



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 3
A CORUÑA**

AUTO: 00028/2014

N10300
CAPITAN JUAN VARELA S/N (LA CORUÑA)
Tfno.: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

N.I.G. 15030 42 1 2011 0000090
ROLLO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000041 /2011
RECURSO DE APELACION (LECN) 0000456 /2013
Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 9 de A CORUÑA
Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000041 /2011

Apelante: ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE)
Procurador: NURIA ROMAN MASEDO
Abogado: JUAN FRANCISCO LLANOS ACUÑA
Apelado: MINISTERIO FISCAL, NCG BANCO, SA
Procurador: doña Patricia Berea Ruiz
Abogado: don Álvaro López de Argumedo Piñeiro

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN TERCERA
A CORUÑA**

NOTIFICADO EL 06/03/14

AUTO

Número 00028/2014

Presidenta:

Ilma. Sra. doña María-Josefa Ruiz Tovar

Magistrados:

Ilma. Sra. doña María-José Pérez Pena

Ilmo. Sr. don Rafael-Jesús Fernández-Porto García

En A Coruña, a veintiocho de febrero de dos mil catorce.

Visto el presente recurso de **apelación**, tramitado bajo el **número 456/2013**, por la **Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, interpuesto contra los Autos dictados con fechas 26 de noviembre de 2012 y 20 de febrero de 2013, en el **procedimiento ordinario** tramitado bajo el número 41 de 2011 ante el **Juzgado de Primera Instancia número 9 de La Coruña**, en el que son parte:

Como **apelante**, la demandante “**ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS DE ESPAÑA**”, con domicilio en Zaragoza, calle Gavín, 12, con número de identificación fiscal G-50 464 932, representada por la procuradora doña Nuria Román Masedo, bajo la dirección del abogado don Juan-Francisco Llanos Acuña.

Como **apelado**, la demandada “**NCG BANCO, S.A.**”, con domicilio social en La Coruña, calle Rúa Nueva, 30-32, con número de identificación fiscal A-70 302 039, representada por la procuradora doña Patricia Berea Ruiz, y dirigida por el abogado don Álvaro López de Argumedo Piñeiro.

Con la intervención del **MINISTERIO FISCAL**, que impugnó la resolución apelada.

Versa la apelación sobre estimación en la audiencia previa de las excepciones de indebida acumulación subjetiva y objetiva de acciones, así como falta de legitimación activa para acción colectiva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Auto de primera instancia.*-Aceptando los del Auto dictado con fecha 26 de noviembre de 2012, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de La Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «*En relación con las acciones colectivas entabladas por ADICAE se acuerda lo siguiente:*

DESACUMULACIÓN de la acción de cesación ejercitada para su tramitación, en su caso, en el procedimiento correspondiente.

SOBRESEIMIENTO O ARCHIVO de las acciones colectivas restitutoria, de indemnización y de enriquecimiento injusto por falta de legitimación activa de ADICAE.

En relación con las acciones individuales ejercitadas por los consumidores personados se aprecia la indebida acumulación de acciones invocada por la demandada, requiriendo a la representación procesal de los distintos reclamantes personados para que en plazo de 5 días subsane el defecto e identifique la concreta acción de las ejercitadas que pretende dilucidar en este procedimiento.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

No se hace pronunciamiento en materia de costas».

Interpuesto recurso de reposición contra alguno de dichos pronunciamientos, se dictó auto el 20 de febrero de 2013 por el que se acordó: «*Se desestima el recurso interpuesto y se sobresee el procedimiento en los términos expuestos».*

SEGUNDO.- *Recurso de apelación.-* Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España”, dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se presentó por “NCG Banco, S.A.” escrito de oposición al recurso. Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 20 de septiembre de 2013, previo emplazamiento de las partes.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

TERCERO.- *Admisión del recurso.-* Se recibieron en esta Audiencia Provincial las actuaciones remitidas por el Juzgado el 21 de octubre de 2013, se registraron bajo el número 456/2013, y siendo turnadas a esta Sección el 22 de octubre de 2013. Por el Sr. Secretario Judicial se dictó el 4 de noviembre de 2013 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, designando ponente e indicando los componentes del tribunal.

CUARTO.- *Personamientos.-* Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña Nuria Román Masedo en nombre y representación de “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España”, en calidad de apelante, para sostener el recurso; así como la procuradora doña Patricia Berea Ruiz, en nombre y representación de “NCG Banco, S.A.”, en calidad de apelado. Se dictó providencia mandando quedar el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

QUINTO.- Señalamiento.- Por providencia de 20 de enero de 2014 se señaló para votación y fallo el pasado día 18 de febrero de 2014, en que tuvo lugar.

SEXTO.- Desistimientos individualizados.- La procuradora doña Nuria Román Masedo, manifestando actuar en nombre y representación de varias personas individuales, presentó escrito desistiendo del recurso de apelación en nombre de las mismas.

SÉPTIMO.- Ponencia.- Es ponente el Ilmo. Sr. magistrado don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fundamentación de la resolución apelada.- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho del Auto apelado, que se dan por reproducidos, como parte integrante de la presente, en aras a inútiles repeticiones, en cuanto no discrepen de los que se exponen a continuación.

SEGUNDO.- Objeto del litigio.- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España”, por sí y en representación y defensa de un colectivo individualizado de personas, supuestamente todos consumidores, formuló demanda contra “NCG Banco, S.A.”, por cuanto esta había comercializado un producto denominado “contrato de cobertura sobre hipoteca” o “hipoteca tranquila”, que es un producto financiero complejo, conocido como contrato de permuta de intereses, con publicidad engañosa por cuanto ofrecía al cliente blindarse contra futuras subidas de los tipos de interés. La entidad bancaria sabía que los tipos de interés evolucionarían a la baja, por lo que actualmente cobra a los clientes una diferencia sustancial, impidiendo que puedan desvincularse. En lo que aquí afecta, en las peticiones principales de la demanda se solicita que se dicte sentencia por la que:

(a) Estimando la acción colectiva de cesación:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

1) Se ordene a la demandada a cesar en la conducta, y se prohíba su reiteración futura, de percibir de los consumidores cualquier ingreso económico o beneficio derivados de productos financieros complejos, especulativos y de alto riesgo, específicamente los derivados financieros denominados “contrato de Cobertura sobre Hipoteca”, comercializados por la entidad financiera demandada a estos consumidores como instrumentos de “cobertura” del riesgo de incremento de los tipos del interés asociado a un préstamo o crédito concertado a interés variable.

2) Se le ordene cesar en la conducta, y a prohibirle la reiteración futura, de comercializar productos financieros complejos, especulativos y de alto riesgo, específicamente los derivados financieros denominados “contrato de Cobertura sobre Hipoteca”.

(b) Estimando la acción colectiva restitutoria, se condene a la demandada a reintegrar a los consumidores las cantidades a determinar en ejecución de sentencia sobre la base de todas las que sean abonadas por los mismos, hasta ahora y en lo sucesivo, por virtud del denominado contrato “de Cobertura sobre Hipoteca” en los conceptos de “liquidaciones negativas” periódicas, de “valor de la cancelación anticipada”, , todo ello con los correspondientes intereses legales desde que hubiesen sido abonadas por los consumidores.

(c) Estimando la acción colectiva indemnizatoria, se condene a la demandada a abonar a cada uno de los consumidores perjudicados por el hecho dañoso la cantidad de 3.000 euros en concepto de indemnización por daños morales.

(d) Con respecto a los concretos consumidores demandantes identificados en esta demanda, que estimando la acción de nulidad contractual se declare la nulidad de los contratos, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones

(e) Como subsidiaria, respecto a los concretos consumidores demandantes identificados en esta demanda, se declare la anulabilidad de los contratos, con idénticos efectos restitutorios entre partes.

(f) Como subsidiaria de las dos anteriores, que se declare la resolución de los contratos individuales.

(g) Como tercera subsidiaria, que se declare la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de la demandante.

(h) Y como subsidiaria de todas las individuales anteriores, se declare que la demandada incurrió en enriquecimiento injusto.

2º.- “NCG Banco, S.A.” se opuso a la demanda alegando, entre otras cuestiones, las excepciones de indebida acumulación subjetiva de la acción de cesación, la falta de legitimación activa para el ejercicio de la tutela colectiva de las acciones restitutoria, indemnizatoria y de enriquecimiento injusto, y la indebida acumulación subjetiva de acciones de nulidad, anulabilidad o resolutorias.

3º.- Tratadas en la audiencia previa, se suspendió la misma para dictar resolución por escrito, lo que se hizo a medio de auto de 26 de noviembre de 2012, estimando las tres excepciones en los términos que se dirá, por lo que acuerda: (a) “desacumular” la acción de cesación; (b) sobreseer o archivar las acciones colectivas restitutorias, de indemnización y de enriquecimiento injusto; y (c) dar plazo para que se identifiquen las concretas acciones que se pretenden ejercitar. Se interpuso recurso de reposición contra unos pronunciamientos, y apelación directa contra otros. Por auto de 20 de febrero de 2013 se desestimó el recurso de reposición, interponiéndose apelación por “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España”.

A) Recurso de apelación interpuesto por la demandante “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España”:

TERCERO.- *La acumulación de la acción de cesación.-* La resolución judicial establece que la acción de cesación (petición “a” de la demanda) ejercitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ha de ser tramitada por el cauce procesal previsto para el juicio verbal, tal y como prevé el artículo 250.1.12ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, la demandante la pretende ejercitar acumulándola objetivamente a otras acciones o reclamaciones (nulidad, anulabilidad, resolución de contratos, etcétera). Estas, dada su cuantía, son tramitadas por el cauce del



procedimiento ordinario (artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Concluye el auto estableciendo que tal planteamiento infringe lo preceptuado en el artículo 73.1.1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto dispone que las acciones que deban ventilarse por el trámite del juicio verbal por razón de la materia no pueden acumularse a las sustanciadas por razón de la cuantía por el procedimiento ordinario; para resolver que al estar la acción de cesación indebidamente acumulada, debe “desacumularse”.

Muestra “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España” su discrepancia con la resolución alegando que varias Audiencias Provinciales aplican un criterio amplio, permitiendo la acumulación de la acción de cesación y su ejercicio en el procedimiento ordinario cuando se ejercitan acciones conexas de otro tipo que deban ventilarse por este cauce por razón de la cuantía superior a 6.000 euros. En tal sentido, continúa el argumento, el artículo 73.1.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la acumulación cuando la Ley no lo prohíba; y también sería aplicable el artículo 73.2 porque existe una norma habilitadora que es la Ley de Condiciones Generales de Contratación, en su artículo 12.2, y las acciones de esta Ley se ejercitan por el cauce del juicio ordinario (artículo 249.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El argumento no puede ser estimado:

1º.- El legislador ha configurado la acción de cesación como una actuación urgente, tendente a impedir que pueda seguir perjudicándose a grupos más o menos amplios de consumidores con prácticas no acordes a las normas de mercado. Por tal motivo establece como cauce procesal para el ejercicio de la acción de cesación el juicio verbal por razón de la materia (artículo 250.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), junto con otro tipo de procedimientos sumarios, tales como las acciones posesorias, antiguos interdictos, la acción real registral, etcétera.

El legislador, de forma consciente, ha querido impedir tanto que la acción de cesación pierda su razón de ser (urgencia) al prohibir que pueda tramitarse por el cauce del juicio ordinario; como que pueda diluirse en el ejercicio conjunto de otras acciones, con la única excepción regulada en el artículo 12.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (apartado modificado precisamente por la Ley de Enjuiciamiento Civil, para acomodarlo a sus normas).

2º.- El artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite la acumulación objetiva de la acción de cesación a las otras ejercitadas, ni el trámite por el cauce del juicio ordinario.

(a) El artículo 73.1.1ª regula el supuesto en que una acción a tramitar por juicio verbal por razón de la cuantía puede acumularse a un procedimiento ordinario (sea por cuantía o materia). Pero no es aplicable a supuestos en que el juicio verbal viene impuesto por razón de la materia.

(b) El artículo 73.1.2ª se refiere a los supuestos en que ambas acciones deben tramitarse por un cauce distinto por razón de la materia, lo que es un supuesto también diferente al presente. Las otras acciones deben tramitarse por el cauce del procedimiento ordinario, pero por razón de la cuantía, no de la materia.

(c) El artículo 73.2 viene a regular el supuesto reconocido de acumulación de acciones en casos singulares (ejemplo clásico: el desahucio y la reclamación de rentas impagadas). También el mencionado anteriormente, recogido en el artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación al prever que *«A la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, 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»*. Pero no es este el caso, pues en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no está prevista tal permiso para acumular.

3º.- No es aceptable aplicar analógicamente la previsión contenida en el artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, entendiéndose que siempre que se ejercite una acción de cesación pueden acumularse objetivamente otras de reclamaciones económicas derivadas de nulidades, anulabilidades, resoluciones, incluyendo el daño moral.

La analogía que regula el artículo 4.1 del Código Civil no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la



norma y al de los supuestos configurados [Ts. 20 de julio de 2012 (Roj: STS 5284/2012, recurso 1342/2009), 16 de junio de 2011 (Roj: STS 3634/2011, recurso 10/2008) y 7 de octubre de 2010 (Roj: STS 4860/2010, Recurso 1029/2004)] ((La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial).

El artículo 73.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil claramente prevé una excepción a la norma general de no acumulación para aquellos supuestos previstos legalmente *«para casos determinados»*. No puede aplicarse analógicamente una excepción, hasta convertir esta en regla general, en contra de una voluntad implícitamente contraria del legislador. Simplemente, no se ha querido extender esta posibilidad a otros supuestos distintos de los contemplados en la Ley 7/1998.

4º.- Además, debe significarse que, en todo caso, el resultado no sería el pretendido por el apelante. No se tramita el procedimiento por el cauce del juicio ordinario, sino que tendría que tramitarse todo como juicio verbal. Esa es la razón por la que el artículo 249.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular las litigios sobre publicidad (excluyendo las reclamaciones de cantidad) prevé que se tramiten por el cauce del procedimiento ordinario, pero *«se estará a lo dispuesto en el punto 12 del apartado 1 del artículo 250 de esta Ley cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad»*. Y la misma previsión la contiene el ordinal 5º, al establecer que *«Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12º del apartado 1 del artículo 250»*. Es decir, si se ejercita la acción de cesación, bien publicitaria, bien de las condiciones generales de contratación (en este caso, aunque se acumulen las solicitudes de devoluciones de cantidades, que pueden superar los 6.000 euros), bien cualquier otra, el cauce para la acción de cesación siempre será el procedimiento verbal. Nunca se acumularía la acción de cesación a un procedimiento ordinario. La cesación marca el procedimiento.

5º.- Es más, la resolución apelada ordena “desacumular”, en un aparente intento de facilitar la acción de la apelante, cuando el artículo 419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil da otra solución más radical: simplemente se seguiría adelante el procedimiento con las acciones que sí puedan ser objeto del juicio ordinario.

CUARTO.- La falta de legitimación.- El auto de 26 de noviembre de 2012 concluye que “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España” carece de legitimación activa para ejercitar las acciones de tutela colectiva de carácter restitutorio, indemnizatorio y de enriquecimiento injusto (apartados “b”, “c” y “h” del suplico de la demanda), porque el artículo 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para el ejercicio de acciones colectivas que exista un “hecho dañoso” común a todos los consumidores y usuarios perjudicados. La acción de nulidad, anulabilidad o resolutoria, así como el daño moral del perjudicado o el enriquecimiento injusto obliga al análisis individual de cada contrato, de las concretas circunstancias fácticas que rodearon la formación del consentimiento de cada contratante, y las diferentes circunstancias personales y económicas de cada uno de esos consumidores.

Sostiene la recurrente que el “hecho dañoso” común es que la misma entidad bancaria puso en el mercado un producto consistente en una permuta financiera de tipos de interés, la técnica de venta fue la misma, la comercialización indiscriminada, la forma de resolver las reclamaciones, etcétera.

El motivo debe ser estimado:

1º.- El desarrollo del motivo prácticamente viene a reproducir la misma fundamentación que el siguiente, relativo a la acumulación subjetiva. La Sala considera que se está entremezclando las cuestiones procesales con el análisis preliminar del fondo; y además se altera la causa de pedir.

2º.- El hecho dañoso común es la suscripción de los contratos de permuta financiera, de términos más o menos similares. Y la nulidad que se solicita no se fundamenta en la mayor o menor capacidad, inteligencia, conocimiento, experiencia u otros factores personales de cada uno de los consumidores perjudicados analizados desde un punto de vista individual. Como ya se indicó en otras resoluciones de esta Sección en este mismo asunto *«Si bien en la demanda se alude a vicios del consentimiento para justificar la anulabilidad, realmente se está aludiendo a la existencia de un error en la formación de la voluntad de los suscriptores de los contratos de permuta financiera por una deficiente publicidad, o incluso por ser una publicidad engañosa, aportando múltiples ejemplos de anuncios y de la publicidad que se dio al producto»*. Se ejercitan acciones colectivas, basadas en un hecho colectivo: una publicidad o una forma de actuar engañosa colectivamente. No son una acumulación de acciones individuales personalísimas, donde cada uno de los consumidores alega unas razones



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

personalísimas para una incorrecta formación de su concreta voluntad a la hora de prestar consentimiento.

Esa publicación o forma de actuar es el hecho común. Y es lo único que forma el objeto del litigio. Lo demás son las consecuencias (el contrato es nulo, anulable o debe resolverse), y las consecuencias de las consecuencias (devolución cantidades, indemnización daños, etcétera).

3º.- La comunicación del artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es óbice, en cuanto estamos ya en sede de audiencia previa, y además el procedimiento se inicia como acción de cesación (artículo 15.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

QUINTO.- *La acumulación subjetiva.*- Por último, la resolución judicial igualmente niega que sea correcto acumular las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución e indemnización por negligencia (peticiones “d”, “e”, “f” y “g”), porque el artículo 72 permite el ejercicio simultáneo y acumulado de las acciones de varios sujetos contra un mismo demandado cuando tengan un “nexo por razón del título o causa de pedir”. Niega que los hechos puedan ser los mismos, porque se basan en un vicio del consentimiento (error, dolo, manipulaciones insidiosas) y en el incumplimiento grave de la obligación de informar, lo que exigiría analizar cada caso individual, pues las circunstancias personales y fácticas de cada uno son distintas.

En el recurso de reposición se plantea que sí concurre el requisito de la conexión de la causa de pedir del artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, reproduciendo lo mencionado en el motivo anterior, en todos los casos se trata de: **(a)** contratos de permutas financieras de tipos de interés, que se comercializan como contratos de coberturas sobre hipotecas, bajo la denominación de “hipoteca tranquila”; **(b)** la técnica de venta de la entidad bancaria fue idéntica en todos los casos: **1)** Comercialización indiscriminada, **2)** información insuficiente, **3)** falta de actuación diligente, **4)** la existencia de una guía comercial de uso interno que da las pautas de comercialización como si de un seguro se tratase; **(c)** todos los contratos contienen expresiones coincidentes que deben considerarse abusivas y que inducen a error al contratante sobre qué producto está contratando; **(d)** todos los contratos incurren en infracciones normativas. Prueba de ello sería que todas las reclamaciones al Defensor del cliente tienen los mismos argumentos, el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores para estimar las quejas contienen las mismas razones, la entidad

demandada responde a las quejas con los mismos escritos. Existe pues una homogeneidad en la causa de pedir. Además, no se trata del ejercicio de una suma de acciones individuales, sino de una acción colectiva.

El motivo debe ser estimado:

1º.- Nuevamente se observa que se altera la causa de pedir de la demanda. Esta no se fundamenta en una voluntad personal viciada, sino en una especie de publicidad engañosa, que afecta a la totalidad de consumidores contratantes (aunque lógicamente, los efectos personales se pidan solo para los que representa la demandante). Se basa en los mismos hechos, no circunstancias personales de cada uno de los consumidores personados, ni por lo tanto si ellos incurrieron en un vicio personal del consentimiento, sino como grupo. Como colectivo, y no atendiendo a las particularidades de cada caso concreto (si firmó o no, si su formación personal es nula en cuestiones bancarias, etcétera, casi se vincula a la propaganda, como se dijo en otras resoluciones dictada por esta Sala.

2º.- El artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo el título «*Acumulación subjetiva de acciones*», preceptúa: «*Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir.- Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos*».

El concepto de título no se refiere al vínculo comercial concreto que vincula a cada demandante con el demandado. Sino al concepto de ese vínculo. Así, es posible que todos los adquirentes de viviendas en un edificio puedan demandar conjuntamente al promotor ejercitando acciones derivadas de la Ley de Ordenación de la Edificación, aunque los defectos que pueda presentar cada vivienda concreta sean distintos. O que todos los arrendatarios demandan al arrendador por defectos en el objeto común arrendado. O varios compradores de viviendas futuras contra el mismo promotor, basados en contratos distintos, pero todos se refieren a la misma edificación, y la causa invocada es similar: no construcción del edificio conforme a lo pactado [supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2010 (Roj: STS 770/2010, recurso 1406/2005)].

Por causa de pedir debe entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión, los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada, o bien los hechos jurídicamente relevantes que



sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal [Ts. 24 de octubre de 2012 (Roj: STS 8024/2012, recurso 1807/2008), 18 de junio de 2012 (Roj: STS 4444/2012, recurso 169/2009)]. La causa de pedir en este caso se fundamenta en la suscripción de unos contratos de permuta de intereses como consecuencia de una actuación dolosa premeditada de “NCG Banco, S.A.”, de una publicidad engañosa, etcétera.

Es por ello que el artículo comentado presume la conexión entre las acciones cuando la causa de pedir se funde en los mismos hechos. Hechos originarios comunes a todos los pretendientes, aunque difieran en las consecuencias concretas, en la repercusión para cada uno de los demandantes. Es como si se hubiese comercializado un producto como un depósito a plazo normal, y se hubiese ocultado en la publicidad y en la terminología utilizada que se trataba en realidad de una operación especulativa. No es que me haya engañado a mí en concreto, por mi falta de experiencia; es que el producto se presentó objetivamente como engañoso para cualquiera, porque se ocultó información básica, o incluso se faltó a la verdad directamente.

3º.- Es más, jurisprudencialmente existen varios ejemplos en que distintas asociaciones de consumidores han ejercitado acciones similares, y finalizaban con la declaración de nulidad de contratos o cláusulas, y la devolución individual de cantidades. En este sentido, pueden verse las sentencias de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012 (Roj: STS 5768/2012, recurso 256/2008), 17 de junio de 2010 (Roj: STS 4216/2010, recurso 1506/2006) o 22 de diciembre de 2009 (Roj: STS 8533/2009, recurso 407/2006).

4º.- Cuestión distinta es que pueda llegar a probarse o no los extremos que fundamentan la demanda. Y que no es el error personal de cada uno de los contratantes, sino unas actuaciones que generan colectivamente el vicio de la voluntad.

SEXTO.- Costas.- Al estimarse el recurso parcialmente no es procedente hacer expresa imposición de las costas. Por todo lo anterior, el Auto apelado debe ser íntegramente confirmado, lo que conlleva la preceptiva imposición de las costas devengadas por el recurso a la parte apelante (artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SÉPTIMO.- Depósito del recurso.- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

B) Impugnación del Ministerio Fiscal:

OCTAVO.- Inadmisibilidad de la impugnación.- Frente a la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal, aduce “NCG Banco, S.A.” la inadmisibilidad de su postura. La cuestión procesal estriba en que, aprovechando el trámite de traslado del recurso interpuesto por “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España” contra el auto apelado, el Ministerio Fiscal (que comparece como codemandante) formula “escrito de impugnación de la resolución apelada”. No se opone al recurso de la demandante, sino que se adhiere a dicho recurso solicitando la revocación de la resolución. “NCG Banco, S.A.”, ya ante esta Audiencia Provincial, expone que no formulando el Ministerio Fiscal oposición al recurso, no siendo realmente apelado, no puede impugnar pronunciamientos desfavorables.

El argumento debe ser estimado:

El artículo 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que *«Del escrito de interposición del recurso de apelación, el Secretario judicial dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el Tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable»*. La posibilidad de impugnar se refiere al apelado que se opone al recurso deducido de adverso. Se concilia así, de un lado, la posibilidad de que quien resulta parcialmente perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer la apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si la contraparte, en definitiva, interpone recurso de apelación [Ts. 25 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6688/2010, recurso 1572/2006) y 13 de enero de 2010 (Roj: STS 767/2010, recurso 912/2005)]. Extremo que se corrobora en el apartado 4 de dicho precepto, cuando prevé que de esa impugnación se dé exclusivamente traslado al “apelante principal”.



La impugnación no es un trámite hábil para mostrar una apelación adhesiva con el apelante. «El artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la impugnación de la sentencia apelada por la parte inicialmente no apelante en términos más amplios que la adhesión al recurso de apelación que se regulaba en los artículos 705, 858 y 892 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881, al sustituir el término “perjudicial” por el término “desfavorable” y permitir que la sentencia de apelación pueda perjudicar al apelante en virtud de la impugnación formulada por el inicialmente apelado». Es decir, la finalidad de la impugnación tiende a perjudicar al apelante. Y así se configura en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el legislador explicita que «Cabe mencionar que la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable». El codemandante podrá mostrar su conformidad con la apelación del otro demandante, pero no impugnar la resolución a modo de recurso autónomo cuando inicialmente se aquietó.

No obstante, y en aras a una tutela judicial efectiva, debe indicarse que, en todo caso, y por las mismas razones expuestas anteriormente, la pretensión tendría que estimarse parcialmente.

NOVENO.- *Costas.*- Conforme a lo previsto en el artículo 394.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer imposición de costas al Ministerio Fiscal.

DÉCIMO.- *Desistimientos individuales.*- Salvo error, la única parte apelante es “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España”. No consta que ninguna de las personas que manifestando ser consumidores y usuarios se han personado en las actuaciones sea, como tal persona individual, apelante. Ni doctrinalmente su posición se corresponde exactamente con la de un codemandante (o ahora coapelante). Por lo que no se les puede tener por desistidos de un recurso que no han interpuesto por lo que no tienen la condición de recurrentes (artículo 450 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); lo que por otra parte conllevaría la imposición de costas.

UNDÉCIMO.- Recursos.-A tenor de lo preceptuado en el artículo 477-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo son susceptibles de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal «*las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales*», por lo que quedan exceptuadas de recurso, en todo caso, la resolución que adopta la forma de Auto o cuando debió adoptar esa forma en función de la recaída en primer instancia (artículo 456-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) [Autos de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013 (Roj: ATS 10498/2013), 5 de noviembre de 2013 (Roj: ATS 10098/2013), 3 de septiembre de 2013 (Roj: ATS 7646/2013), 4 de junio de 2013 (Roj: ATS 5345/2013), 2 de abril de 2013 (Roj: ATS 2952/2013), 12 de marzo de 2013 (Roj: ATS 2265/2013), 19 de febrero de 2013 (Roj: ATS 1423/2013), 5 de febrero de 2013 (Roj: ATS 860/2013), 29 de enero de 2013 (Roj: ATS 560/2013), 8 de enero de 2013 (Roj: ATS 46/2013), entre otros muchos].

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña**, resuelve:

1º.- No ha lugar a tener por desistidas del presente recurso de apelación a las personas individualizadas que menciona la procuradora doña Nuria Román Masedo, por cuanto la recurrente es “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España”, no las personas físicas que menciona.

2º.- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandante “**Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España**”, contra los Autos dictados el 26 de noviembre de 2012 y el 20 de febrero de 2013 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de La Coruña, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 41 de 2011, y en el que es demandada “**NCG Banco, S.A.**”, con la preceptiva intervención del **Ministerio Fiscal**.

3º.- Se inadmite la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal contra la mencionada resolución.



4º.- Se revoca parcialmente los autos apelados; y en su lugar: **(a)** Se confirma el pronunciamiento relativo a la indebida acumulación de la acción de cesación. **(b)** Se revocan los pronunciamientos relativos a la falta de legitimación activa de “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España” para el ejercicio de las acciones relativas a las peticiones de los apartados “b”, “c” y “h” del suplico de la demanda, desestimando la excepción formulada por “NCG Banco, S.A.”. **(c)** Igualmente se revoca el pronunciamiento relativo a la indebida acumulación de las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución e indemnización que fundamentan las peticiones de los apartados “d”, “e”, “f” y “g” del suplico de la demanda, desestimando la excepción formulada por “NCG Banco, S.A.”. **(d)** En consecuencia, deberá convocarse a las partes para la prosecución de la audiencia previa.

5º.- No se imponen las costas causadas por los recursos.

6º.- La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el Sr. secretario del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de la procuradora doña Nuria Román Masedo por el importe del depósito constituido para apelar, así como del importe del depósito constituido para interponer el recurso de reposición contra el auto de 26 de noviembre de 2012.

7º.- Notifíquese la presente resolución a las partes, con indicación de que contra la misma no cabe ulterior recurso.

8º.- Expídase certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 9 de La Coruña, con devolución de los autos.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. señores magistrados anteriormente citados, de lo que yo, secretario, doy fe.-