

Procesal y Arbitraje

Petición de decisión prejudicial al TJUE por el Tribunal Supremo en el proceso promovido por la Adicae contra más de un centenar de entidades financieras

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo plantea la cuestión prejudicial porque duda que concurran en el caso las circunstancias que, según su propia jurisprudencia, permitirían realizar el control (abstracto) de transparencia en el seno de la acción colectiva de cesación ejercitada.

FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El supuesto de hecho

Mediante el Auto de 29 de junio del 2022 (Rec. 2251/2019), el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha decidido suspender la decisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos en el procedimiento promovido por la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (Adicae) contra más de un centenar de entidades financieras y elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la viabilidad de la acción de cesación

ejercida en los términos que más adelante se indicarán. Los datos relevantes que se han de tener en cuenta son los siguientes:

- a) Adicae interpuso una demanda frente a diversas entidades financieras ejerciendo, acumuladas, la acción colectiva de cesación de la cláusula suelo contenida en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por ellas utilizados y la acción de condena a la devolución de lo pagado por su aplicación. Admitida a trámite la demanda (que, después de dos ampliaciones, resultó dirigida

frente a más de un centenar de entidades financieras), el juzgado acordó tres llamamientos en medios de comunicación a los que hubieran podido resultar perjudicados. Tras éstos, se personaron individualmente ochocientos veinte consumidores en apoyo de las pretensiones de la asociación demandante.

- b) El juez de primera instancia estimó ambas acciones frente a la mayor parte de las entidades financieras y su sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial que, en lo que ahora interesa, después de razonar sobre cómo debe hacerse el control de transparencia en las acciones colectivas (control abstracto) en contraste con el tipo de control que se hace en las acciones individuales, consideró probadas diversas actuaciones de las entidades demandadas como reveladoras de la inclusión no transparente de la cláusula. Interpuestos por los bancos demandados (y condenados) sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia, en el trámite de la deliberación, votación y fallo, el Tribunal Supremo, previa audiencia de las partes, consideró procedente el planteamiento de la petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que había sido solicitada por las entidades financieras y que constituye el objeto del presente comentario.

2. Las acciones ejercidas

De las acciones acumuladas ejercidas por Adicae, la principal fue la de cesación del artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que es una acción colectiva para la defensa de intereses de esta naturaleza (colectivos) que,

por ello, trascienden a los individuales de contratantes determinados. No pretendió, pues, la defensa de los derechos e intereses individuales de sus asociados al amparo del artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), como ha hecho en otros procedimientos.

Ciertamente, la demanda fue interpuesta también por consumidores individuales y un numeroso grupo de éstos decidió intervenir en el proceso (ex art. 15 LEC) después de los llamamientos que ordenó efectuar el juzgado de primera instancia. Pero ni las acciones individuales ejercidas en la demanda ni la posterior intervención de un numeroso grupo de consumidores individuales transformaron la acción colectiva en una suma de acciones individuales ni dieron lugar a un supuesto de acumulación de estas acciones a la colectiva de cesación ejercida por la asociación.

Es claro que las personas físicas que suscribieron la demanda junto con Adicae carecían de legitimación para el ejercicio de la acción colectiva, que sólo se reconoce al ministerio fiscal y a las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 11 LEC). En realidad, tales consumidores ejercieron una acción indemnizatoria o reparadora individual (y, por lo tanto, tenían la cualidad de demandantes) que posteriormente fue excluida del proceso, que quedó limitado, como objeto único, a las acciones colectivas. El juzgado, sin embargo, en vez de excluir a estos consumidores del proceso, les reconoció el estatuto de intervinientes, a pesar de que el artículo 13.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil supedita la intervención a la pendencia del proceso, que se produce con la interposición de la demanda (aunque condicionada a la posterior admisión) y de que el artículo 411 de la misma ley consagra el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, que la jurisprudencia

cia ha extendido a la legitimación (*perpetuatio legitimationis*).

Con respecto a la intervención de los consumidores que se adhirieron cuando el proceso estaba ya pendiente, aunque el artículo 15.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no considera necesaria ninguna publicidad ni llamamiento ni intervención de los consumidores en los procesos en que se ejerce la acción de cesación, el juzgado admitió también su intervención, si bien no para la defensa de su derecho individual (tal y como prevé el artículo 15.1 LEC), sino como intervinientes adhesivos simples, que no tienen una posición autónoma en el procedimiento (para la defensa de su derecho propio), sino que comparecen para reforzar la posición de la asociación demandante (las acciones colectivas), defendiendo con ello al mismo tiempo su propio interés.

En definitiva, el objeto del proceso quedó limitado a las acciones colectivas (de cesación y restitutorias) ejercidas por la asociación, con la intervención en él, como coadyuvantes (intervinientes adhesivos simples) de tales acciones, de los consumidores inicialmente demandantes y de los adheridos con posterioridad.

3. En la acción colectiva de cesación se pretende un control abstracto

No se cuestiona que con el ejercicio de la acción de cesación se pretenda este tipo de control (abstracto), en la medida en que permite fiscalizar la actividad del predisponente en el momento de la elaboración o adopción de la condición general, incluso antes de que sea efectiva su incorporación a la pluralidad de contratos a que va destinada, y que, por ello, tal control se realiza «al margen tanto de la información parti-

cularizada sobre el alcance y contenido de la cláusula que haya podido recibir el adherente con carácter previo a la suscripción del contrato, como del resultado de su aplicación en la práctica por la entidad financiera» (STS 408/2020, de 7 de julio, RJ 2020\2298).

El auto del Tribunal Supremo recuerda que la diferencia de este control con el que se realiza sobre los contratos efectivamente celebrados cuando se ejerce la acción individual (por parte de un consumidor aislado, por un grupo o incluso por una asociación) ha sido resaltada por la jurisprudencia a partir de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: mientras que en la acción individual los tribunales han de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, en la acción colectiva les incumbe efectuar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. Por lo tanto, ambas acciones (colectiva e individual) tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, sin que exista entre ellas relación de cosa juzgada, litispendencia o prejudicialidad (véanse la STJUE, Sala Primera, de 14 de abril del 2016, ass. acs. C-381/14 —Jorge Sales Sinués contra Caixa-bank, S. A.— y C-385/14 —Youssef Drame Ba contra Catalunya Caixa, S. A.—, y también la STC 148/2016, de 19 de septiembre).

4. En la acción colectiva, el control abstracto puede ser compatible con la ponderación de circunstancias concretas relativas al grado de consciencia del consumidor sobre la carga jurídica y económica de la cláusula

El auto del Tribunal Supremo considera como primera cuestión controvertida «si una ac-

ción colectiva de cesación, en la que por definición debe realizarse un control abstracto, es adecuada para realizar el control de transparencia, que por su propia naturaleza requiere un examen concreto de las particulares relaciones contractuales en cuyo marco se integran las cláusulas controvertidas, especialmente en lo relativo a la información precontractual facilitada al consumidor, a fin de que éste tenga conciencia de la carga jurídica y económica de tales cláusulas».

Y la cuestión —nos dice— encuentra una respuesta afirmativa en la jurisprudencia, aunque con limitaciones: «el control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la Sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia)» (STS 408/2020, de 7 de julio, citada). En efecto, continua esta sentencia, «hay circunstancias propias del marco contractual, como la forma habitual de negociación, la intervención de un fedatario público o la adaptación a normas administrativas bancarias de transparencia, que pueden ser tenidas en cuenta para decidir sobre la transparencia de una cláusula en un control abstracto; y eso es lo que sucede con las denominadas *cláusulas suelo*. Pero fuera de esos elementos externos, en un control abstracto es imposible tomar en consideración las circunstancias individuales y concretas que han concurrido en cada contrato [...]. La insistencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la necesidad de atender a las concretas circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas de quien contrata, que puedan incidir en la comprensibilidad material de la cláusula, y, lo que es más importante, la trascendencia de la información

precontractual, reducen considerablemente los supuestos en que pueda apreciarse la falta de transparencia en una acción colectiva».

En definitiva, «no puede negarse que sea posible realizar un control de transparencia con ocasión de una acción colectiva, pero sí cabe advertir que, por la reseñada evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, su admisibilidad queda reducida a la concurrencia de prácticas estandarizadas de comercialización muy claras que, por sí mismas, pongan en evidencia la falta de transparencia y dejen poco margen a concluir que se hayan podido incumplir las exigencias de información previa».

5. El estado de la cuestión en la acción colectiva de cesación ejercida

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo duda que concurren las circunstancias que permitirían llevar a cabo el control de transparencia en el seno de la acción colectiva de cesación ejercida que acabamos de ver, a saber, las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa y la posibilidad de hacer el enjuiciamiento desde la perspectiva de lo que puede entenderse como un consumidor medio. A su juicio, es «extremadamente complejo» que pueda determinarse de manera general si las entidades demandadas fueron o no transparentes a la hora de trasladar la información sobre la cláusula suelo a sus respectivos clientes, teniendo en cuenta que se trata de miles de cláusulas redactadas de forma diferente, predispuestas durante un largo periodo de tiempo por decenas de entidades financieras diferentes, sometidas a cambios legislativos en cuanto a su formulación y que afectan a distintas categorías de clientes consumidores, por lo que una decisión colectiva podría contravenir el

criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de que deben examinarse las circunstancias de cada caso concreto. Y aclara el auto: «En las citadas sentencias en que hemos admitido la procedencia de una acción colectiva de cesación respecto de las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado en préstamos hipotecarios, la acción se dirigía contra una sola entidad financiera o contra un número muy limitado de ellas. Por lo que las prácticas y cláusulas enjuiciadas eran más fácilmente reducibles a supuestos estandarizados y era también más factible hacer el enjuiciamiento desde la perspectiva del consumidor medio».

Por eso, duda, en primer lugar, que sea posible ejercer «una acción colectiva de cesación, no contra una sola entidad que utiliza masivamente una cláusula potencialmente no transparente en sus contratos; o incluso contra algunas de ellas; sino contra todas las entidades que conforman el sistema bancario de un país (más de un centenar), cuyo único denominador común es que utilizan en sus contratos de préstamo hipotecario a interés variable una cláusula de contenido más o menos semejante».

Duda también de que el control abstracto propio de la acción colectiva de cesación tenga por objeto la determinación de las consecuencias patrimoniales concretas que la declaración de nulidad de una cláusula o del carácter abusivo de una conducta pueda tener para cada uno de los consumidores y usuarios afectados por la cláusula o conducta. «Este segundo juicio forma parte del ámbito de la tutela de los intereses patrimoniales individuales y, como regla general, es más adecuado para las acciones individuales que puedan iniciar los consumidores, en las que, junto con la pretensión declarativa de la nulidad de la condición general o conducta de

que se trate, se acumule la acción restitutoria o indemnizatoria correspondiente».

Y duda que, en este contexto, sea posible delimitar el concepto de consumidor medio, que constituye, según veíamos, el segundo parámetro para la realización del control abstracto de la transparencia de la cláusula, ante la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) la multiplicidad de entidades financieras predisponentes de las cláusulas contractuales controvertidas y las diferencias territoriales y económicas existentes entre ellas (desde una pequeña caja de ahorro de ámbito comarcal hasta algunos de los grandes bancos europeos con implantación multinacional)— b) las distintas modalidades de contratación utilizadas por cada entidad financiera— c) el largo periodo de tiempo, incluso con distintas regulaciones legislativas, en que se han introducido este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario, y d) los diferentes grupos de clientes, que pueden resultar difícilmente estandarizables. Todos esos supuestos de clientes —dice el auto— «han sido tratados por la jurisprudencia de esta Sala para realizar el control de transparencia de la cláusula suelo, pero desde una perspectiva individual, en la que se ha valorado la información relevante en el caso concreto (conciencia por parte del consumidor de la carga jurídica y económica de la citada cláusula suelo). De ahí que la agrupación de todos los casos en una única acción colectiva dificulte mucho la adopción de un criterio sobre la base del concepto de consumidor medio».

Además, al haberse acumulado a la acción colectiva de cesación una acción de restitución de cantidades, el artículo 221.1.1.^ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que, cuando la determinación individual de los consumidores afectados no sea posible, la

sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante. «Determinación genérica —dice el auto— que también resulta extremadamente difícil cuando lo es la determinación del consumidor medio».

6. La cuestión prejudicial planteada

Ante tales dudas, el Tribunal Supremo formula las siguientes peticiones de decisión prejudicial, sobre la interpretación de los artículos 4 y 7 de la Directiva 93/13/CEE:

- a) «¿Está amparado por el artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, cuando se remite a las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, y por el artículo 7.3 de la misma directiva, cuando se refiere a cláusulas similares, el enjuiciamiento abstracto, a efectos del control de transparencia en el marco de una acción colectiva, de cláusulas utilizadas por más de un centenar de entidades financieras, en millones de contratos bancarios, sin tener en cuenta el nivel de información precontractual ofrecido sobre la carga jurídica y económica de la cláusula, ni el resto de las circunstancias concurrentes en cada caso, en el momento de la contratación?».
- b) «¿Resulta compatible con los artículos 4.2 y 7.3 de la Directiva 93/13/CEE, que pueda hacerse un control abstracto de transparencia desde la perspectiva del consumidor medio cuando varias de las ofertas de contratos están dirigidas a diferentes grupos específicos de consumidores, o cuando son múltiples las entidades predisponentes con ámbitos de negocio económica y geográficamente

te muy diferentes, durante un periodo de tiempo muy largo en que el conocimiento público sobre tales cláusulas fue evolucionando?».

A juicio del Pleno de la Sala Primera: «(i) las preguntas son relevantes para la resolución del litigio, ya que se cuestiona incluso la procedencia del tipo de acción ejercitada— (ii) no hay ninguna resolución del Tribunal de Justicia que haya señalado expresamente la interpretación del Derecho de la Unión que debe hacerse para evaluar la pertinencia de una acción colectiva para realizar un control de transparencia de una cláusula inserta en un contrato con consumidores— y (iii) en la posible interpretación del Derecho de la Unión, no hay una respuesta elemental u obvia, más allá de toda duda razonable, a las cuestiones controvertidas». Y, si bien se observa, tanto el tenor literal de las preguntas como, sobre todo, los razonamientos del auto que les sirven de sustento, apuntan un criterio del Pleno de la Sala Primera contrario a la procedencia del control abstracto de la transparencia de la cláusula en el supuesto planteado. En cualquier caso, si las razones apuntadas son ciertas (Adicae se ha manifestado públicamente en contra de la necesidad de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre las cuestiones planteadas porque, a su juicio, ya han sido reiteradamente aclaradas), el planteamiento de la cuestión prejudicial parece razonable.

7. Cuestiones que se suscitan

Planteo estas dos:

- a) El auto no niega el control abstracto de la transparencia, sino que plantea dudas acerca de que, atendidos sus límites, pueda efectuarse en el caso concreto

teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. La sentencia de la Audiencia había precisado ya el alcance de ese control apreciando la concurrencia de los estándares exigidos por el más alto tribunal para su realización y considerando, en consecuencia, que el control abstracto estaba plenamente justificado en el caso: «por la existencia de condiciones generales de contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por las entidades demandadas de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa». A estos efectos —nos dice el Auto—, la Audiencia «dio especial relevancia al oscurecimiento de la cláusula, en el sentido de que, en el conjunto del contrato, se le diera un tratamiento secundario, de manera que el consumidor no percibiera su trascendencia en el precio o coste del contrato». Y, sobre esa base de razonamiento, identificó diversas actuaciones como reveladoras de esa inclusión no transparente: «(i) la presentación de la cláusula ligada a conceptos ajenos al precio del contrato (tales como seguros, gastos, impuestos, intereses moratorios...) o a circunstancias secundarias potencialmente abaratadoras del precio, produciendo la apariencia de que el efecto limitativo a la baja de la fluctuación de tipo de interés de referencia se somete a ciertas condiciones o requisitos que harán que difícilmente operará tal pacto en la realidad; (ii) la ubicación de la cláusula en la mitad o al final de párrafos largos, que comienzan tratando otros extremos, aún dentro del conjunto de pactos relativos a la variabilidad del tipo de interés, y en donde aparece brevemente reseñada, sin resalte o sin énfasis alguno, de modo que se distrae la atención del consumidor me-

dio; o (iii) la presentación conjunta de la cláusula suelo con el pacto de limitación al alza (techo), de suerte que la atención del consumidor se centre en la aparente seguridad de gozar de un tope máximo frente al hipotético ascenso del índice de referencia, con el desvío de atención sobre la importancia del tope mínimo».

Podemos plantearnos si el Tribunal Supremo puede prescindir de tales hechos apreciados por la Audiencia (en su caso, previo control —limitado, como es conocido— de la valoración de la prueba sobre ellos) y plantear con carácter previo la cuestión prejudicial. Y la respuesta debe ser afirmativa. En primer lugar, porque hay que entender que en los recursos extraordinarios por infracción procesal se discutió esta apreciación probatoria de la instancia y que, con la petición de decisión prejudicial, la cuestión sobre ellos permanece imprejuizada por el Tribunal Supremo, que la retomará cuando aquélla sea resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo que el auto cuestiona no es la valoración realizada por la Audiencia en orden a la determinación o fijación de los hechos, sino, previamente, la valoración jurídica extraída de los hechos considerados probados, y ello entra dentro de su competencia (véase la STS 137/2021, de 11 de marzo, JUR 2021\101105).

- b) Si bien se observa, en realidad estamos ante un supuesto de acumulación de acciones colectivas subsumible en el artículo 17.4 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, conforme al cual las acciones anteriores (entre ellas la de cesación) «podrán dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus

asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas».

La exigencia de identidad (de la condición general) contenida en el precepto responde sin duda a la idea de hacer posible o facilitar el control (abstracto) unitario de la cláusula en los casos de acumulación de este tipo de acciones. Pero, en el caso, parece que las utilizadas por las diversas entidades financieras demandadas no eran idénticas, por lo que cabe preguntarse si la acumulación era procedente y, en caso afirmativo, si el control (abstracto) unitario era posible.

En mi opinión, la acumulación era posible porque el artículo 17.4 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación debe ser interpretado a la luz de la norma general sobre acumulación subjetiva prevista en el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no exige la identidad, sino la conexión entre las acciones acumuladas, y ha sido interpretado con flexibilidad por la jurisprudencia (véase, por ejemplo, la STS 272/2021, de 10 mayo, RJ 2021\1991),

de forma que basta «una razón jurídica común que con apoyo en algunos hechos compartidos, actúe como nexo de las acciones»; porque lo que el legislador pretende, en definitiva, con el instituto de la acumulación subjetiva es que no se debatan en un mismo proceso cuestiones radicalmente distintas e inconexas.

Sin embargo, es dudoso (y, por eso, se plantea la cuestión prejudicial) que en tales casos el control abstracto unitario sea posible. Pero entonces cabe preguntarse si acaso ese control no podía realizarse respecto de cada acción acumulada (o de grupos de acciones frente a entidades que utilizasen cláusulas idénticas). Ya hemos visto que el propio auto recuerda haber admitido la procedencia de una acción colectiva de cesación respecto de estas cláusulas cuando se dirigía contra una sola entidad financiera o contra un número muy limitado de ellas, porque «las prácticas y cláusulas enjuiciadas eran más fácilmente reducibles a supuestos estandarizados y era también más factible hacer el enjuiciamiento desde la perspectiva del consumidor medio».