

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066257

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 29 de junio de 2022

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2251/2019

SUMARIO:

Procedimiento civil. Acciones colectivas. Acciones individuales. Cuestiones prejudiciales. Contrato de préstamo hipotecario. Clausulas suelo. Control de transparencia. El planteamiento de una cuestión prejudicial no resulta obligatorio porque lo pidan las partes, no vincula al tribunal; sin embargo el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que sí procede en este supuesto porque considera que no se han pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el sentido de la normativa sobre la pertinencia o no de acciones colectivas que afectan a una pluralidad de consumidores en materia de préstamos hipotecarios con variación del tipo de interés con cláusula suelo, y en la medida en que los distintos estados de la Unión pueden regular de modo diferente esta cuestión y sus tribunales resolver no de manera uniforme.

Resulta difícil la conciliación entre el art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que exige una interpretación del posible abuso según las circunstancias concretas y particulares de cada consumidor, con la acción colectiva y preventiva de control en abstracto.

También se cuestiona la compatibilidad de 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 relación con la acción colectiva y preventiva de control en abstracto.

PRECEPTOS:

Directiva 93/13/CEE (sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 4.1 y 7.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 72 y 221.

Directiva (UE) 2020/1828 (acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores), arts. 8 y 9.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 47.

Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 12 y 17.

RDLeg. 1/2007 (TR Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), art. 53.

PONENTE:

Don Pedro José Vela Torres.

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don RAFAEL SARAZA JIMENA

Don PEDRO JOSE VELA TORRES

Doña MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

Don JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG

Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Auto núm. /

Fecha del auto: 29/06/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2251/2019

Fallo/Acuerto:

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 28

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2251/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 29 de junio de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo están pendientes de resolución los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación formulados contra la sentencia núm. 603/2018, de 12 de noviembre, dictada por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 764/2016 (ES:APM:2018:12842). En los recursos se discute la viabilidad de una acción colectiva de cesación ejercitada por una asociación de consumidores contra las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés en préstamos hipotecarios con consumidores utilizadas por todas las entidades financieras demandadas; a la que se acumuló una acción restitutoria de las cantidades pagadas en aplicación de esa cláusula.

Segundo.

Son partes recurrentes:

Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter.
Caixa Ontinyent S.A., representada por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla.
Banco de Santander S.A., como sucesor procesal de Banco Popular Español S.A., y Banco Pastor S.A., representado por la procuradora M.^a José Bueno Ramírez.
Targobank S.A., representado por la procuradora Dña. M.^a José Bueno Ramírez.
Credifimo S.A.U., representada por el procurador D. Germán Marina Grimau.
Caja Rural de Teruel S.C.C., representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González de Carvajal.
Caja Rural de Navarra S.C.C, representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal.
Cajasiete Caja Rural S.C.C., representada por la procuradora D.^a Ana Lázaro Gogorza.
Liberbank S.A. y Banco Castilla La Mancha S.A., representados por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque.
Caja Rural Central S.C.C., representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Caja Rural de Extremadura S.C.C., representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Bankia S.A., como sucesora procesal de Banco Mare Nostrum S.A., representada por el procurador D. Miguel Alperi Muñoz.
Unicaja Banco S.A., representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Caja Rural de Asturias S.C.C., representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Caja de Arquitectos S.C.C. (Arquia Bank S.A.), representada por la procuradora María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Nueva Caja Rural de Aragón S.C., (Bantierra), representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Caja Rural de Granada S.C.C., S.A., representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Caja Rural de Jaén, Barcelona y Madrid S.C.C., representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira bajo la dirección letrada de D.^a María Teresa Rojas Abascal.
Caja Rural del Sur S.C.C., representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Caja Rural de, Albacete, Ciudad Real y Cuenca S.C.C (Globalcaja), representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Caja Laboral Popular S.C.C. (Kutxa), representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.
Banco Sabadell S.A., representado por la procuradora D.^a Blanca María Grande Pesquero.
Banca March S.A., representada por la procuradora D.^a Patricia Gómez Martínez.
Ibercaja, representada por el procurador D. Valentín Ganuza Ferreo.
Banca Pueyo S.A., representada por el procurador D. José Núñez Armendáriz.
Caja Rural de Zamora S.C.C., representada por la procuradora D.^a María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira.

Tercero.

Son partes recurridas:

ADICAE, representada por las procuradoras D.^a María del Mar de Villa Molina y D.^a Nuria Román Masedo.
D.^a Rebeca, representada por la procuradora D.^a Esperanza Álvaro Mateo.
D.^a Salvadora, representada por la procuradora D.^a Ana Villa Ruano.
D. Adolfo, representado por el procurador D. Victorio Venturini Medina.
Óptica Claravisión S.L., representada por la procuradora D.^a María Albarracín Pascual.
D. Ambrosio, representado por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez.
D. Argimiro, representado por las procuradoras D.^a María del Mar de Villa Mollina y D.^a Nuria Román Masedo.

D. Benigno, representado por la procuradora D.^a María Albarracín Pascual.
D.^a Ana, representada por el procurador D. Jorge Deleito García.
D. Cosme (como heredero de D. Eduardo), representado por el procurador D. Jorge Deleito García.

Cuarto.

En el transcurso de la deliberación, votación y fallo de los recursos, el tribunal consideró que podría resultar procedente el planteamiento de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE). Por lo que, de conformidad con lo previsto en el art. 4.2 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acordó oír a las partes.

Quinto.

Ibercaja Banco S.A., Targobank S.A., Unicaja Banco S.A., Caja Rural de Extremadura, Caja Rural de Navarra, Globalcaja, Banco Santander S.A., Banco de Sabadell S.A., Caixabank S.A., Caja Rural de Asturias, Caja de Arquitectos (Arquia), Caja Laboral Popular, Caja Rural de Teruel, Caja Rural Central, Cajasiete, Banca Pueyo, Bantierra, Caja Rural de Granada, Caja Rural del Sur, Caja Rural de Jaén y Credifimo, presentaron escritos mostrando su conformidad con el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

Sexto.

La Asociación de consumidores ADICAE, parte demandante y recurrida, se opuso a la petición de decisión prejudicial, por considerar que lo planteado en la providencia de audiencia a las partes era un acto claro o aclarado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Séptimo.

El Ministerio Fiscal informó que no consideraba necesaria la elevación de la cuestión prejudicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero. Objeto del litigio**

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

Posteriormente, la demanda se amplió a otras diecinueve entidades financieras. Y en una segunda ampliación, la demanda se dirigió contra otras treinta y ocho entidades bancarias.

En total, resultaron demandadas 101 entidades financieras que comercializaban préstamos hipotecarios en España.

2. El Juzgado admitió a trámite la demanda y sus ampliaciones y acordó tres llamamientos en medios de comunicación de difusión nacional a los consumidores que hubieran podido resultar perjudicados.

3. Tras los llamamientos, se personaron individualmente ochocientos veinte consumidores en apoyo de las pretensiones de la demanda.

4. Las entidades demandadas se opusieron a la demanda y solicitaron su desestimación.

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

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

En lo que ahora interesa, la Audiencia Provincial, consciente de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el control de transparencia obliga a un examen del caso concreto, en atención a las circunstancias que concurrieron en la contratación, establece cómo debe hacerse el control de transparencia en sede de acciones colectivas (control abstracto) en contraste con el tipo de control que se hace en las acciones individuales. Para lo cual, argumenta que:

"[I]o valorable sobre la pauta estándar de contratación de la entidad bancaria es que no pueda concluirse que ha mantenido comportamientos tendentes a oscurecer o disimular el efecto económico-patrimonial de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos. (...) Dicho enmascaramiento o ensombrecimiento del efecto obligacional de la cláusula en cuestión ocurre cuando el banco no presenta e incluye la cláusula suelo en un plano de equivalencia respecto a la importancia dada a esos otros pactos a los que suele atender el consumidor medio por entenderlos como conformadores de los costes del contrato para él, y que de hecho, es notorio, suelen presidir la difusión de ofertas por las entidades de crédito, como el índice de referencia elegido, su diferencial o el periodo de amortización".

La Audiencia Provincial dio especial relevancia al oscurecimiento de la cláusula, en el sentido de que, en el conjunto del contrato, se le diera un tratamiento secundario, de manera que el consumidor no percibiera su trascendencia en el precio o coste del contrato.

Sobre esa base de razonamiento, la Audiencia Provincial, sin ánimo exhaustivo, identifica diversas actuaciones como reveladoras de esa inclusión no transparente, como:

a) La presentación de la cláusula ligada a conceptos ajenos al precio del contrato (tales como seguros, gastos, impuestos, intereses moratorios...) o a circunstancias secundarias potencialmente abaratadoras del precio, produciendo la apariencia de que el efecto limitativo a la baja de la fluctuación de tipo de interés de referencia se somete a ciertas condiciones o requisitos que harán que difícilmente operará tal pacto en la realidad.

b) La ubicación de la cláusula en la mitad o al final de párrafos largos, que comienzan tratando otros extremos, aún dentro del conjunto de pactos relativos a la variabilidad del tipo de interés, y en donde aparece brevemente reseñada, sin resalte o sin énfasis alguno, de modo que se distrae la atención del consumidor medio.

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

7. Los bancos demandados antes citados en el epígrafe de partes recurrentes interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y sendos recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que están pendientes de resolución ante este Tribunal Supremo.

Segundo. *Cuestión controvertida ante el Tribunal Supremo en los recursos extraordinarios por infracción procesal y en los recursos de casación*

Resulta controvertido y relevante:

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

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

3. Para la definición del consumidor medio, surgen varios problemas: (i) la multiplicidad de entidades financieras predisponentes de las cláusulas contractuales controvertidas y las diferencias territoriales y económicas existentes entre ellas (desde una pequeña caja de ahorro de ámbito comarcal, hasta algunos de los grandes bancos europeos con implantación multinacional); (ii) las distintas modalidades de contratación utilizadas por cada entidad financiera; (iii) el largo periodo de tiempo, incluso con distintas regulaciones legislativas, en que se han introducido

este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario; y (iv) los diferentes grupos de clientes, que pueden resultar difícilmente estandarizables: consumidores que acuden privadamente a la entidad financiera, consumidores que se subrogan en préstamos concertados por las empresas promotoras de las obras, consumidores que se acogen a programas de financiación de viviendas de protección oficial, o de acceso a vivienda pública en función de determinados rangos de edad -jóvenes, jubilados..., consumidores que acceden al préstamo con un tratamiento especial por su profesión (funcionarios, empleados de una determinada empresa, etc.).

Tercero. *Procedencia del planteamiento de la solicitud de decisión prejudicial*

1. Después de que varias de las partes recurrentes en este litigio pendiente ante el Tribunal Supremo, en sus escritos de formulación de los recursos, habían solicitado el planteamiento de la petición de decisión prejudicial, se acordó oír a todas las partes. Como quiera que la parte demandante y recurrida, la asociación ADICAE, se ha opuesto al planteamiento de la petición, y el Ministerio Fiscal tampoco considera necesaria su formulación, debe razonarse en primer lugar por qué es procedente.

2. Este Tribunal es consciente de que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (por ejemplo, Sentencia de 6 de octubre de 2021 - Asunto C-561/19 - Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA / Rete Ferroviaria Italiana SpA - EU:C:2021:799), no está obligado a presentar dicha solicitud por el mero hecho de que se haya instado por las partes en el proceso, porque el sistema establecido por el art. 267 TFUE no constituye un recurso abierto a las partes del litigio pendiente ante un juez nacional, de manera que no basta con que una parte alegue que el litigio suscita una cuestión de interpretación del Derecho de la UE para que el órgano jurisdiccional esté obligado a plantear la cuestión, pues la determinación y la formulación de las cuestiones que deben someterse al Tribunal de Justicia corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional, sin que las partes del litigio principal pueden modificar su contenido.

3. Sin embargo, sí consideramos pertinente el planteamiento de la solicitud de decisión prejudicial, porque no concurren los tres supuestos que, según el propio Tribunal de Justicia (STJ de 6 de octubre de 1982, EU:C:1982:335 - CILFIT- y la ya citada sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021, EU:C:2021:799) dispensarían a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia de la obligación de plantearla: (i) que la pregunta no sea relevante para la resolución de la disputa; (ii) que el Tribunal de Justicia haya interpretado ya la disposición del Derecho de la Unión en cuestión; (iii) que la interpretación correcta de la legislación de la Unión Europea sea tan obvia que no deje lugar a dudas razonables.

4. Por el contrario, como argumentaremos cuando examinemos la necesidad de la formulación de la petición de decisión prejudicial (la motivación de la remisión, a la que se refieren las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, 2019/ C 380/01, DOUE 8/11/2019): (i) las preguntas son relevantes para la resolución del litigio, ya que se cuestiona incluso la procedencia del tipo de acción ejercitada; (ii) no hay ninguna resolución del Tribunal de Justicia que haya señalado expresamente la interpretación del Derecho de la Unión que debe hacerse para evaluar la pertinencia de una acción colectiva para realizar un control de transparencia de una cláusula inserta en un contrato con consumidores; y (iii) en la posible interpretación del Derecho de la Unión, no hay una respuesta elemental u obvia, más allá de toda duda razonable, a las cuestiones controvertidas.

5. Además, en cuanto que se trata del ejercicio de acciones al amparo del Derecho de la Unión, no puede eludirse el riesgo de divergencias jurisprudenciales entre los órganos judiciales de los Estados que componen la propia Unión. Sin que este Tribunal Supremo esté convencido de que la posible solución que adopte pueda imponerse de manera incontrovertida a los demás órganos judiciales de última instancia de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia.

6. A la vista de lo anterior, no encontramos justificado denegar el planteamiento de las cuestiones prejudiciales, pues se trataría del supuesto al que se refirió la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2021, Bio Farmland (caso 43639/17; CE:ECHR:2021:0713JUD004363917), en aplicación del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en relación con el "debido proceso" y la necesaria motivación del rechazo de formulación de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Según el TEDH, en el contexto específico del tercer párrafo del art. 267 TFUE, los tribunales nacionales cuyas decisiones no están sujetas a un recurso legal interno, y que se niegan a remitir una cuestión al TJUE para una decisión prejudicial sobre un punto relativo a la interpretación del Derecho de la Unión Europea planteado ante ellos, están obligados a justificar su denegación teniendo en cuenta las excepciones previstas por la jurisprudencia del TJUE (Sentencia de 15 de noviembre de 2016, asunto C-268/15, EU:C:2016:874, Ullens de Schooten y Rezabek, § 62; y Sentencia de 21 de

junio de 2017, C-621/15, EU:C:2017:484, Sanofi Pasteur v. France, § 70). Excepciones que no concurren en el presente caso.

Cuarto. Disposiciones de Derecho de la Unión

1. El Considerando 23 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, dispone lo siguiente:

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

2. El art. 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores establece:

"1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

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

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

"1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

"2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

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

4. En la fecha en que se interpuso la demanda, estaba en vigor la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, cuyo art. 2 disponía:

"1. Los Estados miembros designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas en el sentido del artículo 3 a fin de obtener que: a) se ordene, con toda la diligencia debida, en su caso mediante procedimiento de urgencia, la cesación o la prohibición de toda infracción".

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

6. El art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/ C 83/02) dispone:

"Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".

Quinto. Derecho nacional

1. El art. 12 de la Ley de 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece:

"1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.

"2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

"A la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones".

2. El art. 17 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, dispone:

"1. La acción de cesación procederá contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas.

"[...]"

"4. Las acciones mencionadas en los apartados anteriores podrán dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas".

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

"La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a Eduardo en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

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

"A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesorio conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal".

4. El art. 72 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica "Acumulación subjetiva de acciones", establece:

"Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir.

Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos".

5. El art. 221 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica "Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios" previene:

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

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

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante".

Sexto. *Necesidad de formulación de la petición de decisión prejudicial. Sobre la compatibilidad entre el control abstracto de las acciones colectivas y el examen individualizado que requiere el control de transparencia*

1. En la acción colectiva de cesación se pretende un control abstracto, por lo que puede tener un carácter eminentemente preventivo, en la medida en que permite controlar la actividad del predisponente en el momento de la elaboración o adopción de la condición general, incluso antes de que sea efectiva su incorporación a la pluralidad de contratos a que va destinada. De modo que esta acción opera como si la cláusula enjuiciada tuviera un carácter normativo, autónomo, al margen del acuerdo de voluntades en que se inserta, en cuanto tiene, como condición general, vocación de generalidad.

El control abstracto se hace al margen tanto de la información particularizada sobre el alcance y contenido de la cláusula que haya podido recibir el adherente con carácter previo a la suscripción del contrato, como del resultado de su aplicación en la práctica por la entidad financiera.

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

Más específicamente, la STJCE de 9 de septiembre de 2004, C-70/03, EU:C:2004:505, Comisión Europea contra España, declaró:

"La distinción que establece el artículo 5 de la Directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación in concreto del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación in abstracto del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores".

Y la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2016, EU:C:2016:252, asuntos acumulados C-381/14, Sales Sinués, y C-385/14, Youssouf Drame, resaltó la diferencia de objetos y efectos jurídicos entre las acciones individuales y colectivas y declaró:

"26 Por lo que respecta, por otra parte, a las acciones ejercitadas por personas u organizaciones a las que se reconoce un interés legítimo en la protección de los consumidores contempladas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13, debe señalarse que estas últimas no se encuentran en tal situación de inferioridad respecto a los profesionales (sentencia de 5 de diciembre de 2013, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, C-413/12, EU:C:2013:800, apartado 49).

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

3. En sentido similar, la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 148/2016 de 19 de septiembre (ES:TC:2016:148), consideró que la extensión de los efectos de una acción colectiva de cesación a una universalidad de contratos podía llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no deseara obtener la nulidad del contrato en los términos interesados en la demanda colectiva. También consideró que la acción colectiva puede dificultar las posibilidades de impugnación individual, si la demanda de cesación se desestima por haberse adoptado una línea de defensa jurídica diferente a la que se habría sostenido si se hubiera ejercitado una acción individual en relación con circunstancias específicas solo conocidas por el propio consumidor.

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

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

5. En las citadas sentencias en que hemos admitido la procedencia de una acción colectiva de cesación respecto de las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado en préstamos hipotecarios, la acción se dirigía contra una sola entidad financiera o contra un número muy limitado de ellas. Por lo que las prácticas y cláusulas enjuiciadas eran más fácilmente reducibles a supuestos estandarizados y era también más factible hacer el enjuiciamiento desde la perspectiva del consumidor medio. No obstante, en la sentencia 408/2020, de 7 de julio (ES:TS:2020:2228), ya advertíamos que:

"El enjuiciamiento propio de las acciones colectivas se adapta muy bien a los controles de incorporación y también de contenido, pues aquello que en un caso u otro determina la no inclusión o la abusividad es fácilmente predicable con carácter general de todos los contratos en los que se haya incluido esa cláusula. El carácter no incorporable de una cláusula que, por la forma en que está redactada, no resulta clara y comprensible, o el carácter abusivo de una condición general que, por su propio contenido, en contra de las exigencias de la buena fe, provoca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, son fácilmente apreciables mediante una acción colectiva, pues lo que determina en cada caso su indebida incorporación o su abusividad es predicable con carácter general de todos los contratos en que se hayan incluido esas cláusulas. Es ciertamente difícil que en la contratación individual surjan circunstancias especiales que excluyan la vinculación del juicio generalizado realizado mediante una acción colectiva, fuera de la negociación individual que por sí misma provocaría la inaplicación del control de abusividad.

"Pero no sucede lo mismo cuando la acción colectiva pretende que se realice un control de transparencia. La insistencia del TJUE en la necesidad de atender a las concretas circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas de quien contrata, que puedan incidir en la comprensibilidad material de la cláusula, y, lo que es más importante, la trascendencia de la información precontractual, reducen considerablemente los supuestos en que pueda apreciarse la falta de transparencia en una acción colectiva".

[...]

"No puede negarse que sea posible realizar un control de transparencia con ocasión de una acción colectiva, pero sí cabe advertir que, por la reseñada evolución jurisprudencial del TJUE (verbigracia, Sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; 21 de diciembre de 2016, C-154/15, Gutiérrez Naranjo; 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriuc; ó 7 de noviembre de 2019, C-419/18, Credit Polska), su admisibilidad queda reducida a la concurrencia de prácticas estandarizadas de comercialización muy claras que, por sí mismas, pongan en evidencia la falta de transparencia y dejen poco margen a concluir que se hayan podido incumplir las exigencias de información previa".

6. Sin embargo, en el caso ahora enjuiciado, la acción colectiva se dirige contra prácticamente todas las entidades financieras que en España utilizan o han utilizado la mencionada cláusula de limitación a la variabilidad

del tipo de interés (más de un centenar), durante un dilatado periodo de tiempo. Lo que, conforme a las estadísticas del Banco de España, afectaría a millones de contratos; da lugar a una multiplicidad de redacciones y formulaciones de las cláusulas, aunque tengan el denominador común de imponer un tope a la bajada del tipo de interés; y hace difícilmente utilizable el concepto de consumidor medio, puesto que, por el elevado número de clientes a que van dirigidas las cláusulas, pueden ser muy diferentes los consumidores afectados (como desarrollaremos más adelante).

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

a) la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la Orden Ministerial de 12 de junio de 2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, y conforme a su habilitación;

b) la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las Órdenes Ministeriales de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011;

c) la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares.

7. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido concretando cada vez más el control de transparencia en la comprobación de la suficiencia de la información precontractual que se ha ofrecido al consumidor, puesto que es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. Así, la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, EU:C:2013:180, caso RWE Vertrieb, declaró al referirse al control de transparencia:

"44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información".

Doctrina reiterada por el Tribunal de Justicia en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, EU:C:2015:127, Matei, párrafo 75; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, EU:C:2015:262, Van Hove, párrafo 47; 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, Gutiérrez Naranjo, párrafo 50; y 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, EU:C:2020:536, Ibercaja Banco, apartados 46 y 47; entre otras muchas.

Conforme a dicha jurisprudencia, la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar.

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

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

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

11. Por último, debe tenerse en cuenta que en el caso objeto de litigio, además de la acción colectiva de cesación, se ejercitó una acción de restitución dirigida a obtener una condena a la devolución de lo pagado en

aplicación de las cláusulas cuya anulación se pretendía. Sin embargo, el control abstracto propio de la acción colectiva de cesación no tiene por objeto la determinación de las consecuencias patrimoniales concretas que la declaración de nulidad de una cláusula o del carácter abusivo de una conducta pueda tener para cada uno de los consumidores y usuarios afectados por la cláusula o conducta. Este segundo juicio forma parte del ámbito de la tutela de los intereses patrimoniales individuales y, como regla general, es más adecuado para las acciones individuales que puedan iniciar los consumidores, en las que, junto con la pretensión declarativa de la nulidad de la condición general o conducta de que se trate, se acumule la acción restitutoria o indemnizatoria correspondiente.

Séptimo. *Necesidad de formulación de la petición de decisión prejudicial. Dificultad de caracterización del consumidor medio*

1. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia son múltiples los pronunciamientos sobre el concepto de consumidor medio, a partir de la que se suele identificar como primera sentencia al respecto, la de 20 de febrero de 1979 (asunto 120/78, EU:C:1979:42, Cassis de Dijon). No obstante, la aparición legislativa del mencionado concepto no tiene lugar hasta la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

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

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

Pero que la Directiva beneficie a todos los consumidores no quiere decir que, para el enjuiciamiento de la abusividad de una cláusula en una acción colectiva, no deba utilizarse como estándar el concepto de consumidor medio.

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

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

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

4. En este procedimiento se ha cuestionado la validez de cláusulas dirigidas a distintos grupos de consumidores, puesto que ha habido casos en los que las condiciones generales controvertidas estaban dirigidas a personas incluidas dentro de un determinado rango de edad (genéricamente, jóvenes), o a personas que adquirirían viviendas de protección oficial sometidas a normativa administrativa, o a consumidores que ya habían contratado previamente bajo una condición similar y querían novarla, por poner solo algunos ejemplos.

Todos esos supuestos y otros muchos han sido tratados por la jurisprudencia de esta sala para realizar el control de transparencia de la cláusula suelo, pero desde una perspectiva individual, en la que se ha valorado la información relevante en el caso concreto (conciencia por parte del consumidor de la carga jurídica y económica de

la citada cláusula suelo). De ahí que la agrupación de todos los casos en una única acción colectiva dificulte mucho la adopción de un criterio sobre la base del concepto de consumidor medio.

5. Además, al haberse acumulado a la acción colectiva de cesación una acción de restitución de cantidades debidamente impagadas, el art. 221.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (antes transcrito) establece que cuando la determinación individual de los consumidores afectados no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante. Determinación genérica que también resulta extremadamente difícil cuando lo es la determinación del consumidor medio.

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

En atención a todo lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 TFUE, las siguientes peticiones de decisión prejudicial, sobre interpretación de los arts. 4 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (DOUE-L-1993-80526), y el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/ C 83/02):

1.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?

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de e-Curia. Y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial -Fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Este auto es firme y contra él no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.