas en los antecedentes de esta Sentencia.

Al respecto hay que señalar que, en su escrito de alegaciones, el Ministerio público había hecho inicial referencia a la necesidad de promoción del incidente de nulidad de actuaciones [art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)] contra el Auto de apelación, en cuanto que eventualmente podría imputarse al mismo una lesión autónoma del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por lo que habría debido darse a la Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona la oportunidad de repararla. Además, en el supuesto de autos hubo concurrido la circunstancia de que el incidente había sido inicialmente formalizado por los ahora demandantes de amparo, si bien aquéllos habían desistido en fechas inmediatamente posteriores, y, en todo caso, antes de su resolución por la Sala, que accedió a dicho desistimiento.

Pues bien, para dar respuesta a la cuestión suscitada, ha de tenerse en cuenta que la demanda de amparo alega como único motivo la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la Jurisdicción (art. 24.1 CE), que, a su parecer, se ha conculcado por una interpretación de la legalidad procesal que, en su sustrato, comparten, tanto el Juzgado como la Audiencia, como es la negación a que se dicte Sentencia de fondo resolviendo las pretensiones de las partes con arreglo a la razón de pedir expuestas por éstas en sus escritos y con ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en el caso. A partir de esta afirmación, es cierto que los dos órganos judiciales han llegado a soluciones distintas, puesto que, mientras que el Juzgado apreció la existencia de prejudicialidad civil y acordó suspender el curso de las actuaciones hasta que fuera resuelto el proceso de acción colectiva seguido en otro Juzgado de Madrid, la Audiencia Provincial decidió estimar, en cambio, la litispendencia y archivar las actuaciones. Pero, en ambas instancias, lo que, al final, aconteció es que los ahora demandantes de amparo vieron impedido su acceso a la Jurisdicción y, por ende, la decisión judicial de fondo que resolviera sobre sus pretensiones, de ahí que este pedido es lo que constituye la única razón de ser de su demanda de amparo, sin que hayan deducido en su demanda ninguna otra pretensión ni aducido vulneración del mismo o de otro derecho fundamental por distintos argumentos a los expuestos.

Por ello, ha de entenderse correctamente agotada la vía jurisdiccional previa pues los demandantes han acudido a este Tribunal esgrimiendo una única petición, la de tener acceso a la Jurisdicción y poder ejercitar individualmente ante los tribunales de justicia una acción de declaración de cláusula abusiva y reclamación de cantidad subsiguiente, con obtención de una resolución judicial de fondo a sus pretensiones; en definitiva, la única vulneración de derechos fundamentales que han alegado es la de su denuncia del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la Jurisdicción y esta pretensión la han invocado a lo largo de todo el *iter* judicial, tanto en la primera instancia como en el trámite de apelación ante la Sala Provincial, de ahí que la vía judicial previa se

entienda agotada sin necesidad en este caso de tener que promover un incidente de nulidad de actuaciones.

En consecuencia, procede rechazar el óbice procesal enjuiciado, lo que, por otra parte, así lo entendió también el Ministerio Fiscal, que, en su escrito de alegaciones, no lo planteó finalmente, pese a suscitarse de modo inicial.

3. Adentrándonos ya en el análisis de la cuestión de fondo suscitada en la demanda, ha de determinarse ahora el derecho fundamental que se denuncia en el recurso, así como el canon de control a seguir por este Tribunal, partiendo para ello de la situación jurídica de los recurrentes resultante de su paso por la vía judicial previa, la cual, como ya se ha dicho, se cerró con el dictado del Auto de la Audiencia Provincial que archivó las actuaciones por litispendencia.

Sobre el contenido esencial del derecho de acceso a la jurisdicción, hemos recordado recientemente, con cita de otras resoluciones anteriores, que «este Tribunal Constitucional ha mantenido de forma constante que el derecho a la tutela judicial efectiva, “que incluye el derecho a obtener una resolución judicial de fondo cuando no existen obstáculos legales para ello” (STC 107/1993, de 22 de marzo, FJ 2), puede satisfacerse igualmente con “una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia”» (STC 49/2016, de 14 de marzo, FJ 3). Para ponderar su posible vulneración judicial, nuestro canon de control aplicable, como precisa la STC 106/2013, de 6 de mayo, FJ 4, no se limita a verificar si la resolución impugnada «incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino que también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos, debiendo ponderarse en ese juicio de proporcionalidad, de una parte, los fines que ha de preservar la resolución cuestionada, y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican». De cualquier modo, también dejamos ahí advertido que «no es función de este Tribunal determinar qué interpretación de la legislación procesal debe llevarse a cabo por los órganos judiciales, puesto que implicaría una invasión del ámbito propio de su jurisdicción en la aplicación de la legalidad ordinaria. Lo que nos compete es analizar si la interpretación que en este caso concreto han realizado los órganos judiciales a través de las resoluciones impugnadas es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia».

4. En aplicación de la doctrina de referencia, un examen *prima facie* de las normas que regulan en nuestro ordenamiento, de manera por cierto algo dispersa, la llamada acción colectiva de cesación de cláusulas contractuales, no permite sustentar la tesis del desplazamiento o exclusión de la acción individual de nulidad de cláusulas abusivas, en beneficio de la referida acción de cesación:

a) Ley de condiciones generales de la contratación: la acción de cesación de cláusulas se configura como instrumento de tutela jurisdiccional para la defensa de intereses colectivos en el ámbito contractual, con una primera regulación que se mantiene con pocos cambios hasta hoy, en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Como reconoce el preámbulo de la exposición de motivos de esta Ley, se trataba de transponer a nuestro ordenamiento la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, «sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», en la cual sin embargo no se articula un proceso de estas características, si bien el art. 7 de dicha Directiva señala lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen

carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.»

En desarrollo de esta previsión del art. 7.2, el 30 de octubre de 1997 se aprobó la posición común (CE) núm. 48/1997, del Consejo, «con vistas a la adopción de la Directiva 97/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de... relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores» (DOCE núm. C 389 de 22 de diciembre de 1997, pág. 0051). En su texto se recogían ya los caracteres básicos de este proceso especial, que finalmente se plasmarían en la Directiva 98/27, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo.

Sobre la base, pues, del art. 7 de la Directiva 93/13/CEE y de la posición común (CE) núm. 48/1997, del Consejo, la Ley 7/1998, de 13 de abril optó en sus arts. 12 y ss. por regular el ejercicio de tres acciones colectivas (de cesación, retractación y declarativa) «contra la utilización o recomendación de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas»; fuesen cláusulas (de adhesión) ofertadas a profesionales o a consumidores, pero reservando el control de nulidad por abuso únicamente a los contratos dirigidos a estos últimos (art. 8.2).

Interesa destacar aquí dos aspectos: (i) en el subjetivo, la legitimación activa para promover cualquiera de estas acciones se circunscribe a las entidades de clase, organizaciones de derecho público e instituciones, incluido el Ministerio Fiscal, señaladas en el art. 16. No se otorga legitimación a adherentes individuales.

(ii) En cuanto al objeto, el art. 12.2, primer apartado, señala que la acción de cesación «se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo». El proceso no tiene por fin enjuiciar contratos ya suscritos, basta acreditar que la cláusula impugnada figura en los contratos que en la práctica comercializa u ofrece el demandado (control abstracto).

En el apartado segundo del mismo art. 12.2, su redacción original dejaba abierta sin más precisiones, la posibilidad de exigir al profesional en trámite de ejecución de sentencia la devolución de las cantidades cobradas con ocasión de cláusulas nulas, una vez estimada judicialmente la (demanda) de cesación.

En todo caso, la Ley en ninguna de sus normas impuso ni impone la suspensión o el archivo de los procesos de nulidad individual una vez admitida a trámite una demanda de cesación, en la que se impugne la cláusula de la misma entidad. Al contrario, la exposición de motivos de la Ley 7/1998 reafirma la efectividad del derecho a la acción de nulidad individual, frente a las acciones del art. 12, al ser distintas y no excluyentes entre sí:

«Esta nulidad, al igual que la contravención de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación reconocidas con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello en el capítulo IV y que tienen un breve plazo de prescripción.» (Exposición de motivos, II).

«El capítulo IV regula las acciones colectivas encaminadas a impedir la utilización de condiciones generales que sean contrarias a la ley, como son la acción de cesación ... la de retractación ... y la declarativa. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar las acciones individuales de nulidad conforme a las reglas comunes de la nulidad contractual o la de no incorporación de determinadas cláusulas generales.» (Exposición de motivos, IV).

Menos de dos años después de su entrada en vigor, la disposición final sexta de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, modificó, entre otros, el citado art. 12 de la Ley 7/1998, quedando así redactado:

«12.2 La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.»

El primer apartado mantiene, con retoques técnicos, el objeto propio y principal de dicha acción, que sigue siendo de control abstracto de las cláusulas, sin perjuicio –con arreglo a lo que viene a prever el apartado segundo– de que puedan aportarse por la parte actora algunos contratos concretos (si los afectados ponen su caso a disposición de la entidad legitimada). El apartado segundo permite ahora deducir dentro de la demanda de cesación, para su resolución en sentencia, la posible solicitud –siempre por alguna de las entidades del art. 16, de manera cerrada– de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas y la indemnización de daños y perjuicios. Pretensión ésta a la que el mismo precepto califica de «accesoria», y que, cabe reiterar, no excluye ni restringe la interposición de acciones de nulidad individual por los interesados, excepto, claro, que éstos hayan confiado su defensa a la entidad legitimada en dicho proceso de cesación, y tal acumulación de pretensiones haya sido admitida por el tribunal competente.

b) Ley de enjuiciamiento civil: en su tenor original, la Ley 1/2000 no hizo mención a las acciones de cesación de cláusulas contractuales. Con todo, su art. 11 en su apartado 1, señala que «sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados», se confiere legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para «defender en juicio... los intereses generales de los consumidores y usuarios». En este ámbito cabe enmarcar sin dificultad dialéctica, como hacen los recurrentes y el Ministerio Fiscal, a las acciones de cesación de cláusulas contractuales, y por tanto este art. 11.1 LEC garantiza el ejercicio de las acciones individuales de nulidad.

En un plano distinto, como precisa asimismo el Fiscal en su escrito de alegaciones, los apartados 2 y 3 del mismo art. 11 LEC regulan el ejercicio de acciones colectivas para la reclamación de daños y perjuicios causados a una pluralidad de consumidores y usuarios, concediendo legitimación a las asociaciones de consumidores, a las entidades constituidas para la defensa de los afectados, y en su caso (si son consumidores determinados o determinables) al propio grupo de afectados (ente sin personalidad jurídica que ostenta la condición de parte –art. 6.1.7 LEC– y actúa en juicio a través de un representante –art. 7.7–).

Mas sucede que en estas acciones de reclamación de daños sí se prevé expresamente la intervención como parte de los consumidores individuales, tanto *ab initio* (siendo defendidos por la asociación actora, o formando parte del grupo de afectados constituido como tal), como con posterioridad a su admisión a trámite, lo que se logra con las reglas de llamamiento al proceso y publicidad contenidas en el art. 15 LEC, de donde derivan precisamente las reglas especiales dictadas en cuanto a la extensión de los efectos subjetivos de estas Sentencias, en los arts. 221, 222 y 519 de la misma LEC.

Transcurrido poco más de un año desde la entrada en vigor de la Ley de enjuiciamiento civil, el legislador español acometió la transposición de la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, «relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores», aprobando al respecto la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que también sirvió para incluir diversas referencias a dicha acción en la Ley de enjuiciamiento civil (art. 1 de la Ley 39/2002).

La más importante de esas modificaciones, a los efectos que aquí tratamos, es la adición de un apartado 4 al artículo 15 LEC, con la finalidad de excluir las reglas de publicidad del proceso (aplicables, acaba de indicarse, a las reclamaciones colectivas de daños de los arts. 11.2 y 11.3) cuando se trate del ejercicio de las acciones de cesación, tanto de nulidad de cláusulas, como las entabladas contra conductas ilícitas empresariales, modalidad esta última de cesación que dicha Ley 39/2002 introdujo, a su vez, en el articulado de la legislación de consumidores, como enseguida se verá. El art. 15.4 LEC señala, desde entonces:

«Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.»

La exposición de motivos de la Ley 39/2002 justificó este añadido en razones de celeridad procesal (apartado II). En cualquier caso, resulta evidente que al eliminarse las medidas de publicidad del proceso para las acciones de cesación, 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.

c) Ley de consumidores y usuarios: En lo que aquí importa destacar, el vigente texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, ha optado por unificar en un único precepto, el art. 53, las dos modalidades de acción de cesación (de nulidad contractual y contra conductas ilícitas) que contemplaba la anterior normativa sobre la materia (Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, que en esta cuestión, había sido modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre), derogada por aquel.

Así, en el art. 53, primer apartado se dispone que «la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato».

En lo que importa a la acción de cesación contractual, los dos apartados siguientes del precepto consolidan la posibilidad de acumular pretensiones distintas a la nulidad en abstracto de la cláusula: solicitudes «de anulabilidad... de incumplimiento de obligaciones... de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las... estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas».

Pero una vez más, y esto es lo determinante, la ley 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 resumen, de lo expuesto se deriva que 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, resultando más bien claras las expresiones del legislador en sentido contrario a esa tesis restrictiva del derecho de acceso a la jurisdicción.

5. Resta todavía por hacer referencia al tratamiento que recibe la acción de cesación en el ámbito del Derecho comunitario, pues en él tiene su origen este proceso diseñado con una naturaleza y función muy definidos, que el legislador español ha transpuesto a nuestro Derecho interno con el resultado ya examinado. Como recordamos recientemente en la STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4: «ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, “de rango y fuerza constitucionales” [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a), con cita de otras]. Ahora bien, ello no significa, obviamente, que este Tribunal deba abstenerse de cualquier valoración sobre un acto de los poderes públicos ante él recurrido cuando el mismo aplica Derecho de la Unión Europea o, al contrario, se plantee su posible contradicción con éste, pues ello implicaría una abdicación de nuestra función señalada en los arts. 53.2 y 161.1 b) CE. Significa, mucho más simplemente, que cuando ello sucede debemos abordar esa denuncia desde la perspectiva que nos es propia, valorando si con ese acto de los poderes públicos recurrido ante la jurisdicción constitucional se ha ocasionado o no alguna vulneración a los derechos fundamentales y libertades públicas cuya tutela tenemos encomendada, de conformidad con los preceptos constitucionales antes citados, que son los únicos que vinculan a este Tribunal como recuerda el art. 1.1 de la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional (LOTIC). En este sentido, la STC 58/2004, FJ 11, con cita de la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)». Para alcanzar este propósito debemos atender a lo que disponen los propios instrumentos jurídicos comunitarios sobre el problema que nos ocupa, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

a) En primer lugar, la lectura de la normativa comunitaria resulta en este aspecto bastante reveladora: así, la Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación, ya citada, aclara en su Consideración 2 que «por intereses colectivos se entiende los intereses que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción; que esto no obsta a las acciones particulares ejercitadas por particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción».

El objeto de la acción, que no se ciñe al control de nulidad del clausulado sino a la «cesación o prohibición de toda infracción» [art. 2.1 a)], entendida esta última como «todo acto contrario a las Directivas» dictadas en materias de consumidores que figuran en su anexo (art. 1.2), no incluye la posibilidad de fijar ningún pronunciamiento a favor de consumidores concretos, ni la condena a la devolución de lo pagado o la indemnización de daños y perjuicios. Únicamente se prevé la alternativa de imponer una multa coercitiva a la parte demandada si incumple la decisión, «a abonar al Tesoro Público o al beneficiario designado por la legislación nacional» [art. 2.1 c)].

Este mismo esquema se traslada a la actual 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», la cual derogó aquella de 1998; pasando la anterior consideración 2 a tener el numeral 3, y conservando su texto los arts. 1 y 2 ya citados.

El enfoque de control abstracto y preventivo de la acción de cesación queda patente en la recomendación de la comisión 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» (DOCE L 201/60, de 26 de julio de 2013). Como se desprende de su propio título, la comisión identifica como instrumentos de tutela colectiva distintos, la acción de cesación –prevista en la Directiva 2009/22/CE– y las acciones de indemnización de daños y perjuicios implementadas por los Estados, hasta el punto de que tras unos «principios comunes» a ambos mecanismos, la comisión separa las recomendaciones destinadas a cada uno de ellos (el de cesación, en el epígrafe IV, recc. 19 y 20). En lo que importa destacar aquí, la recomendación reitera la importancia de las acciones individuales, hasta el punto de que la consideración 8 valora su ejercicio por los afectados como el medio «habitual para resolver los conflictos, evitar daños y reclamar una indemnización»; reconociendo más adelante en la consideración 11, que «el procedimiento de cesación introducido por la Directiva no permite obtener una indemnización a las personas que aleguen haber sufrido perjuicio». Destaca además la recomendación, que la integración del afectado individual en acciones colectivas, iniciativa que debe ser siempre voluntaria (sistema *opt-in*), se incardina dentro de las acciones colectivas de indemnización (epígrafe V, Recc. 21 a 24), pues es ahí donde sitúa las pretensiones de condena para la adopción de medidas reparadoras del derecho en beneficio de personas concretas.

Se evidencia de lo dicho, que la acción de cesación creada por las Directivas comunitarias no pretende erigirse en mecanismo sustitutivo del ejercicio de las acciones individuales en el ámbito de los consumidores; tampoco en materia de nulidad contractual. El ordenamiento español, como ya se constató, ciertamente ha efectuado una ampliación del objeto de esta acción de cesación hacia pretensiones de carácter económico, ampliación que en sí misma no infringe dichas Directivas, las cuales expresamente dejan hecha reserva a «una más amplia facultad de actuación de los Estados» (art. 7 DD. 98/27/CE y 2009/22/CE). Pero siempre y cuando esto último no acarree la exclusión de las acciones individuales.

b) Adquiere además particular relevancia a los efectos del presente amparo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016, relativa a las cuestiones prejudiciales suscitadas en relación con el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, asuntos acumulados C-381/14 (Jorge Sales Sinués y Caixabank, S.A.) y C-385/14

(Youssef Drame Ba y Catalunya Caixa, S.A.), planteadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, en torno justamente al problema que aquí nos ocupa, bien que desde la óptica de la infracción del ordenamiento comunitario. A dichas cuestiones prejudiciales se han referido las partes en los escritos del presente recurso, según se ha dejado mención antes, y en todo caso y conforme a nuestra doctrina «corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva [SSTC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6, y 232/2015, FJ 5 c)]».

En ambos asuntos se trata del ejercicio de acciones individuales de nulidad de cláusula suelo incorporada en contratos de préstamo, que se impugnan por abusivas, y en ambos la entidad financiera demandada solicitó la suspensión de los procedimientos por estar admitida a trámite la ya aludida demanda de cesación interpuesta por la asociación ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, entre las que figuraban cláusulas con el mismo contenido que aquéllas. El Juzgado promotor de las cuestiones prejudiciales accedió a la suspensión solicitada aplicando el art. 43 LEC, esto es, apreciando prejudicialidad, que no litispendencia (no, por tanto, el efecto más intenso de archivo definitivo de las actuaciones), y elevó al Tribunal de Justicia la consulta de si la interpretación que sostiene de aquel precepto, con la consecuencia de suspender el procedimiento individual hasta que recaiga Sentencia firme en el proceso de cesación colectivo, puede considerarse o no un «medio eficaz» de tutela de los derechos de los consumidores, en orden a lo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE.

Conviene aclarar que el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la eventual contradicción del art. 43 LEC con el Derecho comunitario, sino acerca de la interpretación judicial del mismo ofrecida por el órgano judicial que suscita la cuestión: «tal como se desprende de la interpretación del órgano judicial remitente, en circunstancias como las que concurren en este caso, ese órgano jurisdiccional está obligado, en virtud del artículo 43 de la Ley de enjuiciamiento civil, a suspender la acción individual de la que conoce hasta que se resuelva mediante sentencia firme la acción colectiva cuya solución pueda aplicarse respecto de la acción individual y, de ese modo, el consumidor no puede hacer valer de forma individual los derechos reconocidos por la Directiva 93/13 desvinculándose de dicha acción colectiva» (STJUE, apartado 35; en términos similares también el apartado 38).

El criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta contrario a considerar respetuosa tal exégesis, con el art. 7 de la Directiva indicada. Se funda para ello en las diferencias que existen entre las acciones de cesación y las acciones individuales, pues siendo las primeras de «carácter preventivo y... finalidad disuasoria» (apartado 29), ambas «tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes...sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13» (apartado 30). Y recuerda que si bien «corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer» las reglas que regulen las relaciones entre ambas clases de acciones, dichas reglas deben cumplir tanto con el principio de equivalencia («no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno»), como el de efectividad («que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los consumidores»: apartado 32).

Es este segundo principio el que se considera inobservado por el Tribunal, pues la solución propuesta «puede redundar en perjuicio de la efectividad de la protección prevista por esta Directiva a la luz de las diferencias en cuanto al objeto y la naturaleza de los mecanismos de protección de los consumidores que se materializan en esas acciones» (apartado 36), dado que «el consumidor queda obligatoriamente vinculado por el resultado de la acción colectiva, incluso cuando decida no participar en la misma, y la obligación que el artículo 43 de la Ley de enjuiciamiento civil impone al Juez nacional impide a éste



realizar un análisis propio de las circunstancias que concurren en el asunto del que conoce. En particular, no serán determinantes a efectos de la resolución del litigio individual ni la cuestión de la negociación individual de la cláusula respecto de la que se alega el carácter abusivo, ni la naturaleza de los bienes o de los servicios objeto del contrato en cuestión» (apartado 37).

Se quiere con ello referir la Sentencia a la previsión del art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, por mor de la cual «el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».

Cabe apuntar que esta misma cuestión fue objeto de reflexión en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 241/2013, de 9 de mayo, FFJJ 235 a 238 y 246, reconociendo que en el ámbito de la acción de cesación, de control abstracto de la cláusula, esta regla de enjuiciamiento en atención a las circunstancias del caso –regla contenida también, precisa nuestro Alto Tribunal, en el art. 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios–, debe «matizarse».

Otro aspecto relacionado con esta merma del principio de efectividad, es la prerrogativa que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea le reconoce al consumidor para renunciar a sus derechos, incluyendo el de impugnar la nulidad de aquella cláusula abusiva que le afecta: «No obstante, en caso de que el juez nacional aprecie que una cláusula es abusiva, el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula» (apartado 25). A partir de este postulado, pues, la STJUE entronca con el principio de efectividad declarando que con la adhesión de un consumidor a la acción colectiva: «pierde necesariamente los derechos que le serían reconocidos en el marco de una acción individual, esto es, la toma en consideración de todas las circunstancias que caracterizan su causa, y la posibilidad de renunciar a que no se aplique una cláusula abusiva, “a fortiori” si no puede desvincularse de la acción colectiva» (apartado 40).

El alcance de la facultad de renuncia a la nulidad de la cláusula abusiva, se recoge también en la indicada Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 241/2013, en los fundamentos jurídicos 117 a 119, con cita de resoluciones anteriores del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como consecuencia de lo expuesto, colige el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de abril de este año, que «esa regla nacional resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas, en contra de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13» (apartado 39). Sin que obste a tal apreciación el peligro de sentencias contradictorias, razona, ya que «la diferente naturaleza del control judicial ejercido en el marco de una acción colectiva y en el marco de una acción individual debería, en principio, evitar el riesgo» (apartado 41); así como tampoco la sobrecarga de trabajo de los tribunales, pues «el ejercicio efectivo de los derechos subjetivos que la Directiva 93/13 reconoce a los consumidores no puede quedar obstaculizado por consideraciones vinculadas a la organización judicial de un Estado miembro» (apartado 42). Como resultado, declara en su parte dispositiva:

«El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista

sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.»

La decisión manifestada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cabe insistir de nuevo, lo es a propósito de una interpretación de las normas –propuesta por el Juez español– que conduce a la suspensión de la causa por tiempo indeterminado de varios años, pero sin archivo definitivo. Es evidente, por tanto, que esta doctrina resulta aplicable con igual o mayor fuerza, cuando la respuesta jurisdiccional ha sido la de poner fin al litigio, como aquí ha hecho la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, al declarar la litispendencia.

6. Llegados a este punto, estamos en condiciones ya de dar respuesta a la denuncia planteada por la demanda. La lectura de los Autos impugnados evidencia que, prescindiendo del marco normativo propio de las acciones colectivas de cesación al que debía atenderse, tanto el Juzgado, que en esto declara seguir el criterio que entonces conocía de la propia Sección *ad quem*, como sobre todo esta última, han denegado la tutela jurisdiccional solicitada a través de la demanda de nulidad individual de cláusula abusiva, remitiendo a los actores a un proceso de cesación iniciado casi dos años antes en un Juzgado de Madrid por una asociación de consumidores. Para ello se aplican las reglas propias de otro tipo de acciones, las de reclamación de daños de los arts. 11.2 y 11.3 LEC y preceptos concordantes de esta última, excepto el que realmente importaba aquí: el apartado cuarto del art. 15 de la LEC, que como ya se ha visto, dispensa de adoptar las medidas de llamamiento y publicidad del proceso en todas las modalidades de acción de cesación, con desaparición, así, de toda posible carga procesal del reclamante individual por tener que acudir al proceso de cesación, cuyas disposiciones (Ley de condiciones generales de la contratación y texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios) no prevén siquiera la legitimación de afectados individuales, aunque éstos podrían confiar su caso a alguna de las entidades legitimadas como pretensión acumulada, lo que aquí sin embargo no sucedió.

En consecuencia, si los aquí recurrentes no eran parte en ese proceso de acción colectiva, ni estamos en un supuesto de legitimación indirecta impuesta *ex lege* (como en el ámbito de la defensa colectiva de los derechos de propiedad intelectual y las entidades de gestión especializadas: SSTC 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 3 y 123/2010, de 29 de noviembre, FJ 3), la conclusión lógica es que falta la identidad del elemento subjetivo necesario entre ambos procesos, el de cesación y el individual, para poder acordar la litispendencia.

A mayor abundamiento, resulta que ni siquiera en las actuaciones del proceso ordinario instado por los recurrentes, la entidad demandada aportó la documentación del proceso de cesación de ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, como acertadamente advierte el Fiscal en su escrito de alegaciones y corrobora la diligencia de ordenación de la Secretaría del Juzgado *a quo*, de 5 de septiembre de este año, en contestación al previo requerimiento de este Tribunal. Por otro lado, deviene irrelevante que la demanda de cesación mencionada hubiere sido publicada en medios de comunicación nacional, por acordarlo así el Juzgado competente, pues lo cierto es que, a falta de una carga procesal impuesta por la ley, los aquí recurrentes no tenían que atender al emplazamiento efectuado, ni en ese ni en otro proceso de cesación en cualquier parte del territorio nacional, por más que apareciere impugnada una cláusula del mismo contenido que la suya, ni antes ni después de formalizar demanda individual de nulidad de su cláusula y solicitud de devolución de lo pagado por ella.

La identidad –que no mera similitud– de objeto entre ambos procesos, de otro lado, resulta cuanto menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que

el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero 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 (arts. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado *a quo*, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula.

Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual 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 en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas.

Los Autos recurridos en amparo, por lo demás, citan pero no aplican el art. 11.1 LEC, que precisamente garantiza el ejercicio de acciones individuales –en este y múltiples ámbitos– con independencia de la promoción por las asociaciones de consumidores, de acciones en defensa de los intereses generales de estos.

En cuanto a la invocación de la STC 12/2009, realizada en el escrito de alegaciones de la entidad financiera personada en este amparo, resulta inconducente a los efectos que aquí se tratan, puesto que, al margen de referirse al proceso laboral, el asunto concierne al intento de personación de un trabajador individual en un proceso de conflicto colectivo cuya legitimación activa correspondía únicamente, a falta de un interés singularizado, a entidades representativas (sindicatos y asociaciones empresariales). La Sentencia desestimó el amparo, pero lo hizo recalcando el derecho que tenía el entonces recurrente para ejercitar todas las acciones individuales que sirvieran a la defensa de sus derechos (FJ 5). Que es, justamente, lo que aquí ha venido a negarse a los actores en su demanda de nulidad por cláusula abusiva.

7. En definitiva, empleando palabras de la STC 106/2013 ya citada, FJ 5, del «examen de las resoluciones impugnadas se desprende que los órganos judiciales han realizado una interpretación de la ley procesal, principalmente de los artículos mencionados, que, superando su tenor literal, han impedido a la parte recurrente obtener una resolución de fondo sobre determinadas pretensiones». En este caso, además, de modo contrario al Derecho comunitario aplicable, conforme con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes examinada.

Ello determina la estimación del amparo solicitado, por vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) de los recurrentes, por carecer de base legal las resoluciones recurridas.

Como efectos propios de la estimación del amparo por vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción de los recurrentes, declaramos la nulidad de los Autos recurridos y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado el Auto de 24 de julio de 2013, para que el Juzgado de lo Mercantil *a quo* provea en términos que resulten respetuosos con el derecho fundamental declarado. Esto es, ordenando la continuación del procedimiento en primera instancia (juicio ordinario 779-2012) hasta su resolución por Sentencia que resuelva el fondo de las pretensiones deducidas por las partes.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el amparo interpuesto por don Jorge Pacheco Cordero y doña Raquel Blanco Ruiz, y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.º Restablecerlos en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, de 24 de julio de 2013 (procedimiento ordinario núm. 779-2012); así como la nulidad del Auto de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 2014 (rollo de apelación núm. 500-2013).

3.º Retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de 24 de julio de 2013, para que el Juzgado de lo Mercantil *a quo* provea a las actuaciones de una manera que resulte respetuosa con el derecho fundamental declarado, en los términos que fijamos en el anterior fundamento jurídico 7.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil dieciséis.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.