

# Acciones colectivas sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores

Comentario al ATS de 29 de junio de 2022

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

La cuestión prejudicial que plantea el Tribunal Supremo en este auto del Pleno del 29 de junio de 2022, rec. núm. 2251/2019, obliga a instruir, si quiera someramente, sobre el procedimiento o su razón de ser.

En nuestro caso, dicha cuestión deriva del planteamiento de una acción colectiva contra varias entidades bancarias, relativa al control de transparencia de una condición general de la contratación inserta en préstamos hipotecarios con cláusulas suelo limitativas de la variación de los tipos de interés, acumulando, a su vez, otra restitutoria de las cantidades pagadas de más como consecuencia de dicha cláusula. Se distingue, a estos efectos, entre una acción individual de un consumidor contra el banco respecto de dicha cláusula y otra colectiva; porque en aquella, al tratarse de una sola persona, no se da el supuesto de la diversidad, entendida de la siguiente manera: ¿es posible que una acción colectiva pueda realizar el control de transparencia en cuanto a la cláusula de varias entidades o dirigida contra todo el sistema bancario? La definición del consumidor medio, a la hora de valorar la información o la transparencia de la negociación, resulta más compleja en una acción colectiva con múltiples consumidores y múltiples cláusulas suelo similares que en una simple o individual. Conviene, por consiguiente, no perder la perspectiva del planteamiento de la cuestión prejudicial, pues no puede versar sobre algo que ya ha sido objeto de resolución ante por el Tribunal de Justicia europeo. La prejudicialidad es un sistema judicial de control de aplicación del derecho de la Unión Europea, confrontado con el derecho nacional. Está regulada en el artículo 267 del TFUE, y sirve, no solo como mecanismo de interpretación del derecho europeo, sino también de validez de los actos adoptados por las instituciones y órganos de la Unión Europea, o de los tratados. Dice la norma: «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal». Aquí estamos ante un asunto pendiente de resolver por el Tribunal Supremo sin ulterior recurso. Al plantearse la posibilidad de oír a las partes sobre esta cuestión, la asociación se opuso porque entendió que la cuestión ya estaba resuelta por los tribunales de justicia de la Unión.

Pues bien, visto el planteamiento, ahora corresponde comentar la sentencia.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de octubre de 2022).

En primera instancia, algunas de las entidades demandadas son condenadas a eliminar de las «cláusulas suelo» la falta de transparencia. O lo que es lo mismo: visto que dichas cláusulas, insertas en las condiciones generales de contratación, al afectar claramente al precio y nos ser posible el control sobre el precio salvo que la oscuridad de las mismas afecta al entendimiento del consumidor por las variaciones o fluctuaciones futuras del mercado, se eliminan, y por ello la sentencia dice literalmente: «Las condenó a eliminar las citadas cláusulas de los contratos y a cesar en la utilización de las mismas de forma no transparente». Es más la falta de transparencia, como consecuencia de la información defectuosa, que la cláusula en sí; porque el banco es un conocedor del mercado y tiene más información sobre la evolución de las finanzas que el consumidor medio, el cual está protegido por la normativa europea e interna; singularmente por la Directiva Comunitaria 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Baste recordar, a estos efectos, que el sentido de la regulación protectora se fundamenta en que la «armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes». El marco normativo único busca definir «conceptos jurídicos» claros para todo contrato entre el banco y el consumidor cliente. Cuando no existe armonización normativa y no existe tampoco claridad en la interpretación de los contratos de préstamos bancarios –en nuestro caso, de las cláusulas suelo–, surgen los problemas de la falta de transparencia, o de la información defectuosa, que dejan a la parte más débil de la negociación de un préstamo bancario en una situación de inferioridad. Y de ahí que la razón de ser fundamental de la normativa y de la interpretación de los tribunales de justicia de esa regulación nacional y europea venga perfectamente indicada en la directiva con esta expresión: «Esos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión».

De otro lado, es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la más adecuada a este caso. Sí se infiere de algunos de sus considerandos iniciales:

Considerando que, en particular, las legislaciones de los Estados miembros que regulan las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores presentan diferencias considerables. Considerando que corresponde a los Estados miembros velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Considerando que generalmente los consumidores no conocen las normas que regulan los contratos de venta de bienes o de prestación de servicios en los Estados miembros distintos del suyo. Considerando que para facilitar el establecimiento de un mercado único y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos.

Pues, como veremos después, una de las razones que mueve al Tribunal Supremo a plantear la prejudicialidad europea radica precisamente en evitar las diferencias de los tribunales de otros países con legislación diferente; porque lo procedente es que las normas sobre las cláusulas abusivas sean uniformes y que sean aplicables «a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor». La uniformidad produce seguridad jurídica y la claridad del clausulado bancario evita la interpretación del sentido del mismo por la oscuridad, deliberada o no, de la verdadera intención del vendedor.

Ahora bien, la interpretación del contrato, de las cláusulas suelo, debe hacerse de manera integradora, y como dice la sentencia, con el propósito del análisis de cada caso en concreto, distinguiendo entre la acción individual y la colectiva. Llegó a la interesante conclusión de que se difuminó en el contrato el verdadero sentido o la verdadera importancia de esa cláusula suelo, al insertarla dentro de las condiciones generales de la contratación como una más en el conjunto del contrato, sin distinguirla o destacarla. Esa inmersión en el todo contractual la hizo más oscura. Su inclusión dentro de un párrafo, después de otros que regulaban también la variación del tipo de interés, sin resalte y sin la relevancia adecuada, hizo que el consumidor distrajera su atención entre tanto pacto.

No olvidemos que el artículo 4 bis de la Ley 6/1981 (LOPJ) dispone:

1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.

Por ello, se debate la conveniencia o no de plantear esa cuestión prejudicial. Si los tribunales españoles tienen que aplicar el derecho de la Unión y si la jurisprudencia de los tribunales de justicia de la Unión es vinculante, es doctrina generada que debe aplicarse en España, la decisión corresponde a los tribunales de justicia de España, pero tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La cuestión controvertida radica –como insinúa el Tribunal Supremo– en determinar «si una acción colectiva de cesación, que solo permite un control en abstracto, es adecuada para realizar el control de transparencia». Pues debe tenerse en cuenta que si la acción es individual, el control es concreto: sobre un consumidor y sobre una cláusula. Sucede, además, –ya se ha apuntado– que la acción se dirige contra varias entidades bancarias, y sucede que resulta problemático definir al consumidor medio por la existencia de muchas cláusulas, muchos consumidores, el largo tiempo transcurrido, etc.

Esa cuestión prejudicial no es forzada (art. 4 bis LOPJ) cuando lo piden las partes y no vincula al tribunal; sin embargo el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que sí procede el planteamiento de la misma porque concurren tres presupuestos; a saber: la pregunta es

relevante, el tribunal no ha resuelto una cuestión parecida y la necesidad de que se pronuncie el tribunal europeo para aclarar la legislación comunitaria, sin duda alguna; y se podría añadir: para que podamos saber si nuestra legislación interna se opone a la normativa comunitaria, pues ya se ha advertido sobre la necesidad de armonizar legislaciones internas e internacionales. Porque no se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el sentido de la normativa europea sobre la pertinencia o no de acciones colectivas que afectan a una pluralidad de consumidores en materia de préstamos hipotecarios con variación del tipo de interés con cláusula suelo, y en la medida en que los distintos estados de la Unión pueden regular de modo diferente esta cuestión y sus tribunales resolver de manera no uniforme. ¡Esta es la cuestión relevante que se sometería a consideración!

El Supremo compara la normativa comunitaria, al de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con la Ley 7/1988, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación y con los de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) atinentes a esta materia, sobre acumulación de acciones (art. 72) y las demandas de las asociaciones (los artículos correspondientes se pueden leer) y sobre las sentencia dictadas en el ejercicio de dichas acciones, bien para la determinación de los múltiples consumidores o para sentar las bases de su identificación cuando no sea posible en la misma y la condena sea dineraria (procede la lectura del articulado para la comprensión y con el fin de evitar su mera transcripción, que se considera innecesaria).

Es en el fundamento sexto de la sentencia que estamos comentando donde el Tribunal Supremo razona la conveniencia del planteamiento de la cuestión prejudicial.

Cuando se interpone una acción colectiva, el control sobre el clausulado sobre el que recae es abstracto. No es un particular que recurre una cláusula sobre un contrato negociado con él, sino que es la colectividad que cuestiona preventivamente, y la acción de esta naturaleza va dirigida al presente y al futuro contractual, pues no solo se cuestiona lo existente, sino que se cesa para el futuro la posibilidad de elaboración de pactos no negociados con vocación de generalidad para todo contrato similar de cualquier entidad bancaria. De ahí su importancia y su carácter abstracto y preventivo. Lo cual conecta con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE:

En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

Porque la interpretación no es igual cuando se trata de un consumidor individual o una colectividad amparada por la acción de cesación. Cuando repasa el Tribunal Supremo la jurisprudencia sobre las acciones de cesación interpuestas por asociaciones –léase la sentencia–, llega a la conclusión de que, y para este caso, la singularidad radica en que ahora se trata de una acción colectiva contra «prácticamente todas las entidades financieras que en España utilizan o ha utilizado la mencionada cláusula», resultando difícil precisar el con-

cepto de consumidor medio; además, estén previstas desde tiempo remoto. La información precontractual está ampliamente tratada en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, advirtiéndose la difícil conciliación entre el artículo 4 de la directiva («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 concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa»), que exige una interpretación del posible abuso según las circunstancias concretas y particulares de cada consumidor, con la acción colectiva y preventiva de control en abstracto. Y la cosa se complica más al reclamarse la restitución para obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación del «suelo» hipotecario pactado.

Dado el concepto de consumidor medio, como una persona informada, atenta y perspicaz, capaz de entender la información que el banco le facilita para tomar una decisión consciente, la oscuridad de la cláusula provoca confusión, o despiste, pues, como vimos, el contrato difumina la variación del tipo de interés por el suelo establecido, tanto al alza como a la baja; dada esta definición, aun cuando la directiva pretende protegerlo y desee beneficiar a todos, recalca el tribunal Supremo, como un elemento justificativo del planteamiento de la cuestión prejudicial, «no quiere decir que, para el enjuiciamiento de la abusividad de una cláusula en una acción colectiva, no deba utilizarse como estándar el concepto de consumidor medio». O sea, la conceptualización sigue siendo importante y problemática cuando se proyecta sobre un colectivo, incluso indeterminado de personas, pues sucede que el consumidor medio cambia según las circunstancias culturales, sociales o lingüísticas, la publicidad..., y, en tal caso, ¿cómo generalizar ese concepto sobre la colectividad de personas que reclaman contra la colectividad de entidades bancarias y sobre unos «suelos contractuales» semejantes?

Finalmente, la sentencia nos advierte sobre la acumulación de una acción colectiva a la restitución de cantidades, porque el artículo 22.1.1 de la LEC dispone la determinación o no de los afectados a los efectos de poder establecer los datos o bases de reclamación económica. ¿Cómo hacer una reflexión de aquellas personas afectadas que por su cualificación o formación personal o profesional no debieran estar incluidas en la «bolsa» de los consumidores afectados por esa falta de transparencia y por su consideración de informadas, atentas y perspicaces, capaces de entender la información que el banco les facilita?

En definitiva, expuestos sucintamente los motivos, el Tribunal Supremo decide formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión siguiente: interpretación de los artículos 4 y 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 y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, para saber:

- a) ¿Está amparado por el art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, cuando se remite a las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, y por el art. 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 arts. 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 muy diferentes, durante un periodo de tiempo muy largo en que el conocimiento público sobre tales cláusulas fue evolucionando?

Al final, la compatibilidad entre nuestra legislación y la europea es trascendental. El tiempo y las circunstancias cambian y la materia de los consumidores evoluciona, y los problemas que genera la contratación colectiva o indeterminada conlleva la necesidad de cambios legislativos o de interpretaciones integradoras. No puede olvidarse que estos contratos son complejos; que la multiplicidad de cláusulas los convierte –muchas veces– en ininteligibles para un sector importante de la población. El préstamo hipotecario es un recurso habitual en una sociedad como la nuestra, donde la única forma de conseguir una vivienda es por medio del endeudamiento, y por un tiempo largo, muy largo. Cuando la obligación generada supone estar buena parte de la vida devolviendo un préstamo, la obligación institucional jurídica requiere implementar un sistema contractual coherente, homogéneo y protector de la parte más débil de la negociación. La transparencia del clausulado, la información, son dos elementos connaturales a la vinculación contractual, y claves del consentimiento del prestatario. El control de la abusividad es la consecuencia de la oscuridad y el compromiso de los Estados miembros de construir un sistema financiero lo más uniforme y justo posible. El Tribunal Supremo, en esta línea de conocimiento, se dirige al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque considera que millones de personas, en su relación con decenas de entidades bancarias, tiene el derecho de saber y conocer si la legislación ampara sus pretensiones o si las normas contemplan el supuesto indiferenciado de hipotecas con cláusulas de variación de tipos de interés aplicables a la generalidad, de la misma forma que no se cuestiona su aplicación individualizada, bien por acciones individuales, bien –como sucede en este supuesto– en las acciones colectivas; pues estamos refiriéndonos a procesos en los que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación (art. 15 LEC), en los que los consumidores vienen siendo considerado personas vulnerables

que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad (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).