



El alcance del control abstracto en las acciones colectivas

Estefanía Portillo Cabrera

Asociado Senior

estefania.portillo@cuatrecasas.com

RESUMEN

Análisis del Auto de 20 de marzo de 2019 dictado por la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo en el recurso de casación 4008/2016. Recurso de casación interpuesto frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León en un juicio verbal en el que se ejercitó una acción colectiva de cesación interesando la nulidad de condiciones generales de la contratación. El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación por falta de justificación del interés casacional al considerar que no existía oposición a la doctrina jurisprudencial de la Excma. Sala Primera dado que el juicio de transparencia no puede verse limitado por cuestiones concretas o circunstancias particulares que no son determinantes para superar el control abstracto que aplica en el marco de la acción colectiva.

PALABRAS CLAVE

Acción colectiva, control abstracto, interés casacional.

PONENTE

Francisco Marín Castán.

FALLO

Inadmisión del recurso de casación por falta de concurrencia de interés casacional al no existir oposición a la doctrina jurisprudencial sentada en anteriores resoluciones dictadas en procedimientos colectivos.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS

Artículo 483.2.3º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículos 80.1 y 82.3 del RDL 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación.



ABSTRACT

Analysis of the Statement of the Supreme Court issued on March 20, 2019, Civil Appeal 4008/2016. Extraordinary appeal against the Judgment of the León Appeal Court issued on a class action proceedings. The Supreme Court considers that the Judgment is not contrary to the case law doctrine as the collective nature of the action determines the application of an abstract review on the validity of the terms challenged.

PALABRAS CLAVE

Class action, abstract review.

SUMARIO

1. Regulación de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico comunitario y nacional. Práctica de los tribunales.
2. Introducción y desarrollo del concepto de «control abstracto» de las acciones colectivas por el Tribunal Supremo en el que se basa el Auto de 20 de marzo de 2019.
3. Aplicación del control abstracto en procedimientos que precisan de un análisis individualizado.



1. Regulación de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico comunitario y nacional. Práctica de los tribunales.

1. Son escasas las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en relación con las acciones colectivas ejercitadas en defensa de los consumidores y usuarios. Ello se debe a la concurrencia de varias causas que han motivado que a día de hoy existan numerosas cuestiones jurídicas – procesales y materiales- sobre las que es preciso una regulación normativa específica o una modificación respecto de las previsiones vigentes, así como la fijación de doctrina jurisprudencial para garantizar una debida tramitación del proceso colectivo.
2. En primer lugar, se debe a la novedosa regulación de la figura de la acción colectiva, que no fue introducida en el ordenamiento jurídico español hasta la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)¹. La norma rituaría reguló expresamente las cuestiones procesales más relevantes², señalando en su Exposición de Motivos que *«no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos»* y remitiendo a su vez a *«las modificaciones y cambios que en las leyes sustantivas puedan producirse respecto de dicha protección»*.
3. La posterior Ley 39/2002, de 28 de octubre, transpuso, entre otras normas comunitarias de protección de consumidores y usuarios, la Directiva 98/27/CE, en cuya virtud se introdujo al sistema español la acción colectiva de cesación. Para conseguir el objetivo perseguido de eficacia y rapidez en la tramitación de estas acciones, la Ley 39/2002 modificó varios cuerpos legales preexistentes, señaladamente la LEC y otras leyes sectoriales sustantivas (entre ellas, la LCGC, la LCU, la Ley General de Publicidad o la Ley de Crédito al Consumo). Con posterioridad, se aprobó la Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que sustituyó a la anterior Directiva 98/27/CE.
4. La práctica en los tribunales en procesos colectivos ha demostrado que la regulación hasta ahora vigente contiene lagunas que han obstaculizado el objetivo último de estas acciones consistente en facilitar a los consumidores y usuarios medios eficaces para la defensa de sus derechos³. De ahí que la Unión Europea se encuentre elaborando una nueva Propuesta de Directiva relativa a acciones de representación para la protección de intereses colectivos de los consumidores cuyo

¹ En el sistema estadounidense se contemplaron por primera vez las denominadas *class actions* en 1938 en la norma 23 de la *Federal Rules of Civil Procedure*, posteriormente modificada en 1966 y 2005.

² En concreto, la LEC reguló la capacidad para ser parte de los grupos de consumidores (art. 6.7º), la legitimación activa para ejercitar acciones colectivas (art. 11), la publicidad e intervención en el proceso (art. 15), la especial competencia territorial (art. 52), la regla particular de acumulación de procesos (art. 76), el contenido de la sentencia (art. 221), el tipo de procedimiento por el que debe tramitarse (arts. 249 y 250), las diligencias preliminares a solicitar en estos casos (art. 256.1.6º), el trámite de reconocimiento de beneficiados en sede de ejecución (art. 519) y la aplicación de multas coercitivas en caso de retraso en la ejecución de la resolución (art. 711.2).

³ Considerando 10 de la Directiva 93/13/CE y Considerando 4 de la Directiva 2009/22/CE.



objeto es «modernizar y sustituir» la Directiva 2009/22/CE, y que ya prevé que deberá complementarse con normas procesales específicas a escala nacional⁴.

5. A la reciente y deficiente regulación, se une el hecho de que la acción colectiva ha sido un instrumento de escasa utilización por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, que son las demandantes más habituales en este tipo de acciones a quienes se concede una legitimación extraordinaria para representar el interés supraindividual de los consumidores⁵. Su presencia ha pasado de ser simbólica hace una década a tener una relativa proliferación en los tribunales. Aun así, suelen ser más habituales los procedimientos individuales en masa iniciados por los propios consumidores o por las asociaciones de consumidores en representación de aquéllos.
 6. A ello se añade también que las demandas colectivas incorporan en ocasiones defectos de planteamiento (v.g. falta de identificación del interés –colectivo o difuso- defendido, que determina que no se efectúe adecuadamente desde el inicio la publicidad del proceso y el llamamiento a posibles afectados, o el ejercicio de acciones de cesación interesando su tramitación por la vía del juicio ordinario), que ralentizan y dificultan la debida tramitación del procedimiento, provocando una dilación contraria a la eficacia perseguida por el legislador. Muestra de ello son los numerosos recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal inadmitidos recientemente por el Tribunal Supremo debido al incumplimiento de requisitos legales tales como la ausencia de indicación de la infracción legal, la cita de preceptos heterogéneos o la falta de claridad⁶.
 7. Todo ello ha provocado que existan escasos antecedentes jurisprudenciales de tribunales inferiores y que se hayan elevado y resuelto aún menos asuntos ante el Alto Tribunal. Una de las cuestiones objeto de desarrollo jurisprudencial ha sido precisamente la tratada en el Auto de 20 de marzo de 2019 comentado, esto es, la aplicación del control abstracto de transparencia en el marco de acciones colectivas relativas a nulidad de condiciones generales de la contratación. No obstante, el concepto de *control abstracto* plantea dudas en cuanto a su aplicación y extensión a otros procesos colectivos en los que la acción ejercitada precise del análisis individualizado de las circunstancias concurrentes para valorar una concreta práctica ilícita o abusiva.
- 2. Introducción y desarrollo del concepto de «control abstracto» de las acciones colectivas por el Tribunal Supremo en el que se basa el Auto de 20 de marzo de 2019.**
8. El Auto de 20 de marzo de 2019 resuelve inadmitir el recurso de casación interpuesto por una entidad financiera en el ámbito de una acción colectiva de cesación que tenía por objeto la nulidad

⁴ Véase Exposición de Motivos, pág. 4.

⁵ En otras ocasiones es el Ministerio Fiscal quien ejercita acciones colectivas, no como mero interviniente, sino como único demandante (SAP A Coruña 128/2018, de 5 de abril -JUR 2018\151688-).

⁶ Autos del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2018; 26 de septiembre de 2018; 19 de septiembre de 2018; 12 de septiembre de 2019 y 21 de febrero de 2018.



de las cláusulas suelo suscritas por aquella con sus clientes consumidores. La entidad fundó el interés casacional en la oposición de la Sentencia de segunda instancia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que la transparencia puede ser acreditada mediante una pluralidad de medios⁷. La recurrente alegó la concurrencia de determinadas circunstancias que acreditaban en todo caso la superación del control de transparencia, como son, la entrega en tiempo y forma de la oferta vinculante y la propuesta de préstamo, las advertencias del notario, el perfil especialmente cualificado del consumidor, los casos de compraventa con subrogación hipotecaria en la que ya estaba contenida la cláusula en el préstamo promotor o aquellos en los que se hubiera producido una novación expresa de la cláusula suelo.

9. La Sala Primera acuerda inadmitir el recurso de casación por falta de justificación del interés casacional al considerar que la Sentencia de segunda instancia no se opone a la jurisprudencia dictada sobre la cuestión litigiosa. Señaladamente, el Alto Tribunal resuelve que el control de transparencia es un «*parámetro abstracto*» de validez de la cláusula predispuesta y que, si bien no existen medios tasados para obtener el resultado de un consumidor perfectamente informado - pudiendo alcanzarse el mismo por una pluralidad de medios-, «*el juicio de transparencia en el marco de la acción colectiva no puede verse limitado por cuestiones como el perfil concreto del consumidor que esta sala, a salvo de excepciones, no ha considerado como determinante para superar el control de transparencia (especialmente en el marco de las acciones colectivas y dada su configuración como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta)*». En definitiva, el razonamiento que subyace a la decisión del Tribunal parece ser la imposibilidad de atender a circunstancias particulares al aplicar un juicio abstracto de transparencia en el marco de una acción colectiva.
10. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 –precursora del control abstracto de transparencia en las acciones colectivas de cláusulas suelo- y las resoluciones que después han desarrollado dicha jurisprudencia (entre ellas, las Sentencias 138/2015, de 24 de marzo, y 705/2015, de 23 de diciembre) han dejado sentado que las cláusulas que definen el objeto principal de los contratos de préstamo hipotecario celebrados por entidades bancarias con consumidores y usuarios –en ese caso, las cláusulas *suelo*- están excluidas de un eventual control jurisdiccional de su contenido. No obstante, pese a que no es posible controlar el carácter abusivo de estas cláusulas, sí están sometidas a un doble control de transparencia, en el que se ha de diferenciar (i) de un lado, el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación, y (ii) de otro lado, el control de transparencia propiamente dicho, que sólo aplicaría a las cláusulas contenidas en contratos suscritos con consumidores. Solo si la cláusula no superase ese doble control de transparencia, el juzgador quedaría habilitado para analizar su posible abusividad y, con ello, su eventual nulidad.
11. La Sala Primera definió ya entonces el control de transparencia como un «*parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”*» (p. 210). Esta calificación ha sido refrendada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su Sentencia de 28 de julio de 2016 (caso *Verein für Konsumenteninformation vs. Amazon Eu Sarl*) declaró que el hecho de que la acción colectiva «no se

⁷ Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013, en relación con la STS 241/2013, de 9 de mayo.



dirija contra los contratos individuales efectivamente celebrados es inherente a la propia naturaleza de esa acción colectiva y preventiva, en el marco de la cual se efectúa un control abstracto»⁸.

12. El Tribunal Supremo ha desarrollado el concepto de control abstracto en el ámbito de las acciones colectivas añadiendo que dicho juicio opera tomando en consideración dos variables esenciales: la «conducta estándar del predisponente respecto de la información sobre la carga económica y prestacional que suponía la cláusula suelo» y el perfil del «consumidor medio» del producto⁹.
13. La doctrina jurisprudencial ha ido completando la figura del control abstracto mediante otras resoluciones recientes en las que ha dejado sentado, entre otras cuestiones, que cuando se enjuicia una acción colectiva de cesación no es posible utilizar la interpretación *contra proferentem* de las condiciones generales de la contratación, lo que lleva a que el tribunal «deba decidir si la redacción de la condición general admite significados que harían incurrir a la cláusula en la abusividad proscrita por la Directiva 93/13/CE y las normas nacionales que la desarrollan, por más que en un asunto en el que se estuviera ejercitando la acción individual tal resultado pudiera evitarse mediante una interpretación estricta de la expresión, en perjuicio del predisponente y en beneficio del consumidor» (STS 631/2018, de 13 de noviembre).
14. El Tribunal Supremo se remite, pues, a la mera redacción de la condición general de la contratación litigiosa para valorar la transparencia de la misma, lo que podría solaparse con el control de inclusión o incorporación que se ciñe precisamente a analizar la claridad gramatical de las cláusulas, y reconoce que de esta forma podrían darse situaciones en las que se declare la nulidad de una condición que analizada individualmente pudiera ser válida. De hecho, así ha acontecido en la STS de 9 de marzo de 2017, en la que el Tribunal Supremo ha reconocido la validez de una cláusula suelo en atención a las circunstancias particulares concurrentes en dicho caso.
15. No obstante, lo anterior, el Alto Tribunal justifica la procedencia de realizar el juicio abstracto en las acciones colectivas porque, en caso contrario, se «obligaría» a cada consumidor a litigar para que se declare la condición general abusiva y ello supondría un «obstáculo» difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna (STS 138/2015, de 24 de marzo).
16. La generalidad del juicio abstracto se funda por tanto en el carácter tuitivo que inspira la normativa de protección de los consumidores y usuarios. No deja de ser sin embargo cuestionable la aplicación de dicho control abstracto a todo tipo de acciones colectivas, especialmente las que excedan de la mera valoración sobre la redacción de una condición general de la contratación.
17. Así, parece que no existiría ninguna duda en aplicar el control abstracto a casos como el de la acción colectiva de cesación relativa a la cláusula de redondeo al alza (STS 861/2010, de 29 de

⁸ Véase también la STJUE de 9 de septiembre de 2004 (asunto C-70/03).

⁹ Dicho razonamiento se funda en lo resuelto por el Tribunal Supremo en las Sentencias 241/2013, de 9 de mayo; 138/2015, de 24 de marzo; 705/2015, de 23 de diciembre; y 367/2017, de 8 de junio.



diciembre), pero tal vez resulte discutible en otro tipo de acciones colectivas en las que la condición general litigiosa o la práctica abusiva están vinculadas a comportamientos previos a la contratación o a apreciaciones subjetivas de cada consumidor; o en los que directamente se plantea la concurrencia de un error en el consentimiento con carácter colectivo, error o vicio del que expresamente se ha apartado el Tribunal Supremo al definir la transparencia, como antes hemos expuesto (un ejemplo de ello serían las acciones colectivas en las que se solicita la nulidad de la cláusula multidivisa de las hipotecas).

18. Los tribunales inferiores han cuestionado de hecho la aplicación del control abstracto en dichos casos. Cabe destacar las conclusiones alcanzadas al respecto por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto de 28 de septiembre de 2017 (rollo de apelación 764/2016), en el que, si bien acata la doctrina del Tribunal Supremo, pone de manifiesto la dificultad de aplicarla dada la necesidad de analizar el grado de información dispensado por la entidad desde la génesis de cada concreto contrato (en ese caso se trataba de la nulidad de cláusulas suelo). En concreto, la Ilma. Sala sostiene que *«aparentemente esa doctrina jurisprudencial presentaba graves dificultades para ser aplicada en el terreno del control abstracto de abusividad, dada la vinculación que exige la declaración de abusividad al desarrollo de la génesis concreta de cada contrato, en relación con cada consumidor. Así, el grado de información dispensado por la entidad bancaria puede ser suficiente para disipar las dudas de transparencia sobre el alcance obligacional de la cláusula a ciertos consumidores, por su formación o experiencia, y no para otros, como expresamente se recoge en la STS nº 171/2017, de 9 de marzo, a. Caja Teruel»*.
 19. En definitiva, aun partiendo de la necesaria abstracción requerida por un procedimiento colectivo, ha de tenerse en cuenta que la actual conceptualización dada por la jurisprudencia al control abstracto se ha formulado hasta ahora en el ámbito de acciones colectivas que planteaban la nulidad por abusivas de condiciones generales de la contratación. Dicha doctrina tal vez tenga que ser matizada o adaptada cuando se planteen ante el Tribunal Supremo otros casos relativos a acciones colectivas que precisen atender a las circunstancias individuales de cada perjudicado, bien sea exigiendo que las reclamaciones se tramiten mediante demandas individuales (y que en su caso se acumulen las que reúnan los requisitos del art. 72 LEC) o bien permitiendo que dentro del juicio abstracto se excluyan de la nulidad determinados grupos de consumidores que ostenten características comunes, que es lo que perseguía el recurrente en el caso que resuelve el Auto analizado.
- 3. Aplicación del control abstracto en procedimientos que precisan de un análisis individualizado.**
20. En atención a lo expuesto, cabe plantearse si el control abstracto es aplicable en cualquier caso o si incluso cualquier acción podría ser objeto de enjuiciamiento colectivo, incluidas las acciones de naturaleza civil como la de anulabilidad por vicio o error en el consentimiento.



21. La respuesta debería ser inicialmente negativa¹⁰. En primer lugar, porque nuestro ordenamiento jurídico tan sólo prevé la posibilidad de ejercitar de forma colectiva determinadas acciones concretas, esencialmente, las previstas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley General de Publicidad.
22. Sin embargo, no existe ninguna norma expresa que posibilite el ejercicio de acciones colectivas basadas en preceptos del Código Civil. En este sentido, la vigente Directiva 2009/22/CE prevé el ejercicio de acciones de cesación en el ámbito de las materias de consumo enumeradas en su Anexo I¹¹, todas ellas relativas a normas sectoriales pero no a normas civiles generales. La Propuesta de Directiva sobre acciones de representación ha previsto igualmente el ejercicio de acciones de cesación y acciones colectivas de indemnización en las materias contempladas en su Anexo I. Si bien dicho Anexo ha añadido otras normas sectoriales, continúa sin hacer mención a las normas civiles generales.
23. De otro lado, hay que tener en cuenta que la previsión contenida en el párrafo cuarto del artículo 53 TRLGDCU se refiere a la posibilidad de acumular a la acción colectiva de cesación otras acciones individuales (entre las que se encuentran la de anulabilidad, incumplimiento de obligaciones, resolución o rescisión contractual). El hecho de que la acción principal sea de naturaleza colectiva (interés supraindividual), no implica que las accesorias sean de la misma naturaleza subjetiva (intereses individuales plurales u homogéneos).
24. El apartado cuarto del citado precepto fue introducido en virtud de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, a propósito de las enmiendas del Grupo Parlamentario de Izquierda Plural (enmienda núm. 11) y el Grupo Parlamentario Mixto (enmienda núm. 62), en las que propusieron expresamente la adición de dicho párrafo para permitir que *«a cualquier acción de cesación prevista por el ordenamiento jurídico que se interponga se podrá acumular la acción de indemnización y resarcimiento en favor de consumidores concretos perjudicados por una conducta o cláusula abusiva, lo que dotaría de mayor efectividad y alcance a la regulación material sobre acción colectiva de cesación»*.
25. El objetivo de la modificación legal que introdujo el párrafo cuarto era, pues, el de incluir la posibilidad de que *«consumidores concretos»* puedan acumular acciones individuales a la de cesación con el fin último de que se especifique –dentro del procedimiento colectivo- el alcance que tendría

¹⁰ La STS 89/2017, de 15 de febrero, ha resuelto una acción colectiva en la que se ejercitaba una acción de indemnización por daños y perjuicios asociados a la resolución o nulidad de un contrato y a un error en el consentimiento. Si bien la Sentencia no se pronuncia expresamente sobre la aplicación en estos casos del control abstracto, confirma la sentencia de segunda instancia que resolvió lo siguiente: *«Es improcedente el ejercicio de una acción colectiva de nulidad por incumplimiento de las obligaciones informativas y deficiente consentimiento informado, pero basada en circunstancias estrictamente individuales, como por definición es un vicio del consentimiento y/o dolo»*.

¹¹ Véase art. 1.



para esos concretos consumidores el efecto resarcitorio o indemnizatorio derivado de las cláusulas abusivas.

26. En segundo lugar, un enjuiciamiento colectivo de una acción de nulidad fundada en las citadas infracciones puramente «civiles» atentaría contra la propia naturaleza de la acción, de carácter personalísimo y para cuya resolución se hace necesario un análisis de las circunstancias específicas de cada consumidor perjudicado. No se trata de una acción de nulidad de cláusulas abusivas o de no incorporación de condiciones generales, cuya valoración puede efectuarse en abstracto teniendo en cuenta el estándar de actuación general de la demandada para con los consumidores que contrataron este tipo de hipotecas.
27. Existen determinados intereses individuales que, por ser coincidentes u homogéneos con los de un grupo mayor o menor de personas, pueden ejercitarse de forma colectiva. La tutela de tales intereses puede, por tanto, canalizarse no solo por medio de demandas individuales, sino también mediante una demanda colectiva, sin que ello en modo alguno comporte que tales intereses muten su naturaleza individual, por lo que con independencia de cómo se articule su defensa deberían tener un tratamiento individualizado o cuando menos segmentado en el procedimiento.
28. Así lo han reconocido algunos tribunales inferiores incluso en el caso de acciones colectivas fundadas en la falta de transparencia y abusividad de condiciones generales¹² y, especialmente, en el caso de ejercicio de acciones fundadas en el Código Civil (de anulabilidad por vicio en el consentimiento, incumplimiento contractual, etc.) que precisan necesariamente de un examen individualizado de las circunstancias acaecidas en cada caso¹³.
29. Habrá que esperar a que el Tribunal Supremo resuelva expresamente la cuestión y sienta doctrina al respecto, de forma que se aclare si el control o juicio abstracto propio de los procesos colectivos es aplicable con independencia de la naturaleza de la acción en que se funden o si, por el contrario, ha de ser matizado.

Publicado en: Revista Aranzadi Doctrinal, nº 7/2019 (julio).

¹² Sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de julio de 2017.

¹³ Auto de 6 de marzo de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid; Auto 18/2013, de 31 de enero, de la Audiencia Provincial de Alicante, Auto de 15 de febrero de 2013 de la Audiencia Provincial de La Coruña y Sentencia 197/2008, de 9 de junio, de la Audiencia Provincial de Valencia.