FALTA DE TRANSPARENCIA Y ACCIONES COLECTIVAS

Doctrina de la STJUE asunto C 450/22 o cómo el Tribunal Supremo ha acabado convertido en Cronos y su control de transparencia en el Zeus que lo ha derrocado

Saúl González García Doctor en Derecho

UGR

I INRODUCCIÓN AL PROBLEMA. 1 Las acciones colectivas y el control de transparencia. II SENTENCIA TJUE DE 4.07.2024 ASUNTO C-450/2022 1 Hechos del caso. 2 Sentencia de primera instancia 3 Sentencia en la segunda instancia. 4 Recurso de casación y planteamiento de las cuestiones prejudiciales al TJUE Auto del Pleno de la Sala 1ª del TS de 29 de junio de 2022. 5 Resolución de las cuestiones y doctrina resultante. *A) Resolución de la primera cuestión.* *B) Resolución de la segunda cuestión.* III OPINIÓN SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ACCIONES COLECTIVAS 1 El control de transparencia en la doctrina . 2 Control de transparencia y acciones colectivas. *A) El problema de la relación entre la acción colectiva y el concepto de transparencia. B) Posible encaje de las acciones colectivas en otras concepciones de la transparencia.* IV BIBLIOGRAFÍA

# INRODUCCIÓN AL PROBLEMA

## Las acciones colectivas y el control de transparencia

En la Mitología Griega Cronos devoraba a sus hijos para evitar ser derrocado por uno de ellos hasta que Zeus, el último de sus hijos, se reveló y derrocó a su padre. Este mito serviría para ilustrar como la criatura del Tribunal Supremo, el control de transparencia llevado a cabo a través de las acciones colectivas, tras la sentencia de 4.7.2024, va a llevarse por delante a su creador pese a los infructuosos intentos del TS para tratar de evitarlo.

El origen de este problema hemos de situarlo en la STS de 9.5.2013 en el que el Tribunal Supremo, en el marco de una acción colectiva, acuñaba lo que vino en denominar control de transparencia, distinto del control de incorporación y distinto también al error vicio. A partir de ahí llevamos más de una década de pronunciamientos en los que se ha ido asentando dicha doctrina pero que ha provocado no pocos problemas a la hora de determinar el ámbito de control de transparencia por la vía de las acciones individuales y el control a través de acciones colectivas, así como las tensas relaciones que se producen entre los efectos de una sentencia colectiva respecto de los posteriores procesos individuales.

Por todos es bien sabido que, en dicha sentencia, el TS instauraba el control de transparencia como un control en abstracto de la validez de la cláusula diferente al del error vicio y también distinto al control de incorporación con fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. La posibilidad de controlar la transparencia a través de las acciones colectivas se vio confirmada posteriormente en la STS de 24.3.2015 en la que el Alto Tribunal justificaba que si el control de transparencia solo pudiese realizarse a través de un análisis individualizado se limitaría la protección de los consumidores en la medida en que no tendrían acceso a la tutela colectiva que garantiza el artículo 7 de la Directiva 93/13.

El problema de la creación jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la falta de transparencia era que dicho control no era posible extenderlo a todas las acciones colectivas, o al menos así lo postulaba parte de la doctrina y terminó por reconocerlo el propio Tribunal Supremo en la STS de 7.07.2020 en la que estableció la imposibilidad de llevar a cabo un control de transparencia en una acción colectiva en el ámbito de un contrato de permuta financiera, señalando que los parámetros establecidos en la STS de 9.5.2013 para el enjuiciamiento de una acción colectiva sobre cláusulas suelo, no podían ser entronizados como reglas absolutas de valoración de todo tipo de condiciones generales. Cuestión que ya habían advertido previamente en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, al examinar las cláusulas de interés variable IRPH, o en la sentencia 463/2019, de 11 de septiembre, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios.

Sobre la base de que la acción colectiva restringe lo que puede ser objeto de prueba a lo que puede apreciarse de forma generalizada concluye el TS que no pueden ejercitarse acciones colectivas para enjuiciar 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.

El problema subyacente es el siguiente: en el momento en el que el TS alumbró el control de transparencia como un parámetro que permitía controlar elementos esenciales del contrato que quedaban extramuros del juicio de abusividad solo era cuestión de tiempo que los consumidores pretendiesen acudir a dicha creación jurisprudencial y extrapolarlo más allá del proceso para el que fue creado – una acción colectiva relativa a la cláusula suelo – por lo que el TS, tal y como hemos expuesto, se enfrentó a su propia creación limitándola y eliminándola en determinadas acciones y, sobre la base de un único control de transparencia, estableció también diferentes parámetros para apreciar la transparencia dependiendo del concreto ámbito contractual.

Como tendremos ocasión de exponer cuando hagamos un examen de la doctrina, el control de transparencia en abstracto, por su propia naturaleza, se hace imposible de proyectar sobre determinados contratos en los que resulta prácticamente inescindible del error vicio por lo que no es posible aplicar unos criterios abstractos sobre los que debe asentarse el control de transparencia y el matiz que diferencia una falta de transparencia de un error esencial desaparece, impidiendo con ello practicar el enjuiciamiento abstracto que caracteriza a las acciones colectivas.

La doctrina del Supremo en la que el examen de la transparencia no puede tener lugar en determinadas acciones colectivas sentada en la STS de 7.7.2020 ha sido puesta en peligro por la forma en la que el TS ha planteado la cuestión prejudicial, colocándose en una situación complicada pues la cuestión no se limita al ámbito de las acciones colectivas relativas a las cláusulas suelo, sino que se redacta con carácter general y como tal ha sido respondida: la resolución del TJUE a las cuestiones planteadas por el TS, como veremos *infra*, suponen un confirmación del control de transparencia en abstracto y no limitado a las acciones colectivas relativas a las cláusulas suelo, lo que puede dar pie a un debilitamiento de los esfuerzos del TS de limitar el ejercicio de las acciones colectivas de cesación en determinados ámbitos o del análisis que ha hecho en otros para llegar a la conclusión de que determinadas estipulaciones son transparentes, por lo que parece solo cuestión de tiempo que su criatura, el control de transparencia vía acciones colectivas, se revuelva en su contra y le obligue a admitir acciones colectivas relativas a productos financieros complejos o modificar los parámetros empleados para realizar el análisis de la transparencia de otros productos financieros si estos no son lo suficientemente abstractos.

En este trabajo examinaremos cuál era el concreto objeto del proceso principal, qué resoluciones recayeron en la instancia, en la apelación, qué cuestiones se plantearon al TJUE por el TS, cómo han sido resueltas y qué cabe esperar del control de transparencia en el ámbito de las acciones colectivas a la vista de la doctrina sentada por el TJUE.

# SENTENCIA TJUE DE 4.07.2024 ASUNTO C-450/2022

## Hechos del caso

En el año 2010 la asociación de consumidores ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España) formuló una demanda frente cuarenta y cuatro entidades financieras que operaban en España y que fue posteriormente ampliada frente a otras diecinueve entidades financieras primero y a otras treinta y ocho después, resultando así que habían sido demandadas ciento una entidades financieras que comercializaban préstamos hipotecarios y empleaban cláusulas suelo. Sintetizando, lo que hicieron fue demandar a todos los bancos que comercializaban hipotecas con cláusula suelo.

En el proceso, tras la correspondiente *litis denuntiatio,* se personaron también ochocientos veinte consumidores quienes actuaban en el proceso en calidad de intervinientes adhesivos, tal y como prevén los artículos 13 y 15 de la LEC, defendiendo de las pretensiones formuladas por su litisconsorte principal, ADICAE, sin una posición autónoma.

En la demanda había una acumulación objetiva habida cuenta de que se ejercitaban una acción colectiva de cesación, una acción accesoria de devolución de cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula – que tenía carácter accesorio de la anterior – y una acción declarativa de condición general de la contratación. Mediante la acción de cesación se pretendía que se declarase la nulidad de las cláusulas suelo empleadas por las entidades demandadas, mediante la acción de restitución, que se devolvieran los importes cobrados en aplicación de dicha cláusula y mediante la acción declarativa se pretendía que se declarase la cláusula suelo como condición general de la contratación.

Así, las pretensiones acumuladas y deducidas en la demanda eran las siguientes:

* La declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, de las entidades objeto de demanda, declarando la subsistencia de los contratos de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria afectados por la declaración de nulidad de la cláusula suelo y condenando a las entidades demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo.
* La condena a las entidades demandadas a eliminar dicha cláusula suelo de los contratos y cesar en su utilización de forma no transparente.
* La declaración de la cláusula suelo como condición general de la contratación.

Es importante señalar que junto con la anterior acumulación objetiva tuvo lugar una acumulación subjetiva puesto que, como hemos señalado *supra*, se acumularon en un único proceso las pretensiones que iban dirigidas a ciento una entidades de crédito. Es decir, en lugar de llevar a cabo una acción colectiva frente a cada entidad financiera se acumularon todas en una sola demanda con la dificultad técnica que ello comporta y de la que más adelante haremos alguna consideración.

## Sentencia de primera instancia

La sentencia recaída en primera instancia y de la que conoció el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid desestimó la demanda frente a BBVA, ABANCA y CAJAS RURALES UNIDAS y estimó parcialmente la demanda frente al resto de entidades demandadas (excepto frente a Caja Rural de Almendralejo por operar una satisfacción extraprocesal de las pretensiones).

La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los préstamos hipotecarios de las entidades demandadas. A resultas de su nulidad se condenó a las entidades a eliminarlas de los contratos y a cesar en su utilización no transparente, declarando la subsistencia de los contratos afectados por la nulidad de dicha cláusula. Igualmente se condenó a las entidades a devolver las cantidades en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013. Por otro lado, se desestimó la acción de declaración de condición general de la contratación por un defecto procesal en la demanda.

En lo que a la declaración de nulidad de la cláusula suelo se refiere, el Juzgado de lo Mercantil se refiere a la necesidad de llevar a cabo el doble control de transparencia que exige que el consumidor pueda conocer cuáles serían las consecuencias económicas con la inclusión de dicha cláusula en su contrato concluyendo que las cláusulas examinadas se incluyen de una forma que no permiten al consumidor advertir cuál será su efecto económico por pasar desapercibidas en un conjunto de pactos dedicados a otros extremos, sin un tratamiento propio ni resaltado.

## Sentencia en la segunda instancia

Frente a la anterior sentencia un gran número de entidades demandadas formalizaron el correspondiente recurso de apelación. Tras realizar un examen de los diferentes recursos de apelación se aprecian una serie de argumentos interesantes en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere que expondremos a renglón seguido.

En primer lugar, se cuestiona la adecuación de una acción colectiva como medio para poder llevar a cabo un control de transparencia material porque en síntesis, se trata de un control en abstracto que prescinde de las circunstancias concretas e impide apreciar una serie de cuestiones de hecho tales como el tipo de cliente, su experiencia con productos bancarios, información suministrada oralmente en el momento de la contratación o información ofrecida por el propio notario, circunstancias todas ellas que dependen del caso en concreto y que, en una acción colectiva no pueden ser examinadas quedando el análisis de transparencia circunscrito básicamente a la redacción de la cláusula suelo y a la forma y el concreto lugar del contrato donde quedaba incorporada.

En segundo lugar, la otra crítica importante que se hace en los recursos es que se ha llevado a cabo una indebida acumulación de acciones al entender que al acumularse las cláusulas suelo de prácticamente todo el sistema bancario español eso dificulta su análisis y complica en extremo la tramitación del proceso. Si bien esta segunda cuestión no es la cuestión en la que se centrará nuestro trabajo nos ha parecido interesante examinarla porque tiene unas consecuencias nada desdeñables para el diseño del futuro procedimiento para las acciones colectivas que actualmente se encuentra en tramitación.

Por último, tras esas dos cuestiones de índole procesal la mayoría de las entidades bancarias en sus recursos de apelación trataban de argumentar la transparencia material de sus cláusulas suelo, sin demasiado éxito porque solo un par de entidades consiguieron revertir la declaración de nulidad llevada a cabo por el juzgador *a quo*.

*El control de transparencia en las acciones colectivas*

Como señalábamos *supra*, la gran cuestión jurídica que aborda la Audiencia Provincial de Madrid es la siguiente: ¿puede llevarse a cabo un control de transparencia a través de una acción colectiva? Como cuestión previa a analizar el contenido de los distintos motivos de los recursos de apelación el tribunal *ad quem* analiza primero la posibilidad de llevar a cabo dicho controla a través de una acción colectiva para después establecer los parámetros que empleará para llevar a cabo dicho análisis. Este apartado de la sentencia resulta de gran interés y, a nuestro modesto entender, plasma perfectamente el problema que plantea el control de contenido relativo a aquellas estipulaciones que determinan el precio del contrato:

Señala la Sala que lo verdaderamente relevante es que mediante la acción colectiva de cesación se articula procesalmente el denominado control abstracto, a través del cual se examina de una forma genérica y preventiva la validez de la cláusula objeto de litigio. En este ámbito el control en abstracto está referido tradicionalmente al examen del contenido jurídico de la cláusula tipo en cuestión, contenido que define el equilibrio de derechos y deberes contractuales, no prestacionales, de las partes. Es decir, la Sala reconoce que el control típico es relativo a un equilibrio de derechos y obligaciones no a una justa equidad prestacional, lo que en definitiva vendría a ser un control del precio del contrato. De ahí que dicho control se haga examinando el carácter abusivo de la cláusula conforme al artículo 82 y ss. de la LGDCU.

El problema, tal y como señala la Sala, es trasladar ese control sobre el precio del contrato que podrá reputarse caro o barato para los servicios o bienes que recibe como contraprestación, pero ello no podría en sí mismo tacharse de abusivo ya que la cuantía del precio o la calidad o cantidad de servicios o bienes recibidos no se refieren propiamente al contenido de equilibrios jurídicos en derechos y deberes derivados del contrato. Señala la Sala que el precio se fija por las tensiones del mercado de bienes y servicios, oferta y demanda de consumo, y sobre su individualización no puede realizarse una valoración puramente jurídica, de manera que el juez no puede determinar cuando el coste de un concreto precio a cambio de determinado bien resulta más o menos abusivo, pues su fijación corresponde a criterios de economía de mercado e intereses subjetivos de los contratantes.

A continuación, la Sala examina el concepto de elementos esenciales del contrato sobre la base de la actual doctrina del derecho de consumo señalando como tales la cuantía del precio, la calidad, cantidad o cualidad de la prestación o servicio a recibir. El siguiente paso en la argumentación de la Sala entronca directamente el control de transparencia relativo a dichos elementos esenciales al determinar que debe tenerse presente que pueden existir cláusulas vinculadas directamente a la fijación de esos elementos del objeto principal del contrato, cuya operatividad en el tracto de cumplimiento obligacional no aparezca suficientemente revelada de modo objetivo al momento de contratar. De esta forma este tipo de cláusulas no serían nulas por su contenido jurídico, sino que la nulidad vendría anudada por no haberse explicitado adecuadamente las consecuencias prestacionales de su inclusión, el desequilibrio puede provenir de la falta de previsibilidad objetiva de aquellas consecuencias patrimoniales sobre los deberes prestacionales de las partes del contrato y recoge la doctrina del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia.[[1]](#footnote-1)

Una vez la Sala expone la pertinencia de llevar a cabo un control de transparencia sobre uno de los elementos esenciales del contrato sobre los que se proyecta la cláusula suelo – su precio – el tribunal *ad quem* aborda la gran cuestión: ¿cómo extrapolar un examen de la posible abusividad basado en un análisis individual a un análisis colectivo? En este sentido el tenor literal de la sentencia, amén de acertado, ilustra perfectamente esta cuestión por lo que lo trascribimos literalmente: “*Cuando este examen de transparencia, tan apegado a lo singular, tan penetrado en su esencia natural de esos factores de lo particular, relativos a cada relación contractual concreta y al perfil de cada consumidor, se traslada al ámbito del control abstracto, como el del presente litigio, para su implementación en el proceso donde se sustancian acciones colectivas, se produce una fuerte tensión entre la naturaleza de la vía procesal utilizada, para la acción colectiva, y el vehículo que por ella transita para su aplicación sustantiva, el examen de transparencia.*

Para resolver este dilema la Sala acude a la jurisprudencia del TS, concretamente a cómo el Alto Tribunal ha ido objetivando los elementos propios de un control de transparencia abstracto[[2]](#footnote-2) de uno concreto llamando la atención sobre la similitud de los conceptos empleados en uno u otro juicio e introduciendo la doctrina del TS en la que introduce dos conceptos claves para el enjuiciamiento de este tipo de acciones: el de consumidor medio y el de la conducta estándar del predisponente en el suministro de información, es decir, cómo se llevaba a cabo la información, con carácter general por la entidad y cómo era percibida, también con carácter general, por un consumidor medio atento y perspicaz.

Una vez centrados los términos en los que el enjuiciamiento de la transparencia se debe analizar en el ámbito de las acciones colectivas la Sala expone el problema que existe en la relación entre las acciones individuales y colectivas y que, tal y como señala la Sala viene dado por el hecho de que el análisis de la transparencia tiene su ámbito natural en la acción individual donde se podrá determinar adecuadamente si el consumidor estaba o no informado de los efectos económicos que la estipulación tenía en su contrato a la vista de todas las circunstancias concurrentes mientras que en la acción colectiva hay circunstancias que no pueden examinarse. Esto puede dar lugar, tal y como la sentencia señala a paradojas tales como que una cláusula examinada en una acción individual resulte válida mientras que una acción colectiva sea declarada nula porque el control opera de forma más estrecha.

La Sala llama la atención sobre la necesidad de ser especialmente cautos en la determinación de los parámetros que van a emplearse para no desnaturalizar el control abstracto con elementos individuales y determina el concreto control abstracto que realizará de dicha cláusula en los siguientes términos: “lo observable con el fin de evitar aquellas paradojas y respetar la posibilidad de un examen justo de transparencia en sede de control abstracto, es que la práctica contractual general de la entidad bancaria no ensombrezca el efecto de la cláusula suelo respecto de esos otros pactos que también fijan el coste del contrato, y sobre los que el consumidor medio presta atención al contratar, de suerte que el comportamiento habitual de aquella predisponente no resulta enmascarador de los efectos económicos de dicha cláusula suelo, respecto de los demás pactos sobre precio o coste”

Más adelante pone ejemplos concretos de lo que va a considerar como una actitud tendente a enmascarar el contenido de la cláusula suelo la ubicación de la cláusula incluida en el contrato en un lugar documental extravagante para ella; al otorgarle 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; al ofrecer la imagen de que la operatividad contractual de dicha cláusula pertenece a escenarios de la realidad prácticamente inverosímiles o absurdos; al ubicar dicha cláusula en mitad o al final de párrafos largos, cuyo objeto se inicia para el tratamiento de otros extremos, aún dentro del conjunto de pactos dedicados a la variabilidad de tipos de interés, y en donde aparece brevemente reseñada, sin resalte o sin énfasis alguno, de modo que se distrae la atención sobre en una lectura en diagonal de los pactos, y se centra en otros elementos principales según el criterio del consumidor medio; su presentación junto a otros elementos relacionados con sus efectos, de manera que se busque centrar la atención en ese segundo elemento; al presentar de modo conjunto la cláusula suelo con el pacto de 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.

Vemos como la Audiencia Provincial hace un loable trabajo, en primer lugar sintetizando la doctrina relativa al control de transparencia para después, atendiendo a la doctrina del TS y del TJUE delimitar el campo en el que va a operar el control abstracto de transparencia así como los concretos parámetros objetivos que van a marcar el juicio sobre la transparencia.

*Acciones colectivas y acumulación de acciones*

Una vez resuelta la anterior cuestión por la Sala otra de las cuestiones que es planteada de forma sistemática por una gran parte de las entidades financieras apelantes es la de una indebida acumulación de acciones. Efectivamente, tal y como se ha señalado, se trata de una cuestión que guarda cierta relación con la tutela colectiva pues si bien, la LGDCU prevé mecanismos para la tutela colectiva como son las acciones de cesación, la LEC también prevé la posibilidad de acumular procedimientos, básicamente, cuando entre los objetos exista una relación.

La suma de ambos mecanismos tiene un efecto nada desdeñable por lo que nos parece interesante analizarlo y que no es otro que, de un plumazo, con un único procedimiento, se han declarado nulas las cláusulas suelo de prácticamente la totalidad de nuestro sistema bancario lo que confiere un potencial nunca visto con anterioridad para la tutela de los intereses de los consumidores y podría suponer un importante alivio de carga para los tribunales civiles lo que nos lleva a plantearnos hasta qué punto queda salvaguardado el derecho de defensa de los intervinientes y se trata de una fórmula que deba de ser potenciada para hacer frente a la litigación en masa de los consumidores o, si por el contrario debe debiera de limitarse. En cualquier caso, dejamos apuntada esta cuestión para nuestras conclusiones y vamos a examinar ahora qué problemas se han planteado al respecto durante la tramitación de la apelación y cómo los ha resuelto la Sala.

Los recursos principalmente cuestionan la acumulación subjetiva, es decir, que se hayan acumulado en un solo proceso acciones de cesación contra diferentes demandados. Los recursos cuestionan la acumulación al entender que conculca las previsiones del artículos 72 de la LEC el cual dispone que será posible la acumulación subjetiva siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir, añadiendo que se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos. De esta forma las entidades han cuestionado que los hechos sean los mismos toda vez que ni las cláusulas, ni la ubicación de estas ni las circunstancias de la contratación sean las mismas.

La Sala desestima la excepción procesal y aunque concede parcialmente la razón a los recurrentes al señalar que podría sostenerse que dadas las especiales circunstancias que el control de transparencia exige atender, apegadas íntimamente a la realidad fáctica individualizada de la práctica seguida por cada entidad bancaria, las acciones subjetivamente acumuladas se basarían en hechos diferentes y separados, de suerte que no podría predicarse su acumulabilidad, sin embargo señala que pese a no considerarse los mismos hechos seguiría existiendo un nexo en la *causa petendi*.

## Recurso de casación y planteamiento de las cuestiones prejudiciales al TJUE Auto del Pleno de la Sala 1ª del TS de 29 de junio de 2022

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid se han interpuesto sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Entendemos que el recurso por infracción procesal tendrá por objeto la indebida acumulación subjetiva. Varios de los recurrentes solicitaron el planteamiento de una cuestión prejudicial para que el TJUE se pronunciase acerca de la posibilidad de examinar la transparencia en una acción colectiva y la Sala 1ª del TS accedió a plantear dicha cuestión.

Del auto en el que se plantean las cuestiones prejudiciales interesa destacar algunas de las consideraciones que hace el TS cuando justifica la necesidad de plantear las cuestiones y que dejan entrever sus reticencias a admitir un control de transparencia en una acción colectiva como la enjuiciada no solo por la dificultad que entraña examinar la transparencia en una acción colectiva, sino por la situación creada a través de la acumulación subjetiva que tiene como resultado la necesidad de llevar a cabo un enjuiciamiento de un gran número de situaciones que, además, se dieron durante un largo periodo de tiempo.

El Tribunal Supremo hace un repaso de su doctrina sobre el control de transparencia vía acción colectiva y señala, de una parte, su admisión en relación con las cláusulas suelo tal y como puso de manifiesto en su STS de 09/05/2013. Por otra parte, recuerda la imposibilidad de llevar a cabo dicho control sobre contratos financieros complejos sometidos a normativa MiFID – como eran los contratos SWAP – en virtud de la STS de 07/07/2020. Y para el caso objeto de análisis la Sala del TS señala que al quedar afectada la totalidad del sistema bancario el concepto de consumidor medio es muy difícil si no imposible de determinar dados los diferentes tipos de clientes a los que se aplicaban estas cláusulas.

Igualmente se hace eco de las conclusiones del Abogado General en el Asunto C-119/15 en el que este último señalaba establecer el carácter abusivo en un procedimiento judicial *in abstracto* es difícil cuando no imposible de conciliar con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 que requiere apreciar las circunstancias particulares y añade también el hecho de que los contratos enjuiciados se celebrasen durante un largo lapso de tiempo lo que impediría un único nivel de conocimientos pues el conocimiento del consumidor medio sobre la cláusula suelo habría ido variando a lo largo del tiempo.

El TS también entiende que la acumulación subjetiva llevada a cabo exige enjuiciar conjuntamente lo que él denomina como distintos grupos de consumidores, entendiendo que hay circunstancias tales productos dirigidos a concretos rangos de edad, personas con experiencia financiera previa etc., entendiendo que la agrupación de todos los casos en una única acción colectiva dificulta mucho la adopción de un criterio de qué ha de entenderse por consumidor media.

Otra cuestión interesante que argumenta la Sala para coadyuvar en el argumento de la imposibilidad de determinar el concepto de consumidor medio en una acumulación semejante tiene que ver con los efectos de la sentencia en la que, de conformidad con el artículo 221.1.1ª de la LEC se podrían extender a consumidores individuales en cuyo caso la sentencia debería determinar quiénes quedarían comprendidos, lo cual conllevaría, en opinión del Alto Tribunal, una determinación genérica extremadamente difícil.

De lo expuesto se vislumbra como el TS parece posicionarse en una posición en la que se limite no la posibilidad de controlar la transparencia por vía de una acción colectiva, sino la posibilidad de una macro demanda en la que, por la vía de una acumulación subjetiva de acciones se pretenda declarar nula una cláusula que afecta a todos los contratos bancarios de todas las entidades.

Sobre las anteriores consideraciones el TS formula las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE:

*1. º- ¿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.º- *¿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?*

## Resolución de las cuestiones y doctrina resultante

La respuesta a dichas cuestiones prejudiciales se ha producido en la STJUE de 04/07/2024 Asunto C-450/22 que, como veremos *infra*, supone un importante espaldarazo a la protección de los intereses de los consumidores por medio de las acciones colectivas y que puede llegar a suponer no pocos quebraderos de cabeza en el futuro para aquellos supuestos en los que el Tribunal Supremo ha vedado la posibilidad de realizar un control de transparencia a través de una acción colectiva, por lo que, lejos de lo que cabría esperar para los intereses de las entidades bancarias recurrentes que solicitaron el planteamiento de la cuestión prejudicial y de la propia posición del TS, renuente a este tipo de macro demandas en las que se ejerciten acciones de cesación y se lleven a cabo acumulaciones subjetivas que impliquen demandar *de facto* a todo el sistema bancario español, el control de transparencia por vía de las acciones colectivas ha salido ampliamente reforzado como tendremos ocasión de exponer.

### Resolución de la primera cuestión

El TJUE resuelve la cuestión planteada señalando que “*Los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 3, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que permiten que un órgano jurisdiccional nacional lleve a cabo el control de transparencia de una cláusula contractual en el marco de una acción colectiva dirigida contra numerosos profesionales pertenecientes al mismo sector económico y que tiene por objeto un número muy elevado de contratos, siempre que esos contratos contengan la misma cláusula o cláusulas similares*”

Es decir, el TJUE entiende que una acumulación subjetiva de acciones de cesación es un cauce procesal adecuado para realizar un examen de la transparencia de cláusulas siempre que estas sean similares y que la acción se dirija frente a profesionales pertenecientes al mismo sector.

Partiendo de la base de que los consumidores tienen derecho a optar entre un sistema individual de protección de sus derechos o a través de una tutela colectiva destacan las consideraciones que hace el TJUE sobre la relación entre acciones individuales y acciones colectivas destacando la naturaleza preventiva de éstas últimas. De este modo, el apartado 38 de la sentencia señala que el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13 no puede quedar limitado a las acciones individuales y que se extiende a las acciones colectivas añadiendo que el único requisito exigible para la posibilidad de emplear una acumulación en una acción colectiva es que se trate de profesionales de un mismo sector económico y que utilicen cláusulas idénticas o similares.[[3]](#footnote-3)

La segunda cuestión relevante viene recogida en el apartado 39 de la resolución en el que se excluye del control abstracto circunstancias que caractericen situaciones individuales. Entre estas situaciones individuales estarían los conocimientos del consumidor, su experiencia previa, las explicaciones recibidas por empleados de la entidad bancaria o por el notario, circunstancias todas ellas que sirven para acreditar que el concreto consumidor tenía idea de las consecuencias económicas de la cláusula

De esta forma el control abstracto lo será del conjunto de prácticas, precontractuales y contractuales seguidas por cada profesional, entre las que figuran la redacción, su ubicación, la publicidad hecha de los tipos de contratos, la difusión de ofertas precontractuales generalizadas, enumeración que hace de posibles prácticas pero que solamente tiene carácter ejemplificativo, pudiendo examinar el juez cualesquiera otras que considere oportunas

### Resolución de la segunda cuestión

Respecto a esta cuestión el TJUE se manifiesta del modo siguiente: “*Los artículos 4, apartado 2, y 7, apartado 3, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que permiten que un órgano jurisdiccional nacional, ante el que se ha ejercitado una acción colectiva dirigida contra numerosos profesionales pertenecientes al mismo sector económico y que tiene por objeto un número muy elevado de contratos, lleve a cabo el control de transparencia de una cláusula contractual basándose en la percepción del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, cuando esos contratos tienen como destinatarios a categorías específicas de consumidores y esa cláusula ha sido utilizada a lo largo de un extenso período de tiempo.*

*No obstante, si, durante ese período, la percepción global de dicha cláusula por el consumidor medio se ha modificado como consecuencia de la producción de un acontecimiento objetivo o de un hecho notorio, la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional lleve a cabo tal control tomando en consideración la evolución de la percepción de ese consumidor, siendo pertinente la percepción existente en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario*.”

Sin perjuicio de lo que podamos añadir posteriormente cuando expongamos nuestra opinión al respecto llama la atención que el TS se refiera a diferentes categorías de consumidores cuando, tal y como expone el TJUE el concepto de consumidor es un concepto objetivo y es independiente de los conocimientos que pueda tener y lo que es más relevante a la hora de enjuiciar los hechos del presente caso es que el carácter transparente de una cláusula ha de evaluarse tomando en consideración la percepción del consumidor medio, es decir, aquel que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz.

El apartado 52 de la sentencia expone que las diferencias existentes entre los consumidores afectados son precisamente lo que viene a justificar que el enjuiciamiento se haga en abstracto en base a la ficción jurídica del consumidor medio por lo que a efectos de determinar al consumidor medio son intrascendentes aspectos tales como su grado de conocimiento, su nivel de ingresos su edad o actividad profesional.

La novedad que esta sentencia aporta en relación con la doctrina del TJUE relativa al consumidor medio es que el grado de conocimiento de este último no es estático sino que puede variar a lo largo del tiempo, así a partir de un hecho objetivo o un hecho notorio puede entenderse que el grado de conocimiento del consumidor medio ha variado y pone como ejemplo, en el ámbito de la cláusula suelo la STS de 9 de mayo de 2013 o la caída de los tipos de interés que propició la aplicación de la cláusula, dejando en manos del tribunal la apreciación y la determinación de cuál es el grado de conocimiento del consumidor en un determinado momento.

De este modo en demandas que abarquen cláusulas empleadas durante un largo periodo de tiempo, si han tenido lugar hechos notorios o hechos objetivos que hayan cambiado la percepción del consumidor medios, el juicio de transparencia será distinto dependiendo del momento de la contratación. Así se el conocimiento del consumidor medio se ha visto incrementado, estaría en disposición de conocer el efecto de la cláusula suelo y para él no sería abusiva por falta de transparencia mientras que para otros consumidores que tenían otro nivel medio de conocimiento podría resultar abusiva la misma cláusula.

# OPINIÓN SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ACCIONES COLECTIVAS

## El control de transparencia en la doctrina

Una vez que hemos expuesta la doctrina del TJUE es el momento de preguntarnos cómo hemos llegado a este punto y hacia dónde se dirige el control de transparencia en las acciones colectivas. Tras más de 10 años de aplicación del control de transparencia y tratándose de una cuestión ampliamente estudiada por la doctrina estamos en disposición de hacer una valoración crítica de cómo ha surgido y cómo ha ido evolucionando.

Cuando el Tribunal Supremo conocía de una acción colectiva dirigida frente a tres entidades bancarias por la cláusula suelo pudo constatar cómo existía una seria dificultad que había venido siendo alegada por las distintas entidades bancarias para evitar que los jueces entrasen a valorar las cláusulas suelo y no era otro que la imposibilidad de examinar las condiciones generales del contrato relativas al objeto principal del contrato, argumentando las entidades que la cláusula suelo, en la medida en que determinaba el precio formaban parte inescindible del objeto principal del contrato, con fundamento en lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 93/13. Y ello por cuanto que dicho artículo impedía que dichas cláusulas fuesen objeto de un juicio de abusividad siempre que se redactasen de manera clara y comprensible, por lo que relacionando esa redacción clara y comprensible con los requisitos de incorporación de las condiciones generales *ex artículo* 5.4 de la LCGC – en su redacción original – la interpretación en apariencia más lógica era que si dichas estipulaciones superaban el control de incorporación que exigía su transparencia, claridad, concreción y sencillez entrarían a formar parte del contrato y no podrían ser objeto de un control de abusividad. De esta forma una norma de protección de los consumidores y usuarios blindaba los intereses de los profesionales.

Ante esa paradoja el Tribunal Supremo inspirado por el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13 COM 2000 introdujo un segundo control de transparencia, distinto del control de incorporación y que tenía como finalidad constatar si existía una comprensibilidad real de tal forma que el adherente pudiese conocer la carga económica y jurídica que el contrato tendría para él, denominando este control como control de transparencia material que, con el tiempo, se conocería simplemente como control de transparencia.

De esta forma el Tribunal Supremo conseguía “sortear” la prohibición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 de enjuiciar la nulidad del objeto principal del contrato. De ahí que autores como CASADO NAVARRO[[4]](#footnote-4) o AGÜERO ORTÍZ[[5]](#footnote-5) se refiriesen a este control como una suerte de llave que abría la puerta para controlar el contenido del objeto principal del contrato, posibilidad vedada hasta ese momento. Sin embargo, realmente estaban abriendo la Caja de Pandora pues el desconcierto doctrinal que dicha doctrina generó fue notorio pues la mejor doctrina, como veremos *infra,* mantuvo concienzudos debates acerca de la naturaleza jurídica del control de transparencia.

CARRASCO PERERA criticó la mera posibilidad de llevar a cabo ese control y postuló que no existía un *tertium genus* entre incorporación y abusividad por desequilibrio pues no existe una exigencia autónoma de transparencia cuya inobservancia pueda dar lugar a la nulidad.[[6]](#footnote-6)

Parte de la doctrina postuló que la falta de transparencia era, en realidad, un problema de consentimiento viciado. En este sentido ALFARO ÁGUILA-REAL señala cómo el control de las cláusulas predispuestas relativas al objeto del contrato es un control de consentimiento del adherente.[[7]](#footnote-7) De opinión semejante es PANTALEÓN PRIETO quien entiende que la fórmula de la transparencia resulta inadecuada tratándose de una cuestión de consentimiento viciado del consumidor.[[8]](#footnote-8)

Otra parte de la doctrina sostiene que el control de transparencia es un control de incorporación, de tal manera que la falta de transparencia no da lugar a un posterior juicio sino a la exclusión directa de la cláusula. Esta es la solución postulada por CÁMARA LAPUENTE quien sostiene que, si una estipulación relativa al objeto principal del contrato no es transparente, la consecuencia sería su no incorporación al contrato pues, en su opinión, el control de transparencia se acomoda mejor a un supuesto de incorporación de tal manera que la consecuencia jurídica de la falta de transparencia debería ser tratada como un supuesto de no incorporación sin necesidad de hacer un posterior examen de abusividad.[[9]](#footnote-9) GONZÁLEZ PACANOWSKA, señala que, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los vicios de la voluntad, si la cláusula no merece un reproche de fondo al tratarse de cláusulas que son lícitas pero que el consumidor no ha tenido oportunidad de conocerlas, como ocurre con la cláusula suelo, estas no deberían declararse nulas sino no incorporadas al contrato.[[10]](#footnote-10)

Otra parte de la doctrina, postulan la tesis de que la transparencia requiere dos juicios: un primer juicio para ver si la cláusula no es transparente, comprobando si permite al consumidor conocer la carga real del contrato y en caso de que la cláusula no sea transparente se hace necesario examinar si como consecuencia de esa falta de transparencia se produce una alteración de las prestaciones pactadas que perjudique al consumidor. De esta manera una cláusula que no sea transparente puede quedar incorporada al contrato en la medida de que luego no produzca un perjuicio en las prestaciones en detrimento del consumidor.

Esta es la tesis que en ya en 2004 fue postulada por PERTIÑEZ VILCHEZ quien partiendo del texto de la Directiva 93/13 señalaba que siempre que las cláusulas relativas al objeto del contrato o al precio no sean redactadas de forma clara y comprensible, debe procederse a la valoración de su carácter abusivo. [[11]](#footnote-11) Esta tesis es la que años más tarde acogió el Tribunal Supremo tal en la sentencia de 9.5.2013 – aunque ya había venido postulándose *óbiter dicta* con anterioridad – cuando la Sala señalaba que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

Por último, hay un sector doctrinal que entienden que la directiva 93/13 en su artículo 4.2 lo que hace es plasmar la doctrina alemana de las *überraschende Klauseln*. MIRANDA SERRANO expone esta teoría y señala cómo se basa en dos premisas fundamentales: la primera de ella es que el objeto principal del contrato o parte económica no es susceptible de control debido a que es la parte en la que los consumidores centran su atención y su regulación corresponde al mercado. Partiendo de la exclusión de control sobre los anteriores cobra una mayor importancia su transparencia real de tal forma que los consumidores puedan tomar un conocimiento real; la segunda premisa tiene que ver con la existencia de unas legítimas expectativas razonables que se han creado en base a la normativa reguladora, la práctica usual bancaria, la publicidad y el contexto global de la negociación entre las partes. Tomando las dos anteriores premisas aquellas cláusulas que atendiendo a la naturaleza del contrato y su contexto resultan tan insólitas o inesperadas que frustran de forma flagrante sus legítimas expectativas.[[12]](#footnote-12) Para el mencionado autor, la determinación de la cláusula sorpresiva se haría sobre un juicio de razonabilidad que quedaría constreñido a resolver la siguiente cuestión: ¿podía esperar razonablemente un adherente medio que dicha cláusula formaba parte del contrato considerando principalmente la normativa que lo regula, la práctica bancaria y las negociaciones precedentes?

## Control de transparencia y acciones colectivas

### El problema de la relación entre la acción colectiva y el concepto de transparencia

En el concreto caso de la falta de transparencia y las acciones colectivas, así como las posibles relaciones entre acciones colectivas y acciones individuales nos encontramos con unas relaciones tormentosas y es un problema que reviste cierta complejidad. Huelga decir que el Derecho Procesal es un instrumento del derecho sustantivo por lo que obviamente, vamos a tener problemas si no empleamos el instrumento adecuado para la tarea que queremos acometer. De esta forma fácilmente podemos entender que si bien nunca podremos aflojar un tornillo con un martillo sí qué podríamos clavar un clavo con una llave inglesa, aunque el resultado no va a ser del todo satisfactorio. Este símil tan gráfico ilustra lo que pasa cuando se trata de enjuiciar una cuestión que requiere una valoración de circunstancias individuales mediante un enjuiciamiento abstracto y viceversa.

El examen previo que hemos hecho de la doctrina relativo a la naturaleza jurídica de la transparencia no ha sido caprichoso habida cuenta de que dependiendo de la naturaleza jurídica de dicho control será adecuado o inadecuado para ser encauzado a través de una acción colectiva. Así, si se considera la falta de transparencia como un error vicio es evidente que estaríamos totalmente al margen de una acción colectiva pues el error se refiere a la percepción de un sujeto concreto por lo que, dicha naturaleza jurídica es la que determina la imposibilidad de ejercitarlo por vía de la acción colectiva.

Este planteamiento que haceos no es nuevo, de hecho, ya hay autores que así lo han manifestado con anterioridad como es el caso de PORTILLO CABRERA cuando señalaba cabía plantearse si el control abstracto es aplicable a cualquier caso y concluye excluyendo las acciones basadas en normas civiles generales. [[13]](#footnote-13) La STS de 7.7.2020 señalaba que pese a que no puede negarse que sea posible realizar un control de transparencia con ocasión de una acción colectiva, cabe advertir que, por la reseñada evolución jurisprudencial del TJUE (verbigracia, SSTJUE de 30.4.213, C-26/13, Kásler; 21.12.16, C-154/15 , Gutiérrez Naranjo; 20.9.17, C-186/16, Andriciuc; o 7/11/19, 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. PERTÍÑEZ VILCHEZ va un poco más allá y propone diferenciar cláusulas abusivas que lo son con independencia de las circunstancias del caso concreto ya sea porque pertenecen a los supuestos de abusividad previstos en la lista negra o porque la declaración de abusividad depende de la valoración de circunstancias objetivas. [[14]](#footnote-14)

El problema es ver hasta qué punto dicha doctrina del TS ha quedado desautorizada por la sentencia de 4.7.2024 en virtud de la cual el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13 no puede quedar limitado a las acciones individuales y se extiende a las acciones colectivas sujetándolo a un único requisito en virtud del cual deberán ser profesionales de un mismo sector y emplear cláusulas similares. A la vista de dicha doctrina se nos antoja muy difícil sostener la posible exclusión de este tipo de acciones en procedimientos donde venían siendo excluidas al no permitir un examen individualizado de circunstancias determinantes del juicio de transparencia. Es verdad que, tal y como expusimos *supra*, lo que el TS preguntó al TJUE era, en puridad, acerca de la posibilidad de llevar a cabo una acumulación subjetiva en una acción colectiva pero, dados los términos tan genéricos en los que se ha pronunciado el TJUE, ya hay quienes entienden que la doctrina del TS ha quedado invalidada por dicho pronunciamiento como es el caso de MARTÍN FABA quien sostiene que la jurisprudencia del TS, en la medida en que va más allá de exigir que se trata de cláusulas similares y profesionales del mismo sector, parece que no sería respetuosa con la Directiva 93/13.

Ante el más que evidente problema que se avecina, ¿cómo va ahora el TS a vedar la posibilidad de una acción de cesación en ámbitos donde venía siendo excluida y cuyo máximo exponente eran los contratos financieros complejos? Nos hacemos la siguiente cuestión: ¿Sería posible replantearnos el control de transparencia de tal forma que la acción colectiva encajase adecuadamente y no se produzcan las fricciones que estamos convencidos se van a plantear? Es decir, si no podemos prescindir de la herramienta – acción colectiva – dados los términos actuales de la doctrina del TJUE ¿no sería posible optar por otro enfoque distinto sobre la transparencia en los que la herramienta resulte adecuada? Es decir, si ya sé que tengo que usar el martillo ¿no sería mejor usar un clavo, si es posible, que clavar el tornillo a martillazos?

Sin que ello suponga desmerecer ni un ápice las tesis anteriormente expuestas de la mejor doctrina, a nuestro modesto entender, estamos convencidos de que el TS, en su sentencia de 9.5.2013 optó, de forma deliberada, por orientar su jurisprudencia sobre la transparencia hacia aquella naturaleza jurídica que le dejaba un mayor margen de acción y esta era, obviamente, la formulada por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, construida impecablemente sobre la base del tenor literal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y a la que nada podemos objetar. La ventaja de que el control de transparencia fuese la llave de un posterior juicio de abusividad es que eso le ha permitido al TS ir controlando la abusividad pero decidiendo, caso a caso, en base a sus propios criterios de abusividad lo que le confería cierto margen de maniobra y que le han venido permitiendo, en definitiva, guardar un endiablado equilibrio entre la salvaguarda de los derechos de los consumidores y usuarios, el maltrecho sistema financiero español que estaba inmerso en una importante crisis y la seguridad jurídica.

Autores como RUIZ ARRANZ ya habían llamado la atención acerca de que el TS estaba perdiendo el control sobre su propia creación generada *ad hoc* para solucionar el problema de las cláusulas abusivas[[15]](#footnote-15) pero, a la vista de la doctrina sentada en la STJUE de 4.7.2024 no es que haya perdido su control, es que ha revuelto en su contra cual Zeus frente a su padre, Cronos.

### Posible encaje de las acciones colectivas en otras concepciones de la transparencia

Sentado el planteamiento inicial haremos una breve valoración en la que examinaremos cómo encajarían los diferentes conceptos doctrinales de la transparencia en una acción colectiva. Previamente nos parece necesario abordar, aunque sea de forma brevísima el concepto de acción colectiva, el cual entraña cierta complejidad. Tal y como señala MORENO GARCÍA existe un caos doctrina y una imprecisión normativa en la que nos encontramos una amalgama de conceptos tales como acciones de grupo, intereses colectivos, difusos, supraindividuales, intereses plurales homogéneos. La clave para discernir entre semejante barullo conceptual radica, como bien señala la mencionada autora en distinguir lo que son intereses supraindividuales de lo que son intereses plurales homogéneos para así poder distinguir lo que son las acciones colectivas de lo que son acciones colectivizadas.[[16]](#footnote-16)

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, estableció como las acciones colectivas solo podían tutelar intereses supraindividuales – categoría autónoma con sustantividad propia que difiere de una mera agregación de derechos individuales – e intereses individuales homogéneos, plurales o conexos – verdaderos derechos individuales vinculados con un origen fáctico común.[[17]](#footnote-17)

Sentado lo anterior COROMINAS BACH señala cómo las acciones colectivas serían las que sirven para tutelar intereses supraindividuales mientras que las acciones colectivizadas son aquellas que tutelan intereses individuales plurales homogéneos en los que la existencia de una causa común justifica su acumulación en una acción colectiva.[[18]](#footnote-18) La acción de cesación es el ejemplo paradigmático de acción colectiva en la medida en que tutela un derecho que no es titularidad individual de ningún consumidor pero que a todos les afecta como el derecho a poner fin al empleo de una determinada cláusula abusiva en todos los contratos con consumidores en los que se incluya. Por lo tanto las acciones de cesación al ser ideadas como un instrumento para la tutela de intereses supraindividuales son, por naturaleza, un medio idóneo para enjuiciar supuestos abstractos en los que no se tienen en cuenta las concretas circunstancias del caso y eso es, precisamente lo que la sentencia de 4.7.2024 recuerda en su apartado 31, reiterando el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de este tipo de acciones y cómo ese control no puede tener por objeto situaciones individuales sino que debe referirse a prácticas estandarizadas tal y como refiere en su apartado 39.

Tras este breve examen podemos inferir, sin demasiados esfuerzos intelectuales, cómo la acción colectiva, por su propia naturaleza, es un instrumento encaminado a llevar a cabo un enjuiciamiento abstracto por lo que efectivamente, no les falta razón a aquellos autores que han señalado las dudas acerca de su adecuación para llevar a cabo un control de transparencia que requiera analizar situaciones individuales lo que nos invita a preguntarnos si un enfoque diferente del control de transparencia, generaría los mismos problemas que el actual control de transparencia.

Huelga decir que hemos descartar *in limine* aquellas soluciones que postulan que la transparencia debe reconducirse hacia un vicio del consentimiento, no por tratarse de un planteamiento erróneo, ni mucho menos, sino por su incompatibilidad para enjuiciarse a través de las acciones colectivas pues, tal y como señala PORTILLO CABRERA ni la derogada Directiva 2009/22/CE ni la ya vigente Directiva 2020/1828 – aún pendiente de transposición en España – prevén la posibilidad de aplicar por vía de las acciones colectivas normas civiles generales como serían las relativas al error como vicio del consentimiento.[[19]](#footnote-19)

Continuando nuestro análisis con las tesis de aquellos autores que consideran la transparencia como un control de transparencia cualificado donde no existe abusividad sino no incorporación, pese a tratarse de unos argumentos totalmente fundados y, asumiéndolos como válidos, creemos que, puestos en relación con la acción de cesación, estos podrían descartarse, no por erróneos, sino porque el encaje de la acción de cesación – que solo puede ser colectiva – plantea un problema de difícil solución y que es el siguiente: la acción de cesación lleva anudado un pronunciamiento de nulidad [[20]](#footnote-20) pues se trata de una acción que se ha venido conceptuando como una tutela encaminada a eliminar una condición general de la contratación que se reputa abusiva por lo que no parece *ab initio* el mejor binomio.

Por razones obvias, llegados a este punto, hemos de descartar la adecuación del control de transparencia en su actual configuración, pues los problemas que el mismo plantea enunciados anteriormente son, precisamente, la causa determinante de que estemos haciendo este análisis en busca de una fórmula que pueda suponer unas menores fricciones. Así las cosas, solo nos resta referirnos a la conceptualización de la transparencia fundado en las cláusulas sorpresivas o *überraschende Klauseln*. Tal y como ya hemos expuesto *supra* la falta de transparencia se puede reconducir hacia un supuesto de cláusulas sorpresivas y dicha doctrina puede incardinase perfectamente en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Tomando como elemento de contraste la cláusula suelo, no parece descabellado pensar que se trataba de una estipulación sorpresiva en la medida en la que determinaba de forma directa el precio mínimo de la hipoteca aunque esa circunstancia no se reflejaba en la información precontractual ni si quiera en la cláusula que determinaba el interés del préstamo sino que se establecía en una estipulación que pasaba desapercibida bajo la denominación de límites a la variabilidad del interés. Resumiendo, al cliente le ofrecían un EURIBOR + 2 puntos cuando le tenían que ofertar EURIBOR + 2 con un mínimo de un 4% y eso es lo que debería reflejar la cláusula del precio para que, a un consumidor medio atento y perspicaz no le colasen de forma furtiva un EURIBOR + 4 con un mínimo del 4%.

En este punto interesa recordar al lector cómo MIRANDA SERRANO conceptuaba los elementos integrantes del juicio de razonabilidad que determinarían la existencia o no de una cláusula sorpresiva. Esos parámetros son, a su juicio, la normativa reguladora, la práctica bancaria y las negociaciones precedentes todo ello puesto en relación con un consumidor medio. A la vista de estos parámetros, parece que la naturaleza de la acción colectiva y la del juicio de razonabilidad comienzan a encajar. De esos cuatro elementos – consumidor medio, normativa, práctica bancaria y negociaciones precedentes – los tres primeros son parámetros indiscutiblemente objetivos, por lo que darían lugar a la imposibilidad de examinar circunstancias individuales. La única duda sería la relativa al último de los parámetros, negociaciones precedentes. Si por negociaciones precedentes entendemos las concretas negociaciones entre las partes firmantes del contrato, este elemento ya sería subjetivo y nos encontraríamos ante el mismo problema que estamos tratando de solucionar. Ahora bien, si por negociaciones procedentes entendemos la oferta documental que el banco hace al cliente o la publicidad la respuesta es totalmente diferente pues en este caso, otra vez, nos encontramos con parámetros totalmente objetivos. RUÍZ ARRANZ que estudia en detalle la figura de las cláusulas sorpresivas, expone cómo este tipo de cláusulas se han venido diferenciando por la doctrina alemana en varias categorías: aquellas que son sorpresivas por el diseño de la cláusula – por dividir su contenido se divide de forma innecesaria, por esconder efectos tras otras cláusulas o incluso un lenguaje oscuro – aquellas otras que lo son dejar una indeterminación que luego el empresario aprovecha en su favor o aquellas cláusulas que colocan al consumidor en una percepción errónea del alcance de sus derechos y obligaciones.[[21]](#footnote-21) Como puede observarse sin mayores esfuerzos intelectuales, nos encontramos ante parámetros objetivos perfectamente adecuados para un juicio abstracto.

En conclusión, una reformulación del concepto de transparencia anudada la doctrina alemana de las cláusulas sorpresivas, inspiradora del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 que se funda en parámetros objetivos y que permiten un juicio abstracto no plantearía nunca problemas para su enjuiciamiento a través de las acciones colectivas por lo que no podemos sino coincidir con el mencionado autor en la necesidad de que el Tribunal Supremo se mueva hacia este concepto. Solo nos resta a examinar cuál sería la consecuencia jurídica anudada a que la cláusula fuera considerada no transparente por sorpresiva. En este punto coincidimos con los razonamientos de RUIZ ARRANZ [[22]](#footnote-22) cuando sostiene que la falta de transparencia es en sí misma un supuesto de abusividad, con lo que encajaría a la perfección no solo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sino también con lo previsto en la nueva redacción del artículo 83 de la LGDCU. Desde esta concepción entendemos que conseguimos adecuar el instrumento a la tarea para el que se va a emplear, de tal forma que el examen de la transparencia quede circunscrito a una serie de parámetros objetivos y, en consecuencia, adecuados para el enjuiciamiento abstracto de las acciones colectivas.

La conceptualización que proponemos permitiría superar la cada vez más compleja frontera existente entre las acciones individuales y las colectivas, en las que se han ido introduciendo parámetros cada vez más subjetivos que la han ido desnaturalizando de tal forma que este tipo de enjuiciamiento se ha ido acercando a un enjuiciamiento concreto cada vez más próximo al error vicio. Con cada paso en los que se subjetiviza o se hace un examen de las concretas circunstancias de lo que el sujeto conocía o era capaz de conocer estamos un paso más cerca del concepto de error del consentimiento que de un control de transparencia autónomo que recordemos, no en vano, vino alumbrado en un proceso colectivo. Así, redefiniendo el control de transparencia como un control abstracto relativo a la existencia de estipulaciones sorpresivas todos estos problemas desaparecen, mediante una acción colectiva centrada en un enjuiciamiento abstracto sobre la base de parámetros objetivos.

A nuestro modesto entender, desde esta conceptualización que defendemos, el TS podrá abordar adecuadamente las futuras acciones colectivas que, a buen seguro es más que posible que le lleguen propiciadas por la sentencia de 4.7.2024 en la que las acciones colectivas han obtenido un fuerte respaldo, abriendo la puerta, hasta ahora cerrada, para enjuiciar la falta de transparencia de productos bancarios complejos. Por si lo anterior no fuese suficiente, hace escasos días se ha dictado la STJUE de 12.12.24 pronunciándose sobre la posible abusividad del IRPH que viene a enmendar la doctrina del Supremo en virtud de la cual dicho índice no era transparente pero tampoco podía considerarse abusivo, por lo que también es más que probable que alguna asociación de consumidores decida explorar la vía de la acción colectiva. Como señalábamos al comienzo de nuestro trabajo podemos constatar cómo Zeus – el control de transparencia acuñad por el TS – ha terminado derrocando a su Padre Cronos, la Sala 1ª del TS que lo alumbró.

# BIBLIOGRAFÍA

|  |
| --- |
| AGÜERO ORTIZ, A., Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente, en *REVISTA CUADERNOS CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL,* Nº 104, mayo - agosto 2017 |
| ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato en *Almacén de Derecho*, 21/03/2017 |
| CÁMARA LAPUENTE, S., "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas" *AAMN,* Tomo IV, Curso 2014, 2015. |
| CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación en *REVISTA CESCO DE DERECHO DE CONSUMO*, Nº 7,2013 |
| CASADO NAVARRO, A., El control de transparencia como <<llave>> del control de ontenido de las cláusulas contractuales predispuestas, en LA LEY MERCANTIL, febrero de 2015 |
| Control de la transparencia de las cláusulas suelo mediante acciones colectivas, en *LA LEY UNIÓN EUROPEA*, 2024 |
| COROMINAS BACH, S., *procesos colectivos y legitimación: un salto necesario hacia el futuro*, Marcial Pons, 2018 |
| FENOY PICÓN, N., El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL,* tomo LXXI, 2018 |
| FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M., Condiciones generales y control de transparencia (Ariadna y el laberinto del minotauro), en *ACTUALIDAD CIVIL*, Mayo 2017 |
| GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "artículo 80 TRLGDCU" en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coordina BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2015 |
| GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos,* Aranzadi, 1999 |
| MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo, en *REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL*, enero - marzo de 2014 |
| MIRANDA SERRANO, L.M., ¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?, en *LA LEY MERCANTIL,* enero 2022 |
| MIRANDA SERRANO, L.M., El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria, en *INDRET*, Nº 2, 2018 |
| MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia, Tratamiento sustantivo y procesal,* Marcial Pons, 2015 |
| PANTALEÓN PRIETO, F., Diez tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato, en *ALMACEN DE DERECHO,* 12/03/2017 |
| PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Control de transparencia y acciones de cesación, en *REVISTA CUADERNOS CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL,* Nº 115 enero - abril de 2015 |
| PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia,* Aranzadi, 2014 |
| PORTILLO CABRERA, E., Concepto y alcance del control abstracto aplicable en las acciones colectivas sobre condiciones generales de la contratación. A propósito de la STS 408/2020, de 7 de julio y la directiva 2020/1828/UE, en *REVISTA ARANZADI DOCTRINAL*, Nº 6, 2021 |
| PORTILLO CABRERA, E., El alcance del control abstracto en las acciones colectivas, en REVISTA ARANZADI DOCTRINAL, Nº 7, 2019 |
| RUIZ ARRANZ, A., Sobre el control de transparencia de las cláusulas predispuestas, en Almacén de derecho |
| YANES YANES, P., Una última aplicación del <<doble control de transparencia>>: jurisprudencia agotada e intervención legislativa pendiente, en *LA LEY MERCANTIL,* Nº 35, abril 2017 |

1. SSTS de 18 de julio de 2012, de 9 de mayo de 2013 y de 8 de junio de 2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. SSTS de 23 de diciembre de 2015 y de 8 de junio de 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. El artículo 7.3 de la Directiva sería incompatible con una interpretación del artículo 72 que impidiese la acumulación subjetiva de aquellas acciones colectivas que, dirigidas frente a una cláusula similar pretendiesen una tutela colectiva de intereses de los consumidores y usuarios. [↑](#footnote-ref-3)
4. Casado, 2015 [↑](#footnote-ref-4)
5. Agüero, 2017 [↑](#footnote-ref-5)
6. Carrasco, 2013 [↑](#footnote-ref-6)
7. Alfaro, 2017, 1-2 [↑](#footnote-ref-7)
8. Pantaleón, 2017 [↑](#footnote-ref-8)
9. Cámara, [↑](#footnote-ref-9)
10. González, 2015 [↑](#footnote-ref-10)
11. Pertíñez 2014, p. 135 [↑](#footnote-ref-11)
12. Miranda, 2018, p. 17-18 [↑](#footnote-ref-12)
13. Portillo, 2019 [↑](#footnote-ref-13)
14. Pertíñez, 2021 [↑](#footnote-ref-14)
15. Ruiz, 2021 [↑](#footnote-ref-15)
16. Moreno, 2015, 306 [↑](#footnote-ref-16)
17. Gutiérrez De Cabiedes, 1999, 73 y ss [↑](#footnote-ref-17)
18. Corominas, 2018, 29-30 [↑](#footnote-ref-18)
19. Portillo 2019 [↑](#footnote-ref-19)
20. Moreno, 2015, 315 [↑](#footnote-ref-20)
21. Ruiz, 2021 [↑](#footnote-ref-21)
22. Ruiz, 2021 [↑](#footnote-ref-22)