



## CUESTIONES PREJUDICIALES EN ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN INTERPUESTA POR ADICAE\*

*(Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Auto de 29 junio 2022,  
Rec. 2251/2019)*

*Pascual Martínez Espín\*\**  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 27 de julio de 2022*

**Resumen:** La presente reseña tiene por objeto analizar las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS al TJUE respecto a la viabilidad de una acción colectiva de cesación ejercitada por una asociación de consumidores contra las cláusulas suelo utilizadas por las entidades financieras demandadas, a la que se ha acumulado una acción restitutoria de las cantidades pagadas en aplicación de esa cláusula. En particular, se plantea el problema de la compatibilidad entre el control abstracto de las acciones colectivas y el examen individualizado que requiere el control de transparencia, así como las dificultades para realizar un control abstracto de transparencia desde la perspectiva del consumidor medio.

---

\* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y del Proyecto de Investigación PID2021-128913NBI00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, del que son investigadores principales el profesor Ángel Carrasco Perera y la profesora Encarna Cordero Lobato, conforme a la resolución provisional de fecha 23 de junio de 2022.

\*\* \*ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4466-7128>



## **I. Datos de la resolución**

Es objeto de este comentario el Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, de 29 Junio de 2022, Rec. 2251/2019, que formula al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sendas peticiones de decisión prejudicial, sobre la interpretación de los arts. 4 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) en relación con una acción colectiva de cesación ejercitada por una asociación de consumidores contra las cláusulas suelo.

## **II. Antecedentes**

La Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE) formuló una demanda contra 101 entidades financieras que comercializaban préstamos hipotecarios en España, en la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de la condición general de contratación consistente en la limitación de la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo) que las entidades bancarias demandadas utilizaban en sus contratos de préstamo hipotecario a interés variable. A la acción de cesación acumuló una acción de restitución dirigida a obtener una condena a la devolución de lo pagado en aplicación de dicha cláusula.

El Juzgado admitió a trámite la demanda y sus ampliaciones y acordó tres llamamientos en medios de comunicación de difusión nacional a los consumidores que hubieran podido resultar perjudicados. Tras los llamamientos, se personaron individualmente ochocientos veinte consumidores en apoyo de las pretensiones de la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, salvo respecto de las entidades BBVA, ABANCA y Cajas Rurales Reunidas, y declaró la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, predispuestas por las demás entidades demandadas; y las condenó a eliminar las citadas cláusulas de los contratos y a cesar en la utilización de estas de forma no transparente. Igualmente, declaró la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las entidades bancarias, afectados por la nulidad de dicha cláusula. Finalmente, condenó a las mencionadas entidades bancarias a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de dichas cláusulas, a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.



La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las entidades bancarias demandadas. La Audiencia Provincial desestimó la mayoría de tales recursos y estimó en parte el del Banco Popular, por apreciar la existencia de cosa juzgada, si bien mantuvo la condena a la devolución de cantidades.

La Audiencia Provincial, consciente de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el control de transparencia obliga a un examen del caso concreto, en atención a las circunstancias que concurrieron en la contratación, establece cómo debe hacerse el control de transparencia en sede de acciones colectivas (control abstracto) en contraste con el tipo de control que se hace en las acciones individuales. Para lo cual, argumenta que: «[l]o valorable sobre la pauta estándar de contratación de la entidad bancaria es que no pueda concluirse que ha mantenido comportamientos tendentes a oscurecer o disimular el efecto económico-patrimonial de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos. (...) Dicho enmascaramiento o ensombrecimiento del efecto obligacional de la cláusula en cuestión ocurre cuando el banco no presenta e incluye la cláusula suelo en un plano de equivalencia respecto a la importancia dada a esos otros pactos a los que suele atender el consumidor medio por entenderlos como conformadores de los costes del contrato para él, y que de hecho, es notorio, suelen presidir la difusión de ofertas por las entidades de crédito, como el índice de referencia elegido, su diferencial o el periodo de amortización».

La Audiencia Provincial 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.

La Audiencia Provincial, sin ánimo exhaustivo, identifica diversas actuaciones como reveladoras de esa inclusión no transparente, como:

- a) 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 abarataadoras 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.
- b) 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 medio.



c) 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.

Los bancos demandados interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y sendos recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo considera procedente el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales al TJUE antes de resolver los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por los bancos demandados.

### **III. Disposiciones aplicadas**

#### **A) Derecho de la Unión**

El Considerando 23 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, dispone lo siguiente: «Considerando que las personas u organizaciones, que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas; que esta facultad, sin embargo, no supone el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico».

El art. 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores establece: «1. Sin perjuicio del artículo 7, 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 de este, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

»2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».



El art. 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores establece: «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.

»3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares».

En la fecha en que se interpuso la demanda, estaba en vigor la 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, cuyo art. 2 disponía: «1. Los Estados miembros designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas en el sentido del artículo 3 a fin de obtener que: a) se ordene, con toda la diligencia debida, en su caso mediante procedimiento de urgencia, la cesación o la prohibición de toda infracción».

La Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, prevé en sus arts. 8 y 9 el ejercicio de acciones colectivas de cesación y de adopción de medidas resarcitorias para los consumidores.

## **B) Derecho nacional**

El art. 12 de la Ley de 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece: «1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes



imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.

»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 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».

El art. 17 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, dispone: «1. La acción de cesación procederá contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas.

»[...]

»4. Las acciones mencionadas en los apartados anteriores 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».

El art. 53 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone: «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.

» A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas.

» A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o 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 o prácticas.

De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal».

El Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril Reforma del TRLGDCU suprime el último párrafo del art. 53 (Capítulo I del Título V del Libro I), el cual fue introducido por la Ley 3/2014 y cuyo tenor literal era el siguiente: «serán acumulables a cualquier acción de cesación interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios la de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o 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 o prácticas». Ahora (desde el 28 de mayo de 2022) no se permite la acumulación entre las acciones abstractas de cesación y las singulares cuando las primeras son instadas por legitimación colectiva. Seguramente, se incorpora la última jurisprudencial del TS al respecto sobre «abuso de derecho» de la legitimación colectiva. La norma en buena parte es absurda, porque no se pueden articular acciones de cesación de cláusulas sin que ello comporte una pretensión de nulidad. Pero es correcta en cuanto que impide que sean objeto de acción colectiva pretensiones restitutorias, acciones de nulidad basadas en vicios del consentimiento o las de recobro de cantidades pagadas indebidamente.

El art. 72 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica «Acumulación subjetiva de acciones», establece: «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 art. 221 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica «Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios» previene: «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:



» 1.<sup>a</sup> Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual 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».

#### **IV. Cuestión controvertida**

Se discute la viabilidad de una acción colectiva de cesación ejercitada por una asociación de consumidores contra las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés en préstamos hipotecarios con consumidores utilizadas por todas las entidades financieras demandadas, a la que se acumuló una acción restitutoria de las cantidades pagadas en aplicación de esa cláusula.

1.- En primer lugar, si una acción 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.

2.- Si es posible ejercitar 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.

3.- Para la definición del consumidor medio, surgen varios problemas: (i) 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); (ii) las distintas modalidades de contratación utilizadas por cada entidad financiera; (iii) 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 (iv) los diferentes grupos de clientes, que pueden resultar difícilmente



estandarizables: consumidores que acuden privadamente a la entidad financiera, consumidores que se subrogan en préstamos concertados por las empresas promotoras de las obras, consumidores que se acogen a programas de financiación de viviendas de protección oficial, o de acceso a vivienda pública en función de determinados rangos de edad -jóvenes, jubilados..-, consumidores que acceden al préstamo con un tratamiento especial por su profesión (funcionarios, empleados de una determinada empresa, etc.).

Las razones de la necesidad del planteamiento de la solicitud de decisión prejudicial son dos: a) razón funcional: la compatibilidad entre el control abstracto de las acciones colectivas y el examen individualizado que requiere el control de transparencia; b) razón subjetiva: la dificultad de caracterizar al consumidor medio en el seno de una acción colectiva.

#### **A) Sobre la compatibilidad entre el control abstracto de las acciones colectivas y el examen individualizado que requiere el control de transparencia**

En la acción colectiva de cesación se pretende un control abstracto, por lo que puede tener un carácter eminentemente preventivo, en la medida en que permite controlar 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. De modo que esta acción opera como si la cláusula enjuiciada tuviera un carácter normativo, autónomo, al margen del acuerdo de voluntades en que se inserta, en cuanto tiene, como condición general, vocación de generalidad.

El control abstracto se hace al margen tanto de la información particularizada 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.

El carácter preventivo y abstracto de la acción de cesación, diferente al control individual sobre los contratos efectivamente celebrados, ha sido resaltado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (por ejemplo, sentencia de 28 de julio de 2016, C-191/15, EU:C:2016:612, Verein für Konsumenteninformation).

La STJCE de 9 de septiembre de 2004, C-70/03, EU:C:2004:505, Comisión Europea contra España, declaró: «La distinción que establece el artículo 5 de la Directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de



efectuar una apreciación in concreto del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, 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. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores».

Y la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2016, EU:C:2016:252, asuntos acumulados C-381/14, Sales Sinués, y C-385/14, Youssouf Drame, resaltó la diferencia de objetos y efectos jurídicos entre las acciones individuales y colectivas y declaró: «26 Por lo que respecta, por otra parte, a las acciones ejercitadas por personas u organizaciones a las que se reconoce un interés legítimo en la protección de los consumidores contempladas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13, debe señalarse que estas últimas no se encuentran en tal situación de inferioridad respecto a los profesionales (sentencia de 5 de diciembre de 2013, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, C-413/12, EU:C:2013:800, apartado 49).

»27 En efecto, sin negar la importancia del papel fundamental que deben poder desempeñar para lograr un elevado nivel de protección de los consumidores en el seno de la Unión Europea, hay que hacer constar, no obstante, que una acción de cesación que enfrente a una de tales asociaciones con un profesional no se caracteriza por el desequilibrio que existe en el contexto de una acción en la que estén implicados un consumidor y el profesional con el que contrata (véase la sentencia de 5 de diciembre de 2013, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, C-413/12, EU:C:2013:800, apartado 50)».

La STC español núm. 148/2016 de 19 de septiembre (ES:TC:2016:148), consideró que la extensión de los efectos de una acción colectiva de cesación a una universalidad de contratos podía llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no deseara obtener la nulidad del contrato en los términos interesados en la demanda colectiva. También consideró que la acción colectiva puede dificultar las posibilidades de impugnación individual, si la demanda de cesación se desestima por haberse adoptado una línea de defensa jurídica diferente a la que se habría sostenido si se hubiera ejercitado



una acción individual en relación con circunstancias específicas solo conocidas por el propio consumidor.

El Tribunal Supremo, en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo (ES:TS:2013:1916) y 138/2015, de 24 de marzo (ES:TS:2015:1279), ha admitido la posibilidad de realizar el control abstracto propio de las acciones colectivas en el caso de las denominadas cláusulas suelo, porque dicho control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa. Y justificaba la posibilidad de este control abstracto mediante una acción colectiva por la existencia de condiciones generales de la contratación, empleadas en una pluralidad de contratos y la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos propias de la contratación en masa.

Por el contrario, en la sentencia 408/2020, de 7 de julio (ES:TS:2020:2228), se negó la procedencia del control abstracto en el caso de contratos financieros complejos, sometidos a la normativa MiFID, en las que juega un papel muy destacado el perfil del cliente y la información que necesariamente debe recabarse por la sociedad de servicios de inversión sobre sus conocimientos y experiencia previa en la contratación de productos similares. Se señaló que la acción colectiva restringe lo que puede ser objeto de prueba a aquello que puede apreciarse de forma generalizada. Esto es difícilmente conciliable con realidades contractuales complejas en cuya gestación y perfección confluyen múltiples factores individuales (no generalizables), como el nivel de conocimientos previos del adherente, su experiencia financiera o sus intenciones sobre la asunción de riesgos en la inversión.

En las citadas sentencias en que se admitió 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. No obstante, en la sentencia 408/2020, de 7 de julio (ES:TS:2020:2228), se advirtió que: «El enjuiciamiento propio de las acciones colectivas se adapta muy bien a los controles de incorporación y también de contenido, pues aquello que en un caso u otro determina la no inclusión o la abusividad es fácilmente predicable con carácter general de todos los contratos en los que se haya incluido esa cláusula. El carácter no incorporable de una cláusula que, por la forma en que está redactada, no resulta clara y comprensible, o el carácter abusivo de una condición general que, por su propio contenido, en contra de las exigencias de la buena



fe, provoca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, son fácilmente apreciables mediante una acción colectiva, pues lo que determina en cada caso su indebida incorporación o su abusividad es predicable con carácter general de todos los contratos en que se hayan incluido esas cláusulas. Es ciertamente difícil que en la contratación individual surjan circunstancias especiales que excluyan la vinculación del juicio generalizado realizado mediante una acción colectiva, fuera de la negociación individual que por sí misma provocaría la inaplicación del control de abusividad.

«Pero no sucede lo mismo cuando la acción colectiva pretende que se realice un control de transparencia. La insistencia del TJUE 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».

«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 TJUE (verbigracia, Sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; 21 de diciembre de 2016, C-154/15, Gutiérrez Naranjo; 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriuc; ó 7 de noviembre de 2019, C- 419/18, Credit Polska), 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».

En el caso ahora enjuiciado, la acción colectiva se dirige contra prácticamente todas las entidades financieras que en España utilizan o han utilizado la mencionada cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés (más de un centenar), durante un dilatado periodo de tiempo. Lo que, conforme a las estadísticas del Banco de España, afectaría a millones de contratos; da lugar a una multiplicidad de redacciones y formulaciones de las cláusulas, aunque tengan el denominador común de imponer un tope a la bajada del tipo de interés; y hace difícilmente utilizable el concepto de consumidor medio, puesto que, por el elevado número de clientes a que van dirigidas las cláusulas, pueden ser muy diferentes los consumidores afectados.

Además, debe tenerse en cuenta que las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés estuvieron previstas y admitidas legalmente durante un largo periodo de tiempo (desde diciembre de 1989 hasta junio de 2019), por lo que su formulación, a efectos de adaptación a la normativa administrativa-bancaria, estuvo sujeta a diferentes disposiciones legales antes de interposición de la demanda (Orden Ministerial de 12 de



diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido concretando cada vez más el control de transparencia en la comprobación de la suficiencia de la información precontractual que se ha ofrecido al consumidor, puesto que es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. Así, la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, EU:C:2013:180, caso RWE Vertrieb, declaró al referirse al control de transparencia: «44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información». Doctrina reiterada por el Tribunal de Justicia en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, EU:C:2015:127, Matei, párrafo 75; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, EU:C:2015:262, Van Hove, párrafo 47; 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C- 308/15, EU:C:2016:980, Gutiérrez Naranjo, párrafo 50; y 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, EU:C:2020:536, Ibercaja Banco, apartados 46 y 47; entre otras muchas. Conforme a dicha jurisprudencia, la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar.

En las conclusiones del Abogado General en el asunto C-119/15, EU:C:2016:387, de 2 de junio de 2016, Biuro podróży Partner, apartado 49, ya se indicaba que un régimen según el cual, con carácter general, el carácter abusivo de las cláusulas de condiciones generales debe establecerse de una vez por todas en un procedimiento judicial in abstracto, es difícil, o incluso imposible, de conciliar con el artículo 4, apartado 1 de la Directiva 93/13, que exige que la apreciación del carácter abusivo sea concreta y se base en las circunstancias particulares.

A ello se añade que, conforme al art. 4.1 de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe enjuiciarse en relación con el momento de celebración del contrato, como resalta habitualmente el Tribunal de Justicia (por ejemplo, sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2017, Andriuc, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 54; y 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, EU:C:2020:536, Ibercaja Banco, apartados 48 y 49). Y en la acción colectiva objeto de este procedimiento se incluyen contratos celebrados con muchos años de diferencia; factor que resulta relevante, puesto que el nivel de conocimiento de las cláusulas suelo entre el público en general fue variando con el paso del tiempo.



En suma, si el control abstracto debe hacerse sobre miles de cláusulas predispuestas durante un largo periodo de tiempo, por decenas de entidades financieras diferentes, sometidas a cambios legislativos en cuanto a su formulación y sin posibilidad de contrastar la información precontractual ofrecida en cada caso a los consumidores, resulta extremadamente complejo poder concluir que se puede hacer un control de transparencia unívoco sobre cláusulas similares, en los términos del art. 7.4 de la Directiva 93/13/CE.

Por último, debe tenerse en cuenta que en el caso objeto de litigio, además de la acción colectiva de cesación, se ejerció una acción de restitución dirigida a obtener una condena a la devolución de lo pagado en aplicación de las cláusulas cuya anulación se pretendía. Sin embargo, el control abstracto propio de la acción colectiva de cesación no tiene 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.

## **B) El consumidor medio**

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abundan las afirmaciones sobre el concepto de consumidor medio, comenzando por la que se conoce generalmente como primera sentencia sobre la materia, de 20 de febrero de 1979 (escuela). Asunto 120/78, Unión Europea: C: 1979: 42, Cassis de Dijon). Sin embargo, el surgimiento legal de dicho concepto proviene únicamente de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, sobre la equidad de los negocios no comerciales de las empresas en relación con los consumidores en el mercado.

Las sentencias de 16 de julio de 1998 (C-210/96, EU:C:1998:369, Gut Springenheide) y 13 de enero de 2000 (C-220/98, EU:C:2000:8, Estée Lauder Cosmetics) acuñaron la expresión «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». A partir de ahí, se configura una concepción del consumidor medio como la persona capaz de entender la información comercial que se le ofrece y, sobre ella, tomar una decisión consciente. Se trata de una persona con una pericia mínima para interpretar la realidad que percibe o la información que se le suministra; pero su percepción no solo debe enjuiciarse en función de la persona, sino también en relación con el producto o servicio que se le ofrece, puesto que no son iguales los requerimientos de atención y



perspicacia para la contratación de un producto financiero, que para la compra de un alimento o la reserva de un viaje combinado.

En el ámbito de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, el auto del Tribunal de Justicia de 10 de junio de 2021 (C-198/20, EU:C:2021:481), concluyó que la protección dispensada por la mencionada Directiva beneficia a todos los consumidores y no sólo al consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz.

Pero que la Directiva beneficie a todos los consumidores 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.

En el caso concreto de las cláusulas de intereses en préstamos hipotecarios, la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2020 (C- 125/18, EU:C:2020:138, Gómez del Moral), al analizar la exigencia de transparencia en el epígrafe 51, se refirió a un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, [que] esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C- 26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 51)».

Asimismo, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce que la noción de consumidor medio puede ser diferente en función de determinadas condiciones, puesto que deben tenerse en cuenta factores sociales, culturales o lingüísticos. Por ello, en alguna ocasión, el Tribunal se ha referido de manera más general al consumidor medio europeo (sentencia del TJUE de 2 de mayo de 2019, C-614/17, EU:C:2019:344, Queso manchego).

El nivel de atención y perspicacia de un consumidor puede variar en función de datos legales, de exigencias publicitarias nacionales o sectoriales o incluso de elementos de la lengua propia utilizada en la información comercial suministrada, que pueden marcar una exigencia diferente de diligencia informativa y de advertencia en el consumidor.

En este procedimiento se ha cuestionado la validez de cláusulas dirigidas a distintos grupos de consumidores, puesto que ha habido casos en los que las condiciones generales controvertidas estaban dirigidas a personas incluidas dentro de un determinado rango de edad (genéricamente, jóvenes), o a personas que adquirirían viviendas de protección oficial



sometidas a normativa administrativa, o a consumidores que ya habían contratado previamente bajo una condición similar y querían novarla, por poner solo algunos ejemplos.

Todos esos supuestos y otros muchos han sido tratados por la jurisprudencia del TS 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 debidamente impagadas, el art. 221.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil española 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 que también resulta extremadamente difícil cuando lo es la determinación del consumidor medio. Esta dificultad fue puesta de manifiesto por algunas de las entidades bancarias demandadas, que en su oposición a la demanda solicitaron que, conforme al citado art. 221.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se excluyese de la sentencia a determinados adherentes: (i) aquellos que por su especial cualificación o experiencia (abogados, especialistas en finanzas, empleados de banca, promotores inmobiliarios, etc.) conocieran o tuvieran la posibilidad de conocer con sencillez el alcance y efectos de la cláusula suelo; (ii) los titulares de subrogaciones de prestatarios en préstamos concedidos al promotor con cláusula suelo preexistente, y de subrogaciones de la entidad en préstamos hipotecarios suscritos por otras entidades financieras con consumidores con cláusula suelo preexistente; y (iii) los préstamos suscritos a partir del año 2009, momento en el que la utilización de las cláusulas suelo estaba completamente extendida en el mercado hipotecario y habían creado un enorme debate social, siendo, según tales demandadas, un hecho público y notorio su conocimiento por parte de los consumidores.

## **V. Cuestiones prejudiciales**

El TS formula al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 TFUE, las siguientes peticiones de decisión prejudicial, sobre interpretación de los arts. 4 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas



abusivas en los contratos con consumidores (DOUE-L-1993-80526), y el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02):

1. °- ¿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?

2.°- ¿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?

## **VI. Conclusiones**

Primera. - La Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE) formuló una demanda contra cuarenta y cuatro entidades financieras que operaban en España, en la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de la condición general de contratación consistente en la limitación de la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo) que las entidades bancarias demandadas utilizaban en sus contratos de préstamo hipotecario a interés variable. A la acción de cesación acumuló una acción de restitución dirigida a obtener una condena a la devolución de lo pagado en aplicación de dicha cláusula.

Segunda.- La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, salvo respecto de las entidades BBVA, ABANCA y Cajas Rurales Reunidas, y declaró la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, predisuestas por las demás entidades demandadas; y las condenó a eliminar las citadas cláusulas de los contratos y a cesar en la utilización de estas de forma no transparente. Igualmente, declaró la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las entidades bancarias, afectados por la nulidad de dicha cláusula. Finalmente, condenó a las mencionadas entidades



bancarias a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de dichas cláusulas, a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Tercera.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las entidades bancarias demandadas. La Audiencia Provincial desestimó la mayoría de tales recursos y estimó en parte el del Banco Popular, por apreciar la existencia de cosa juzgada, si bien mantuvo la condena a la devolución de cantidades. La Audiencia Provincial, consciente de que la jurisprudencia del TJUE sobre el control de transparencia obliga a un examen del caso concreto, en atención a las circunstancias que concurrieron en la contratación, establece cómo debe hacerse el control de transparencia en sede de acciones colectivas en contraste con el tipo de control que se hace en las acciones individuales.

Cuarta.- Los bancos demandados interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y sendos recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha dictado auto en el que formula al Tribunal de Justicia de la UE las peticiones de la decisión prejudicial en relación con la acción colectiva de ADICAE contra las ‘cláusulas suelo’ de los préstamos hipotecarios.

Quinta.- En el Auto que comentamos el TS parece querer deshacerse del control de transparencia en acciones colectivas, al menos cuando los demandados son todos los bancos de España.

En efecto, la jurisprudencia inicial sostenía la legitimidad del uso de la acción colectiva en el control de las cláusulas abusivas de las condiciones generales de contratación (STS de 24 de marzo de 2015 (S. 138/2015, Rec. 1756/2013, Ponente: señor Sarazá Jimena) en la que desestima el recurso interpuesto por la entidad bancaria contra la sentencia de la AP Córdoba, que declaró la nulidad de la condición general que contenía la llamada “cláusula suelo” por falta de transparencia determinante de su carácter abusivo. De acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería.

[...] Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1).»



Sin embargo, la STS 408/2020, de 7 de julio, desestimó el recurso de casación interpuesto por ASUFIN (en una demanda de nulidad por falta de transparencia de varias cláusulas contenidas en contratos financieros de BANKINTER), con el argumento fundamental de que en el control abstracto (acciones colectivas) de condiciones generales de la contratación no se puede practicar como regla un control de transparencia de las cláusulas y condiciones generales.

Sexta.- En el marco de una acción colectiva, solo se puede realizar un “control abstracto” de la transparencia de unas cláusulas predispuestas con muchas limitaciones, pues el control de transparencia exige tener en cuenta las circunstancias que rodean la celebración del contrato, de modo que difícilmente puede alcanzarse un juicio definitivo sobre la transparencia de una cláusula predispuesta en un control abstracto y teniendo a la vista, exclusivamente, el texto de la cláusula. El control abstracto –propio de una acción colectiva – se adapta bien al control de incorporación y al control del contenido, pero no al control de transparencia. La insistencia del TJUE 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, especialmente, la trascendencia de la información precontractual, reducen considerablemente los supuestos en que pueda apreciarse la falta de transparencia en una acción colectiva. Y ello porque la misma cláusula puede aplicarse a consumidores medios y a consumidores expertos por lo que el análisis de las circunstancias del caso es imprescindible para decir si el banco introdujo la cláusula de forma transparente en sentido material o no, lo que nos aleja del marco de las acciones colectivas.