

EL TJUE PRIVILEGIA LA TRANSPARENCIA EN ACCIONES COLECTIVAS*

Comentario a la STJUE de 4 de julio de 2024, asunto C-450/22

José María Martín Faba

Profesor Ayudante Doctor UAM

Centro de Estudios de Consumo

Resumen: La STJUE de 4 de julio de 2024, asunto C-450/22, realiza tres declaraciones de interés. Primera, que, en el marco de una acción colectiva interpuesta por una asociación de consumidores contra las cláusulas suelo utilizadas por una multitud de entidades de crédito, el juez nacional pudo llevar a cabo un control de transparencia sobre esas cláusulas. Segunda, que, en el seno de dicha acción colectiva, el control de transparencia se basará en dilucidar si un consumidor medio pudo comprender el impacto económico de la cláusula suelo a la luz de las prácticas precontractuales y contractuales estandarizadas de cada entidad de crédito. Tercera, que un consumidor medio puede comprender la incidencia económica de la cláusula suelo a partir de un acontecimiento objetivo o un hecho notorio, como la caída de los tipos de interés en el año 2000 o el pronunciamiento de la STS 241/2019, de 9 de mayo.

Palabras clave: Cláusula suelo, transparencia, acciones colectivas.

Title: The CJEU privileges transparency in class actions

Abstract: The CJEU of July 2024, in case C-450/22, makes three important declarations. First, in the framework of a class action filed by a consumer association against the floor clauses used by a many of credit institutions, the judge could carry out a transparency control over these clauses. Second, that, within said class action, the transparency control will be based on determining whether an average consumer was able to understand the economic impact of the floor clause considering the standardized pre-contractual and contractual practices of each credit institution. Third, that an average consumer can understand the economic impact of the floor

* Esta trabajo es parte del Proyecto de I+D+i PID2021-128913NB-I00, titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa" dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato, en el marco del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 "El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final" cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García.

clause from a well-known event or fact, such as the fall in interest rates in 2000 or the pronouncement of STS 241/2019, of May 9.

Key words: Floor clause, transparency, class actions.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LITIGIO PRINCIPAL 3. CUESTIONES PREJUDICIALES. 4. DOCTRINA DEL TJUE. 4.1. Pertinencia de la acción colectiva para llevar a cabo un control de transparencia abstracto sobre las cláusulas suelo utilizadas por un gran número de entidades de crédito. 4.2. La transparencia de una cláusula se aprecia valorando la percepción del consumidor medio, percepción en la que influye un hecho objetivo o notorio. 5. COMENTARIOS. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

De manera muy esquemática, puede decirse que una cláusula no negociada, como la suelo, es transparente si el consumidor comprende su funcionamiento y sus consecuencias económicas. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) emanada de demandas individuales, el consumidor accionante puede adquirir esa comprensión por una pluralidad de medios, de modo que la apreciación de la transparencia de la cláusula suelo dependerá a las particularidades del caso concreto. Consecuentemente, en algunas ocasiones, el TS ha declarado transparentes las cláusulas suelo porque los consumidores demandantes conocían la carga económica de dichas cláusulas.

Este modo de proceder hizo que el TS se cuestionara si una acción colectiva, que por su naturaleza no permite que sea objeto de prueba lo apreciable de forma individualizada, constituye un mecanismo procesal apropiado para llevar a cabo un control de transparencia sobre las cláusulas suelo utilizadas por un gran número de entidades de crédito en un gran número de contratos de préstamo hipotecario. Ante la duda, el TS lanzó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) la pregunta, en un Auto de 26 de junio de 2022, quien ha respondido mediante sentencia de 4 de julio de 2024, en el asunto C-450/22.

El TJUE, como era de esperar, contesta positivamente a la cuestión, declarando que una acción colectiva es pertinente para llevar a cabo un control abstracto de transparencia sobre las cláusulas suelo utilizadas por un gran número de entidades de crédito. Este control de transparencia abstracto consistirá en apreciar si un consumidor medio pudo comprender el impacto económico de la cláusula suelo a través del examen de las prácticas precontractuales y contractuales estandarizadas de cada entidad de crédito. Además, el TJUE considera posible que un consumidor medio adquiriera conocimiento sobre la carga económica de la cláusula suelo a partir de un acontecimiento objetivo o un hecho notorio, como la caída de los tipos de interés en el año 2000 o el pronunciamiento de la STS 241/2019, de 9 de mayo.

A continuación, expondremos los hechos que dieron lugar al litigio principal, las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS, una síntesis de los pronunciamientos del TJUE y una serie de comentarios sobre las doctrinas emitidas.

2. LITIGIO PRINCIPAL

En noviembre de 2010, Adicae ejercitó ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Madrid una acción colectiva de cesación contra 101 entidades de crédito que tenía por objeto una cláusula suelo incluida en los contratos de préstamo hipotecario utilizadas por esas entidades, acción a la que acumuló una acción de restitución de las cantidades pagadas por los consumidores en base a esta cláusula. Tras la difusión de la demanda en los medios de comunicación, 820 consumidores se personaron en el litigio principal en apoyo de las pretensiones de Adicae.

El Juzgado estimó la demanda por lo que respecta a 98 de las 101 entidades de crédito demandadas. En relación con esas entidades, declaró la nulidad de la cláusula suelo, ordenó la cesación de su utilización y condenó a las citadas entidades a devolver las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula. Las entidades condenadas en primera instancia interpusieron distintos recursos de apelación. La mayoría de estos recursos fueron desestimados por la Audiencia Provincial de Madrid.

La Audiencia llevo a cabo un control de transparencia sobre la cláusula suelo en base a los modelos estándar de contratos de préstamo hipotecario utilizados por las entidades de crédito, y tomando como referencia la comprensión de un consumidor medio. Así, concluyó que la mayoría de las entidades habían mantenido comportamientos tendentes a oscurecer el efecto económico de la cláusula suelo, al no presentarla en un plano de equivalencia respecto a las demás cláusulas a las que el consumidor medio presta generalmente atención. En particular, consideró que las entidades presentaban la cláusula suelo como un pacto ligado a conceptos que no inciden en el precio del préstamo, generando la impresión en el consumidor de que el efecto limitativo a la baja de la fluctuación de tipo de interés se somete a condiciones que harán que difícilmente se aplique. Asimismo, entendió que la ubicación de la cláusula suelo en la mitad o al final de párrafos largos, que comienzan tratando otros extremos y en los que tal cláusula solo se menciona brevemente, sin hacer énfasis en la misma, distrae la atención del consumidor medio. También sostuvo que la presentación conjunta de esta cláusula con la cláusula techo desvía la atención del consumidor medio en relación con la importancia del tope mínimo estipulado.

Así las cosas, las entidades de crédito cuyos recursos de apelación fueron desestimados interpusieron ante el TS recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación contra la sentencia dictada en apelación. El TS expone que el asunto principal suscita dos dilemas jurídicos importantes.

El primero se refiere a si una acción colectiva constituye una vía procesal adecuada para realizar el control de transparencia de cláusulas suelo, control que requiere, según la jurisprudencia del TJUE, una apreciación concreta de todas las circunstancias que concurren en la celebración de un contrato y de la información precontractual facilitada al consumidor de que se trate. El TS considera que esta cuestión es de especial importancia ya que la acción colectiva ejercitada en el litigio principal se dirige contra todas las entidades de crédito del sistema bancario de un país, cuyo

único denominador común es que utilizan en sus contratos cláusulas suelo cuyo contenido es semejante. Por consiguiente, el TS considera que, cuando una acción colectiva se ejercita contra un número considerable de entidades de crédito, tiene por objeto la utilización de cláusulas suelo durante un largo período de tiempo, sujetas a cambios normativos, y sin que sea posible comprobar la información precontractual ofrecida en cada caso a los correspondientes consumidores, resulta muy difícil llevar a cabo un control de transparencia de esas cláusulas en los términos del art. 7.3 Directiva 93/13.

El segundo de los problemas guarda relación con la dificultad de caracterizar al consumidor medio en un asunto como el que constituye el objeto del litigio principal. En este sentido, el TS precisa que, si bien en su jurisprudencia el TJUE hace referencia al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, el nivel de atención puede variar en función de múltiples factores. En el litigio principal, las cláusulas suelo se dirigían a diferentes categorías específicas de consumidores, entre las que se encontraban consumidores que se habían subrogado en los contratos de préstamo hipotecario suscritos por los promotores inmobiliarios, consumidores acogidos a programas de financiación de viviendas de protección oficial o de acceso a vivienda pública en función de determinados rangos de edad, o consumidores que accedieron a los préstamos con un tratamiento especial en atención a su profesión, de modo que resulta difícil aplicar el concepto de “consumidor medio” para llevar a cabo el control de transparencia de esas cláusulas.

3. CUESTIONES PREJUDICIALES

En este contexto, el TS acordó suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Está amparado por el art. 4.1 de la Directiva 93/13, cuando se remite a las circunstancias que concurren 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 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 período de tiempo muy largo en que el conocimiento público sobre tales cláusulas fue evolucionando?”

4. DOCTRINA DEL TJUE

4.1. Pertinencia de la acción colectiva para llevar a cabo un control de transparencia abstracto sobre las cláusulas suelo utilizadas por un gran número de entidades de crédito

Como es habitual, el TJUE reformula las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente, quizá con la finalidad de que su respuesta tenga un ámbito de aplicación más general.

A juicio del TJUE, mediante la primera cuestión prejudicial, el TS pregunta si los arts. 4.1 y 7.3 Directiva 93/13 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.

El TJUE comienza señalando que, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, los consumidores pueden hacer valer los derechos que esta les reconoce tanto a través de una acción individual como mediante una acción colectiva, acciones que tienen, en el marco de esa Directiva, objetos y efectos jurídicos diferentes. En cuanto a las acciones individuales, el juez nacional está obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tomando en consideración, como exige el art. 4.1 de Directiva 93/13, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. No obstante, como resulta del precepto, la toma en consideración de todas las circunstancias concretas que concurran en la celebración de un contrato, que es propia de las acciones individuales, se hará sin perjuicio de la aplicación del artículo 7 de la misma y, en consecuencia, no debe suponer un obstáculo para el ejercicio de una acción colectiva.

Según el TJUE, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales constituye una regla general aplicable a la redacción de las cláusulas utilizadas en los contratos celebrados con los consumidores, como se desprende del art. 5 Directiva 93/13. El alcance de esta obligación de redacción clara y comprensible, manifestación de la exigencia de transparencia que incumbe a los profesionales, no depende del tipo de acción, individual o colectiva. Por lo tanto, el TJUE considera que la jurisprudencia resultante de acciones individuales y relativa a la exigencia de transparencia es extrapolable a las acciones colectivas.

El TJUE, recordando su jurisprudencia derivada de acciones individuales, afirma que la exigencia de transparencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de dicha cláusula y de valorar así las consecuencias

económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Por lo que respecta al control de transparencia de una cláusula contractual en el marco de una acción colectiva, el TJUE declara que, por su propia naturaleza, ese control no puede tener por objeto circunstancias que caractericen situaciones individuales, sino que se refiere a prácticas estandarizadas de profesionales. En consecuencia, la obligación del juez nacional de comprobar, en el marco de una acción individual, si se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la celebración del contrato y tomando en consideración la puesta a disposición, antes de la celebración de ese contrato, de la información relativa a las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, debe adaptarse a las particularidades de las acciones colectivas, en concreto teniendo presente su naturaleza preventiva y su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto.

De este modo, en el marco de una acción colectiva, corresponde al juez nacional, al apreciar el carácter transparente de una cláusula suelo, tomar en consideración el conjunto de las prácticas contractuales y precontractuales estándar seguidas por cada profesional, entre las que figuran, en particular, la redacción de dicha cláusula y su ubicación en los contratos tipo utilizados por cada profesional, la publicidad hecha de los tipos de contratos a los que se refiere la acción colectiva, la difusión de las ofertas precontractuales generalizadas dirigidas a los consumidores y cualesquiera otras circunstancias que ese juez considere pertinentes para ejercer su control respecto de cada uno de los demandados.

Además, el TJUE afirma que el art. 7.3 Directiva 93/13 supedita el ejercicio de una acción colectiva contra varios profesionales al cumplimiento de dos requisitos, a saber, que esa acción se dirija contra profesionales del mismo sector económico, por un lado, y que estos utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares, por otro. En consecuencia, la complejidad de un asunto, en atención al número muy elevado de demandados, a la existencia de contratos celebrados a lo largo de un período extenso de tiempo y a las múltiples formulaciones de las cláusulas suelo, no impide llevar a cabo un control de la transparencia de esas cláusulas.

En relación con el primero de esos requisitos, el TJUE señala que los demandados pertenecen al mismo sector económico, concretamente al de las entidades de crédito. En cuanto al segundo, afirma que, como resulta de la propia redacción del art. 7.3 Directiva 93/13, no es necesario que esas cláusulas sean idénticas. Además, no cabe excluir tal similitud por el mero hecho de que los contratos en los que figuren hayan sido celebrados en momentos diferentes o bajo diferentes regímenes normativos. En el presente caso, el TJUE sostiene que las cláusulas suelo utilizadas en los contratos de préstamo hipotecario contienen la fijación de un tipo mínimo por debajo del cual el tipo de interés variable no puede disminuir y que su mecanismo de funcionamiento

es siempre el mismo. Por consiguiente, considera que estas cláusulas son “similares”, en el sentido del art. 7.3. Directiva 93/13.

En atención a las consideraciones anteriores, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial que “los arts. 4.1 y 7.3 de la Directiva 93/13 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”.

4.2. La transparencia de una cláusula se aprecia valorando la percepción del consumidor medio, percepción en la que influye un hecho objetivo o notorio

El TJUE, reformulando ahora la segunda cuestión prejudicial, afirma que el TS pregunta si los arts. 4.2 y 7.3 de la Directiva 93/13 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 durante el cual ha evolucionado el grado de conocimiento de la misma.

Para empezar, el TJUE señala que el carácter transparente de una cláusula y la medida en que permite comprender su funcionamiento y valorar sus consecuencias económicas deben examinarse tomando en consideración la percepción del consumidor medio, al que se define como normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. De forma análoga al concepto genérico de consumidor [art. 2 b) Directiva 93/13], que tiene carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trate, o de la información de que dicha persona realmente disponga, el empleo de un criterio de referencia abstracto para el control del carácter transparente de una cláusula permite evitar que ese control dependa de que concurra un conjunto complejo de factores subjetivos que resulta difícil o imposible demostrar.

Según el TJUE, si, en el marco de una acción individual, los conocimientos específicos que cabe entender que tiene un consumidor no pueden justificar apartarse del estándar de conocimientos del consumidor medio, las características individuales de diferentes categorías de consumidores no pueden, *a fortiori*, ser tomadas en consideración en el marco de una acción colectiva. En consecuencia, no es óbice que la acción colectiva se refiera a categorías específicas de consumidores que pueden difícilmente agruparse, pues es precisamente la heterogeneidad del público afectado, debido a la cual resulta imposible examinar la percepción individual de todas las personas que componen ese público, la que hace necesario recurrir a la ficción jurídica del consumidor medio, consistente en concebir a este como una única y

misma entidad abstracta cuya percepción global es pertinente a efectos de su examen.

Por consiguiente, en el marco de su análisis del carácter transparente de las cláusulas suelo en el momento de la celebración de los contratos en cuestión, el TS deberá basarse en la percepción del consumidor medio, y ello con independencia de las diferencias existentes entre cada consumidor individual, en particular en lo referente al grado de conocimiento de la cláusula suelo, al nivel de ingresos, a la edad o a la actividad profesional. Así, para examinar el carácter transparente de las cláusulas incluidas en las condiciones generales de todos esos contratos y cuyo funcionamiento es esencialmente idéntico, el juez nacional no puede basarse ni en la percepción de un consumidor menos perspicaz que el consumidor medio ni en la de un consumidor más perspicaz que este último.

No obstante, el TJUE no excluye que, como consecuencia de la producción de un acontecimiento objetivo o de un hecho notorio, como la modificación de la normativa aplicable o una evolución jurisprudencial ampliamente difundida y debatida, el TS estime que la percepción global de la cláusula suelo por el consumidor medio se ha modificado durante el período de referencia y le ha permitido adquirir conciencia de las consecuencias económicas derivadas de tal cláusula. En tal supuesto, la Directiva 93/13 no se opone a que se tome en consideración, durante este período, la evolución de la percepción del consumidor medio, ya que el nivel de información y de atención de este puede depender del momento de la celebración de los contratos. No obstante, el TS debe recurrir a esta posibilidad tomando como fundamento elementos concretos y objetivos que demuestren la existencia de tal modificación, la cual no puede presumirse del mero transcurso del tiempo.

En el presente caso, el TJUE señala que tal acontecimiento objetivo o hecho notorio podrían consistir en la caída de los tipos de interés, característica de los años 2000, que conllevó la aplicación de las cláusulas suelo y, en consecuencia, la toma de conciencia por los consumidores de los efectos económicos de estas cláusulas, o en el pronunciamiento de la STS 241/2013, de 9 de mayo, en la que se declaró que dichas cláusulas no eran transparentes. Ahora bien, corresponde al TS comprobar si, a efectos del control del carácter transparente de estas cláusulas, esa caída de los tipos de interés o el pronunciamiento de dicha sentencia pudieron provocar un cambio, a lo largo del tiempo, del nivel de atención y de información del consumidor medio en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario.

En suma, el TJUE responde a la segunda cuestión prejudicial que “los arts. 4.2 y 7.3 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”.

5. COMENTARIOS

1. El artículo 7 Directiva 93/13 permite que las organizaciones que posean un interés legítimo en la protección de los consumidores presenten demandas colectivas que tengan por objeto las cláusulas abusivas utilizadas por los profesionales correspondientes. No se refiere el precepto a acciones colectivas que tengan por objeto cláusulas no transparentes, sino cláusulas abusivas. Esta omisión podría haber justificado que el TJUE negara la procedencia de una acción colectiva que tiene por objeto condiciones generales potencialmente no transparentes. Y es que no es lo mismo el control de abusividad de una cláusula accesorio, es decir, del equilibrio jurídico que reglamenta, que el control de transparencia, mediante el que se trata de comprobar si el consumidor conocía el impacto económico de una cláusula que regula un elemento esencial del contrato. Con todo, según el TJUE, cualquier derecho reconocido por la Directiva 93/13 puede ejercitarse a través de una acción representativa y, por tanto, también el derecho del consumidor a que las cláusulas sean transparentes (arts. 5 y 4.2 Directiva 93/13). La solución del TJUE es congruente con su manera habitual de interpretar las disposiciones de la Directiva 93/13, es decir, de forma que se obtenga su máxima efectividad en favor del consumidor (CARRASCO PERERA, 2024).

2. Los únicos límites que impone el artículo 7.3 Directiva 93/13 a la acción colectiva son que esta se dirija contra profesionales del mismo ramo y frente a las mismas cláusulas o cláusulas similares, sin importar el número de profesionales, de contratos y de consumidores afectados. En consecuencia, el artículo 17.4 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), que se refiere a “condiciones generales idénticas”, vulneraría el principio de efectividad, pues obstaculizaría que el consumidor pueda ejercitar efectivamente la posibilidad, ofrecida en el artículo 7 Directiva 93/13, de hacer valer sus derechos mediante una acción colectiva cuando las cláusulas afectadas son similares u homogéneas en esencia, pero no exactamente iguales. En consecuencia, cuando el artículo 17.4 LCGC se aplique a consumidores debería interpretarse en el sentido de que se refiere a condiciones generales “idénticas o similares”.

3. A tenor del artículo 4.1 Directiva 93/13 (art. 82.3 TRLGDCU), el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurran en la celebración del contrato. Pero el artículo 4.1 Directiva 93/13 se refiere a la apreciación del carácter abusivo de una cláusula, no a la falta de transparencia. Con todo, aplicado el precepto al contexto del examen de la transparencia de una cláusula, las circunstancias que concurran en la celebración del contrato deben ser las referidas a la comprensión del consumidor sobre el impacto

económico de la cláusula suelo (CARRASCO PERERA Y CORDERO LOBATO, 2013). Ahora bien, el artículo 4.1 Directiva 93/13 solo se aplica a la apreciación del carácter abusivo o de la transparencia de una cláusula en el marco de una acción individual. En una acción colectiva, que por su naturaleza no permite que sea objeto de prueba lo apreciable de forma individualizada, es imposible examinar el carácter abusivo o la transparencia de una cláusula a la luz de las circunstancias de cada caso particular, por lo que esta apreciación debe realizarse de manera abstracta y general.

4. Para llevar a cabo ese control abstracto de transparencia, el juez nacional deberá valorar si, del conjunto de prácticas contractuales y precontractuales estandarizadas de cada entidad de crédito demandada, puede inferirse que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, conocía el impacto económico de la cláusula suelo. Por ende, cada entidad de crédito tendrá la posibilidad de demostrar que su propia práctica estandarizada permitía al consumidor medio conocer la carga económica de la cláusula suelo. Por ejemplo, acreditando que: (i) en los contratos tipo que utiliza la cláusula suelo estaba redactada claramente y ubicada de forma diferenciada de otras cláusulas; (ii) en las ofertas vinculantes estandarizadas la cláusula suelo no pasaba desapercibida; (iii) la publicidad generalizada informaba sobre la cláusula suelo y su impacto económico. Ahora bien, como argumentaremos luego, un examen de transparencia abstracto sobre una cláusula suelo conduce a declararla sistemáticamente abusiva en acciones colectivas.

5. En consecuencia, parece que no respeta la Directiva 93/13 la doctrina de la STS 408/2020, de 7 de junio, que negó el control abstracto de transparencia respecto de unas condiciones generales de un contrato de swap, pues se trataba de un clausulado muy complejo que requiere un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes en cada contrato, como la categorización del cliente, su experiencia previa, su nivel de conocimientos financieros y su disposición a la asunción de riesgos. En efecto, las razones aducidas por el TS para negar, en el seno de una acción colectiva, el control de transparencia sobre algunas condiciones generales de un swap contradice la doctrina del TJUE, que solo requiere que la acción colectiva se dirija frente a profesionales del mismo sector económico y frente a cláusulas idénticas o similares.

6. Es evidente que el control de transparencia para acciones colectivas que enuncia el TJUE es distinto al que lleva a cabo actualmente el TS en acciones individuales (cfr. AGÜERO ORTIZ, 2023). Así, el TS, a la hora de realizar el juicio de transparencia sobre la cláusula suelo, no solo valora el documento en el cual la cláusula está inserta o los documentos relacionados, sino que también tiene en cuenta si el consumidor litigante, y no el medio, tenía, por cualquier circunstancia, conocimiento sobre el impacto económico de la cláusula en el momento de la formalización del contrato (STS de 171/2017, de 9 de septiembre). Es cierto que el TJUE ha abonado la manera de proceder del TS a la hora de practicar un control concreto de transparencia en acciones individuales. Solo por citar un ejemplo muy reciente, la STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-484/21, ha afirmado que "el examen del carácter abusivo de una cláusula (...) debe realizarse considerando, en particular, todas las circunstancias que concurran en su celebración. Tal examen caso por caso es tanto más importante

cuanto que el carácter abusivo de una cláusula puede ser resultado de que esta adolezca de falta de transparencia. Así pues, en principio, no cabe presumir que una determinada cláusula contractual es abusiva, pues tal calificación puede depender de las circunstancias específicas de la celebración de cada contrato y, especialmente, de la información particular que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor”.

7. En algunas sentencias, el TS ha valorado, para declarar transparentes cláusulas suelo, que el banco facilitó al consumidor, con una antelación suficiente respecto de la celebración del contrato, información clara, precisa y esquemática (SSTS 247/2019, de 6 de mayo; 334/2020, de 22 de junio; y 68/2021, de 9 de febrero) y, en particular, la FIPER (STS 615/2022, de 20 de septiembre). Y aun en casos en los que el banco no facilitó al prestatario una información precontractual como la anterior, el TS ha tenido en cuenta para declarar transparentes determinadas cláusulas suelo que el padre del prestatario y fiador era el director de la sucursal bancaria donde se concedió el préstamo (STS 605/2019, de 12 de noviembre), que el propio prestatario era director de una oficina bancaria en la que se ofrecían préstamos hipotecarios con cláusula suelo (STS 487/2022, de 16 de junio) o que el prestatario era un abogado especializado en este tipo de cláusulas (STS 581/2022, de 26 de julio). Incluso, en casos en los que se enjuicia la transparencia de otras cláusulas, como la renuncia de una transacción, se ha tenido en cuenta que el consumidor litigante había calculado el mismo las cantidades a las que renunciaba y que por iniciativa propia había adquirido una comprensión perfecta sobre la cláusula (STS 535/2024 de 23 de abril). En materia de hipoteca multidivisa, el TS ha considerado que, “aunque el juicio propio del control de transparencia es abstracto, en cuanto que la información exigible es la que un consumidor medio necesitaría para poder conocer cómo opera la hipoteca multidivisa y los riesgos que entraña, en el presente caso, los conocimientos mostrados por el consumidor y las comunicaciones mantenidas durante la fase precontractual, ponen en evidencia que la información prestada permitió, a la vista de las circunstancias concurrentes, alcanzar ese grado de conocimiento suficiente” (STS 642/2020, de 27 de noviembre).

8. Nótese que todas las circunstancias que hemos mencionado, y que dieron lugar a que el TS declarara determinadas cláusulas suelo transparentes en sentencias derivadas de demandas individuales, no se podrían tener en cuenta en un control de transparencia abstracto llevado a cabo en el marco de una acción de representación. En consecuencia, estos consumidores habrían salido mejor parados en una acción colectiva, pues las circunstancias individuales que determinaron la transparencia de sus cláusulas suelo no se habrían podido apreciar en el marco del proceso de representación. No solo ellos, sino otros consumidores que han visto como el TS ha declarado negociadas, por circunstancias variadas, las cláusulas suelo que firmaron, circunstancias que no podrían valorarse en el seno de una acción colectiva, como una reiteración de conversaciones entre las partes o el extraordinariamente bajo tipo del suelo acordado, entre otras (SSTS 79/2022, de 2 de febrero; 776/2021, de 2 de noviembre y 366/2022, de 4 de mayo).

9. Las diferencias entre el control abstracto y concreto de transparencia provocarían la siguiente incoherencia. Una cláusula como la suelo resultaría sistemáticamente abusiva cuando se examine bajo ciertos parámetros del juicio de transparencia abstracto, al tener el juzgador que obviar y abstraerse de aquellos elementos circunstanciales de la realidad individual que en la *praxis* han sido los únicos que han permitido sustentar la validez de dicha cláusula (nótese que en el caso Adicae, la Audiencia Provincial de Madrid solo estimó los recursos de apelación de tres de las más de noventa entidades recurrentes). Así, se llegarían a conclusiones diametralmente opuestas sobre la transparencia de la cláusula suelo dependiendo de la acción ejercitada. Con todo, lo cierto es que ha sido más o menos excepcional que en la contratación individual surjan circunstancias especiales que excluyan la vinculación del juicio generalizado realizado mediante una acción colectiva.

10. La solución a esta inconsistencia se encuentra en la doctrina de la STS 367/2017, de 8 de junio, que establece que, si por una acción de cesación se hubiera declarado abusiva una cláusula suelo, "en los litigios posteriores en los que se ejercite una acción individual de esa cláusula respecto de la misma entidad condenada, la regla general sería que el juez solo aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. Únicamente podrá el juez resolver sobre una acción individual e un sentido diferente, cuando constaran en el pleito *circunstancias excepcionales referidas al concreto perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten notablemente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual*". En efecto, aplicando la doctrina de esta STS, podrían declararse transparentes las cláusulas suelo de los consumidores que pasaron por el hueco de la acción colectiva, siempre que en la realidad individual quede demostrado que conocían el funcionamiento e impacto económico de la cláusula. Otra solución a la inconsistencia apuntada pasaría por impedir el juicio de transparencia en acciones colectivas, como sucede en algunos países (cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015), lo que, por cierto, iría en contra de la Directiva 93/13. O por prescindir del control concreto en acciones individuales, de forma que el control de transparencia (abstracto) sea el mismo para ambos tipos de acciones, como han propuesto algunos autores (RUIZ ARRANZ, 2023).

11. Ahora bien, el TJUE no equipara totalmente los controles de transparencia en una acción individual y en una acción colectiva. Al contrario, en la sentencia comentada el TJUE afirma que el control de transparencia de las acciones individuales debe adaptarse a las acciones colectivas, por lo que reconoce dos controles de transparencia en cierta medida diferenciados. Además, el TJUE ha declarado, en casos en que se ha pronunciado sobre la transparencia en acciones individuales, que es necesario valorar las circunstancias del caso y la información precontractual facilitada a cada consumidor (por todas, STJUE de 12 enero 2023, asunto C-395/21). Por tanto, parece claro que, para acciones individuales, el TJUE se aparta de una concepción de la transparencia de carácter abstracto, que no tenga en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. Con todo, esto parece contrario a considerar, como también considera el TJUE, que, en acciones individuales, el patrón

de referencia para realizar el control de transparencia es el consumidor medio, y no el litigante concreto. El TJUE declara, en relación tanto a las acciones colectivas como individuales, que los conocimientos específicos que cabe entender que tiene un consumidor sobre la cláusula suelo no pueden justificar apartarse del estándar de conocimientos del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Entonces ¿cómo conjugar la referencia al consumidor medio y a las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato? ¿Con la referencia al consumidor medio el TJUE pretende que cualquier conocimiento fáctico de un consumidor específico, ya sea por su propio conocimiento o sobre la base de la información que se le brindó, sea irrelevante para evaluar si una cláusula es transparente? (cfr. LOOS, 2023).

12. Quizá lo que el TJUE quiere impedir con la referencia al consumidor medio es una manera de proceder como la de las SSTS 605/2019, de 12 de noviembre; 487/2022, de 16 de junio y 581/2022, de 26 de julio, en las que el TS ha valorado las circunstancias personales de los consumidores para justificar la transparencia de las cláusulas suelo. Es decir, no se pueden tener en cuenta circunstancias tales como que el prestatario era un abogado especializado en cláusulas suelo o el director de una sucursal bancaria para declarar transparentes las cláusulas suelo. Ahora bien, con la referencia a la percepción del consumidor medio el TJUE no parece impedir que en una acción individual el juez, tomando en consideración las circunstancias del caso, declare la transparencia de la cláusula porque se facilitó al prestatario litigante información precontractual precisa, como así concluyeron las SSTS 247/2019, de 6 de mayo; 334/2020, de 22 de junio; 68/2021, de 9 de julio y 615/2022, de 20 de septiembre. En efecto, podría razonarse que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, adquiriría conocimiento del impacto patrimonial de la cláusula con la información precontractual recibida. Porque si ni siquiera esta circunstancia pudiera valorarse en el seno de una acción individual, la apreciación de la transparencia sería totalmente abstracta, lo que parece inconciliable con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13. En consecuencia, en sede de transparencia, la alusión a todas las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, a la que alude el artículo 4.1 Directiva 93/13, debe entenderse referida a circunstancias objetivas conectadas con el contrato o con documentos relacionados, pero no a circunstancias subjetivas relacionadas con la experiencia o profesión del consumidor y sus cualidades personales. Posiblemente con esta doctrina el TJUE pretenda que el control de transparencia sea más objetivo, al valorar solo la cláusula y el proceso de contratación, para así diferenciarlo del examen del error, en el que las circunstancias personales de los contratantes son imprescindibles para determinar tanto la propia existencia del error como la excusabilidad del mismo.

13. Si lo anterior fuera lo que quiere decir el TJUE, habría de revisarse la doctrina de la STS 367/2017, 8 de junio, pues no respeta completamente el control de transparencia "objetivo" que propugna el TJUE para acciones individuales. Así, conforme a la doctrina del TJUE, el juez podría resolver sobre una acción individual en un sentido diferente a lo declarado en la acción colectiva solo cuando constaran en el pleito circunstancias objetivas referidas a la información suministrada por el

banco predisponente en ese caso concreto, pero no cuando constaran circunstancias relacionadas con el perfil del cliente.

14. Aunque el razonamiento anterior trata de dar una interpretación coherente a la amalgama de doctrinas del TJUE, creo que la distinción entre circunstancias concurrentes objetivas y subjetivas es demasiado sutil y no permite optimizar la resolución de los procesos donde se enjuicia la transparencia de una cláusula como la suelo. Lo importante es que en el proceso individual quede acreditado suficientemente que el consumidor conocía el funcionamiento e impacto económico de la cláusula suelo, sin importar cuáles sean las circunstancias que denotan ese conocimiento. En mi opinión, son correctas las sentencias del TS que declaran transparentes cláusulas suelo por cualesquiera circunstancias concurrentes, pues argumentan adecuadamente que el consumidor tenía un conocimiento preciso de la cláusula, superior al de la media. En efecto, en las demandas individuales parece que lo más lógico es valorar el conocimiento del consumidor litigante, quien acaso puede disponer de una información superior a la media (PANTALEÓN PRIETO, 2020).

15. Finalmente, el TJUE declara que, a partir de la producción de un acontecimiento objetivo o de un hecho notorio, como la caída de los tipos de interés en el año 2000 o el pronunciamiento de la STS de 9 de mayo de 2013, el consumidor medio ha podido adquirir conciencia de las consecuencias económicas derivadas de la cláusula en el momento de la celebración del contrato. Con la admisión de un acontecimiento objetivo o hecho notorio para sustentar el conocimiento del consumidor medio sobre la cláusula suelo, el TJUE contrarresta el efecto que tiene que una acción colectiva no se puedan apreciar circunstancias concretas que acrediten que determinados consumidores tenían conocimiento de la cláusula, por ejemplo, por la entrega de información precontractual adecuada. Ahora bien, la apreciación de esta circunstancia objetiva tiene consecuencias mucho más importantes, pues afectaría a un gran número de consumidores, no a uno solo. Y, además, al ser un hecho objetivo o notorio que incide en la percepción de un consumidor medio, no parece que un consumidor particular afectado por la sentencia colectiva lo pudiera objetar en una acción individual, apoyándose en la doctrina, aplicada a la inversa, de la STS 367/2017, 8 de junio. Por tanto, la doctrina del hecho notorio sería aplicable tanto a acciones individuales como colectivas. En consecuencia, el TS podría considerar que, para los contratos firmados después del 2000 (caída de los tipos de interés) o después de la STS de 9 mayo de 2013, las cláusulas suelo son transparentes.

16. En mi opinión, es chocante que una sentencia sirva para acreditar objetivamente el conocimiento de la carga económica de la cláusula suelo por un consumidor medio, pero no para acreditar que un consumidor medio conocía que una cláusula de gastos era abusiva, a efectos del comienzo del plazo de prescripción de una acción restitutoria derivada de la declaración de abusividad de esa cláusula (STJUE de 25 de abril de 2024, C-484/21). En el primer caso se exigiría al consumidor medio competencias de investigación jurídica, mientras que en el segundo no. Quizá sea más objetivo y notorio un cambio legislativo, como el que supuso el artículo 6.1 Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que exigía que la escritura

pública contuviera una declaración manuscrita del consumidor en la que manifestaba haber sido advertido de los riesgos que conlleva un préstamo hipotecario con cláusula suelo.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A., "Transparencia en general", *Derecho de consumo: materiales, fundamentos, aplicaciones*, dirigido por Ángel Carrasco Perera, Aranzadi, 2023, pp. 81-103.

CARRASCO PERERA, A., "¡Adiós y que usted lo pase bien, control de transparencia!! (al menos para las acciones colectivas, que ya es algo)", *Blog CESCO*, 2020.

- "Efectividad y disuasión en la jurisprudencia europea de consumo. A propósito de Narojuk", *Blog CESCO*, 2024.

CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., "El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación", *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 7/2013, pp. 164-183.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Comentario al artículo 80", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, Aranzadi, 2009, formato electrónico.

- "Condiciones generales de la contratación", *Estudios de derecho de contratos*, dirigido por Antonio Manuel Morales, BOE, 2022, pp. 435 a 474.

LOOS, M., "Crystal Clear? The Transparency Requirement in Unfair Terms Legislation", *European Review Contract Law*, 2023; 19(4), pp. 281-299.

PANTALEÓN PRIETO, F., "Sobre la transparencia material de cláusulas predispuestas de lege lata y de lege ferenda", *Blog Almacén de Derecho*, 2020.

RUIZ ARRANZ, A., "Sobre el control de transparencia de las cláusulas predispuestas", *Blog Almacén de Derecho*, 2023.