

DEFENSA COLECTIVA DE LOS CONSUMIDORES ANTE PRÁCTICAS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

Ponencia de las Jornadas de ADICAE 'Sin acción colectiva no hay justicia para los consumidores', 2 de octubre de 2014

Matilde Cuenca Casas
Catedrática (acreditada) de Derecho Civil
Universidad Complutense
Editora del blog ¿Hay Derecho?

I. SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Resulta desde luego oportuno en el contexto económico actual abordar el tratamiento de la defensa colectiva de los consumidores ante prácticas y cláusulas abusivas. Al consumidor se le pueden reconocer muchos derechos sustantivos, pero desde luego han de otorgársele mecanismos procesales que posibiliten su ejercicio y en esto ha fallado el legislador, a mi juicio premeditadamente. La protección del consumidor es meramente nominal, para “cubrir el expediente” con las exigencias de la UE y con una regulación lamentable, dispersa que constituye un auténtico rompecabezas normativo inasumible casi por los profesionales del derecho. Nuestra legislación sigue siendo, incluso después de las reformas realizadas a impulsos del TJUE, claramente **pro creditoris**.

No obstante, a pesar del evidente interés del tema, hay que tener presente que la inclusión de cláusulas abusivas no es la CAUSA de la crisis financiera actual, ni de la condena a la exclusión social a la que se han visto abocados los consumidores que han contratado préstamos hipotecarios por la pérdida de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual. **No hay que perder de vista la causa real de la situación para no pretender curar la enfermedad con la medicina inadecuada.**

Resolver el problema del control de inclusión de cláusulas abusivas en contrato de préstamo hipotecarios no es la solución al problema del sobreendeudamiento hipotecario, el cual se ha producido por una **concesión**

irresponsable de crédito por parte de las entidades financieras que no han cumplido su obligación de evaluar la solvencia del deudor en la concesión de préstamos hipotecarios¹. No se ha evaluado la capacidad de reembolso del deudor y se han concedido los préstamos teniendo en cuenta el valor de tasación del bien dado en garantía, sobrevalorado para poder cumplir al menos nominalmente con las exigencias de la Ley de Mercado Hipotecario, con objeto de que tales activos pudieran servir para la refinanciación de las entidades. Todo ello, a la vista ciencia y paciencia del organismo supervisor.

Si a ello le acompañamos una **legislación concursal claramente *pro creditoris*** sin un adecuado régimen de segunda oportunidad² que si bien no vale para exonerar deuda hipotecaria sí sería un instrumento hábil para resolver el problema de la deuda pendiente tras la ejecución; con un régimen en la que el prestamista irresponsable dispara con “cañones recortados”, no pudiéndose paralizar la ejecución de la garantía hipotecaria tras la declaración de concurso del deudor cuando se trata de vivienda habitual y manteniendo un crédito privilegiado al margen de su comportamiento, el resultado está servido: **relaciones jurídicas desequilibradas de alto riesgo para el consumidor que es condenado a la exclusión social cuando se encuentra en imposibilidad de pago de sus obligaciones por circunstancias sobrevenidas.**

La causa del desastre que hemos vivido y seguimos viviendo se encuentra en un **problema de comportamiento** de las entidades y siendo este diagnóstico certero, la recientemente aprobada Directiva UE de 4 de febrero de 2014 ha dedicado especial atención a esta obligación del prestamista de evaluar la solvencia del deudor que no debe basarse predominantemente en el valor del inmueble. Añade un dato decisivo y es **la obligación del prestamista de denegar el préstamo ante un resultado negativo del test de solvencia**³,

1

Cfr. Mi trabajo <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/el-notario-2r/3684-prestamo-responsable-informacion-crediticia-y-proteccion-de-datos-personales>

2

http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf <http://hayderecho.com/2013/04/10/la-exoneracion-de-deudas-es-mejor-que-la-dacion-en-pago-pero-no-asi/>

3

<http://elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios>

2

eso sí, sin establecer cuál deba ser la sanción por incumplimiento de tal obligación, aspecto que deja al arbitrio de los Estados miembros.

En algunos Estados ya se ha previsto la pérdida de intereses moratorios y remuneratorios. No es el caso de España que sigue quedándose en sanciones meramente administrativas. El origen del problema sigue sin resolverse siquiera a nivel comunitario que no ha abordado el instrumento indispensable para el adecuado control de las entidades financieras y de su cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia que es un cambio en la legislación de protección de datos personales⁴ o *credit reporting*. Sin proporcionar a las entidades información adecuada acerca de la solvencia de los potenciales clientes que la monopolizan por la protección a su intimidad financiera y quedando en manos de éstos el consentimiento a su cesión, difícilmente podrán las entidades valorar la solvencia del deudor y, por ende, responder por su incumplimiento. Legislación que será otro brindis al sol

No es éste el tema objeto de la presente ponencia pero creo que es necesario saber qué problema estamos queriendo resolver con el control de las cláusulas abusivas. Insisto: con este control no se resuelve el problema del sobreendeudamiento hipotecario y ello por más que algunas cláusulas abusivas (vencimiento anticipado, altos intereses moratorios) hayan agravado este sobreendeudamiento hipotecario de base. **Con una tutela contractual del consumidor no es suficiente.**

Pero lo cierto es que siendo dos cuestiones distintas, la sucesión de acontecimientos y las distintas sentencias del TJUE en materia de control de cláusulas abusivas, han mezclado ambos problemas pareciendo que con el **control contractual de los préstamos hipotecarios se resolvía el problema de miles de familias que iban a perder su vivienda.** De hecho, se ha producido un curioso efecto tras la famosa sentencia de 14 de mayo de 2013 (caso Azid) que ha permitido alegar el carácter abusivo de las cláusulas como causa de oposición (art. 557.1 y 695 LEC) en la ejecución hipotecaria de la mano de la Ley 1/2013 de 14 de mayo y la posibilidad de que el juez aprecie de

4

<http://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2012/02/15/credito-responsable-informacion-financiera-y-proteccion-de-datos-personales-8723/>

oficio tal abusividad (nuevo art. 552.1 LEC) Esta posibilidad ha permitido que se pararan ejecuciones hipotecarias que no podrían haberlo hecho por otra vía. **Indirectamente el problema del sobreendeudamiento hipotecario se ha atemperado a través de la reforma de una legislación que no era su causa directa.**

El panorama legislativo en España cuando emerge la crisis financiera era ciertamente desolador: prestamistas que no evalúan el riesgo generando un sobreendeudamiento masivo de particulares y que han actuado en situación de riesgo moral sin sufrir las consecuencias de su negligencia y prestamistas que, además, han plagado las escrituras de préstamo hipotecario de cláusulas abusivas, **conscientes de que el sistema de control judicial era sumamente deficiente y favorable a sus intereses. El remedio ha consistido en desnaturalizar el procedimiento de ejecución hipotecaria, algo que pagaremos todos.** Las medidas tienen que ser distintas. He seleccionado varias deficiencias en el control de cláusulas abusivas que entiendo tienen que ser subsanadas para una eficaz protección del consumidor impuesta por mandato constitucional en el art. 51 CE. **En la práctica tenemos un sistema que sigue siendo *pro creditoris* que solo aparentemente protege al consumidor.**

II. LA NECESIDAD DE TUTELA PREVENTIVA EFICAZ

Cuando emergió la actual crisis hipotecaria, la Asociación Hipotecaria Española, en palabras de su presidente, se defendió de los ataques diciendo: **“en nuestro país se garantiza la seguridad del tráfico jurídico mediante la participación tanto de un notario como de un registrador que velan por que las cláusulas contenidas en los contratos e inscritos en el Registro respeten la legalidad vigente”** .

Este argumento fue utilizado en la **STC de 18 de diciembre de 1981 y también en el Auto del TC 19 de julio de 2011** al defender la constitucionalidad de las disposiciones legales que limitan los motivos de oposición en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria⁵. No hay un adecuado control notarial y registral de cláusulas abusivas. **Lo cierto es que el**

5

hecho de la hipoteca se constituya en escritura pública y su inscripción sea constitutiva no protege al consumidor de la inclusión de cláusulas abusivas.

El problema reside en que la declaración de si una cláusula es abusiva o no solo puede llevarla a cabo un juez”. La Directiva 93/13 comunitaria no impone a los Estados miembros necesariamente un control judicial. Ésta se limitó a establecer unos objetivos sin acotar los medios para su consecución: Así el art. 7 de la Directiva 93/13: “*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 las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*”.

La opción del legislador español ha sido la del control judicial lo que hace que el sistema sea en sí mismo abusivo porque exige un sobreesfuerzo extraordinario del consumidor para defenderse del empresario lo que hace que su protección sea de muy bajo nivel.

A. Control Notarial

Dada la posición de inferioridad y desequilibrio contractual en la que se encuentra el consumidor, la tutela eficaz será la que se brinde en el mismo momento de celebración del contrato evitando tener que acudir a los tribunales para obtener una declaración de nulidad de las cláusulas.

El papel de funcionarios públicos independientes como notarios y registradores está desaprovechado en el Derecho Español:

En otro orden de cosas hay que señalar que el constituyente de la hipoteca ha consentido la oposición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. La hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, **con la especial garantía que ello trae consigo**, y se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título.

- Art. 84 TRLCU “Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”.

-

Los notarios solo pueden hacer un control de cláusulas ya declaradas nulas bien por constar así en la ley en la famosa lista negra (arts. 85 y siguientes TRLCU) o por sentencia judicial firme para cuyo conocimiento el Registro de Condiciones Generales de la Contratación es insuficiente por el retraso que acumula. No se pueden valorar cláusulas respecto de las que haya que realizar una ponderación y valoración en función de las circunstancias del caso concreto.

La función preventiva debe funcionar y donde funciona es en la formación del contrato porque una vez entregadas las prestaciones, solo un juez podrá declarar la nulidad, normalmente ante un incumplimiento del deudor con lo que se llegará tarde.

La Ley 1/2013 de 14 de mayo prevé que la escritura pública deba incluir una expresión manuscrita en los términos que determine el Banco de España en la que manifieste el prestatario que ha sido advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, siempre que se trate de persona física y se trate de préstamo hipotecario sobre vivienda habitual.

La fórmula manuscrita es insultante para el deudor y notario y no garantiza un control de inserción.

El legislador desaprovecha la preparación de estos colectivos que son funcionarios públicos permitiendo su actuación la fase final cuando ya una cláusula ha sido declarada abusiva, pero no en la fase previa.

El papel del notario se circunscribe, según el art. 147 del Reglamento Notarial:

“Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

El notario tiene obligación de informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y prestará asistencia especial al otorgante necesitado

de ella.

Vistas las nefastas consecuencias del deficiente sistema de tutela preventiva, el Consejo del Notariado ha creado el ORGANISMO DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. Cuando un notario considere que la cláusula del contrato pudiera ser abusiva (no las ya declaradas nulas) comunica esta circunstancia al órgano de control de cláusulas abusivas. Tal órgano la analiza y si considera que es abusiva se comunica al consumidor, a la entidad (que le vendrá bien saberlo por el coste reputacional que tiene una declaración de nulidad) o incluso al Ministerio Fiscal para que actúe.

Todo ello en la línea del nuevo art. 129 LH para el procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca⁶

Este tipo de actuaciones pueden ser de gran ayuda para que el legislador **actualice la lista negra de cláusulas abusivas y es útil precisamente en** contratos de préstamo hipotecario que se formalizan en escritura pública.

Vendría a ser algo parecido a lo establecido en Francia que ha creado un órgano administrativo COMISIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS⁷, en el que participan consumidores, magistrados, empresarios, académicos, elaborando un informe anual según los diversos sectores del mercado, que es objeto de difusión y que incentiva a los empresarios a rechazar el uso de este tipo de cláusulas e incluso tal informe y las recomendaciones en él contenidas sirven de base a los jueces para declarar la nulidad de las cláusulas.

B. CONTROL REGISTRAL

Los registradores tienen las mismas limitaciones que los notarios recogidas en art. 84 TRLCU. Su control se centra en cláusulas

- nulas por estar incluidas en la lista negra de los arts 85 y ss TRLCU
- contrarias a norma imperativa
- declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el Registro de CGC

Después de polémicas resoluciones de la DGRN (especialmente la de 24 de

6

f) “Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos”.

7

<http://www.clauses-abusives.fr>

7

julio de 2008)⁸, tras la nueva redacción que se dio al art. 12 LH por la Ley 41/2007⁹, es doctrina jurisprudencial consolidada que el control de cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte de una norma que lo exprese sin entrar en circunstancias del caso concreto.

Los notarios y registradores deben rechazar aquellas cláusulas financieras – incluidas las de vencimiento anticipado- si su nulidad es declarada por resolución judicial firme y aquellas cuyo carácter puede ser apreciado sin necesidad de hacer valoración del caso concreto.

Este control es insuficiente y ello ha provocado la desnaturalización del procedimiento de ejecución hipotecaria. ES NECESARIO ESTABLECER UN CONTROL DE LEGALIDAD PREVIO QUE PUEDA SER CUESTIONADO JUDICIALMENTE. Esta me parece una propuesta que necesariamente debe valorarse. El control judicial no está reñido con un control administrativo previo.

III. TUTELA COLECTIVA EFICAZ

Al margen de las dificultades que entraña la ya criticada opción escogida por el legislador de control judicial de las cláusulas abusivas, lo cierto es que las acciones colectivas constituyen el instrumento idóneo para la protección de los

8

Interpretación radical de la norma que cercena drásticamente la capacidad de calificación de los Registradores en un doble sentido: por un lado suprime in totum la calificación de todas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a que se refiere el párrafo segundo de la norma, y, por otro lado, restringe incluso la calificación de diversas cláusulas de estricta trascendencia real ajenas a las financieras, interpretando que las únicas cláusulas con efectos frente a terceros —únicas a las que se habría de limitar la calificación— serían las relativas al importe del principal e intereses, límites de responsabilidad hipotecaria de la finca, las relativas a la mera identificación de las obligaciones garantizadas y duración de estas. Esta interpretación sorprendentemente deja fuera de la calificación incluso muchos pactos de carácter o trascendencia estricta e inequívocamente real, pero que no son ni cláusulas financieras ni cláusulas de vencimiento anticipado

9

“En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

8

intereses de los consumidores frente a cláusulas abusivas incluidas en contratos con condiciones generales de la contratación.

El fenómeno de la contratación en masa, a través de contratos de adhesión en los que existe una predisposición contractual por parte del empresario, genera lesiones y abusos en masa. La respuesta individual de cada consumidor frente a los abusos es inoperante en términos de costes

Sobre el papel la utilidad de las acciones colectivas está clara: **amplían la puerta de entrada a la justicia y también la puerta de salida dando solución a personas que incluso no litigaron.**

Las acciones y procesos colectivos no solo benefician a los que han visto vulnerados sus derechos y que individualmente no pueden acceder a la justicia, sino también al poder judicial cuya actuación podría ser más eficaz y fluida al no tener que dictar una sentencia por cada expediente abierto con miles de demandas similares.

A su vez la posibilidad de ejercicio de acciones colectivas actúa en el terreno preventivo por su efecto disuasorio y el coste reputacional, siempre que el sistema sea eficaz. Como en tantas otras ocasiones el legislador parece que pretende una tutela del consumidor pero al final ésta es solo aparente. La regulación es prolija, compleja y presenta multitud de problemas.

Las acciones colectivas y la legitimación ampliada es un instrumento complementario, imprescindible para que se produzca un adecuado y eficaz desarrollo de la directiva de acuerdo con el principio efectividad.

Este objetivo no se ha logrado en España en el ámbito de la contratación de préstamos hipotecarios y buena prueba de ello es que al final las consecuencias las ha sufrido el proceso de ejecución hipotecaria tras la famosa sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Azid).

Una adecuada tutela preventiva del consumidor y un régimen eficaz de acciones colectivas deberían haber sido suficientes para proteger al consumidor por virtud del efecto disuasorio que tal regulación debía haber tenido para los empresarios y el sistema financiero. Sin embargo, ello no ha sucedido y el resultado es que las escrituras de préstamo hipotecario estaban plagadas de cláusulas abusivas y al final la protección se ha logrado aumentando las causas de oposición en el procedimiento de ejecución¹⁰

10

hipotecaria, desnaturalizándolo, lo que se traducirá en incrementos de costes de refinanciación en mercado secundario que se repercutirán en el coste crediticio para todos los consumidores. **El coste de la protección del consumidor será pagado por el propio consumidor.**

La protección del consumidor en la contratación de préstamos hipotecarios solo es eficaz si se arbitra, como he dicho, un adecuado sistema de tutela preventiva complementado con un eficaz régimen de acciones colectivas. La opción de resolver el problema por la vía de la modificación del proceso de ejecución es errónea y es la llevada a cabo por la Ley 1/2013 de Protección del Deudor hipotecario.

Al margen de lo dicho respecto del control notarial y registral de las cláusulas abusivas que es manifiestamente mejorable por cuanto la tutela judicial no viene impuesta por la normativa europea, es evidente que **la mejora de la regulación de la tutela a través del régimen jurídico las acciones colectivas se erige en prioridad legislativa.** En la actualidad existen numerosos OBSTÁCULOS al ejercicio de la acción colectiva.

1. Plazo de prescripción de la acción de cesación.

Sabiendo que el ejercicio de una acción colectiva es la que más daño puede hacer al predisponente que incluye cláusulas abusivas (en muchas ocasiones a sabiendas), resulta curioso que el estímulo que el legislador ha considerado necesario para que el empresario deposite las condiciones generales en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación haya sido precisamente la conversión de una acción imprescriptible en prescriptible, limitando su ejercicio a cinco años

Art. 19. 2 LCGC “No obstante, si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los cinco años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva”.

Vid. sentencia del Juzgado Mercantil nº3 de Barcelona (ponente: JM Fernández Seijo) de 5 de mayo de 2014. Se anula el proceso de ejecución y se ordena la entrega de la posesión del inmueble ejecutado al deudor que alegó en un proceso declarativo el carácter abusivo de la cláusula, siendo su pretensión estimada. <http://www.civil-mercantil.com/files-mercantil/NCJ058560.pdf>

Con la excepción del art. 19.3 Tales acciones podrán ser ejercitadas en todo caso durante los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de la acción individual. Precepto al que se remite el art. 56 TRLCU.

No hay que olvidar que el depósito de tales condiciones generales solo conlleva lo que se ha llamado una “calificación registral atenuada”: el registrador no hace un juicio de validez de las condiciones generales depositadas, sino solo de los requisitos legales y reglamentarios para que el depósito pueda verificarse. Se aleja de un sistema de inscripción y se acerca a uno de transcripción. La escasa garantía que ofrece la calificación registral no justifica el acortamiento del plazo prescriptivo de la acción de cesación. Creo que esto hay que cambiarlo, debiendo obligar a los empresarios por ley al depósito de las CGC.

A dicho precepto al que se remite el art. 56 TRLCU¹¹ lo que ha planteado la duda del alcance de tal remisión.

2. Obstáculos derivados de interpretaciones jurisprudenciales inadecuadas de la Ley de Protección de datos personales.

Obvia es la trascendencia del régimen de publicidad e intervención en procesos para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Y ello dados los efectos *ultra parte* que tendrán frente a los ausentes en el proceso la resolución que se adopte. De ahí el régimen de publicidad a que hace referencia el art. 15 LEC a través del llamamiento a los afectados para que puedan defender sus intereses individuales, así como la comunicación a que hace referencia el art. 15.3 LEC cuando los perjudicados estén determinados o sean fácilmente determinables (intereses colectivos) y siempre que no se trate de una acción de cesación (art. 15.4).

11

“Las acciones de cesación previstas en este título son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en el [artículo 19, apartado 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en relación con las condiciones generales inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación](#)”.

II.1. Llamamiento a los afectados (art. 15.1. LEC)

A tenor de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 15 de la LEC, en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios u otras entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de éstos y también por los grupos de afectados, se llamará al proceso a los consumidores o usuarios que resultaren afectados por el producto o servicio la finalidad de que puedan defender sus derechos e intereses individuales. Tal llamamiento lo hará el Secretario Judicial una vez que se haya admitido la demanda y se efectuará a través de medios de comunicación. La eficacia del llamamiento en el orden procesal varía en función de que nos encontremos en procesos que defiendan intereses colectivos o difusos

La finalidad del llamamiento previsto en el artículo 15.1 es clara: poner en conocimiento de los eventuales consumidores y usuarios perjudicados la existencia de un proceso en el que pueden tener interés en defender la misma u otra posición que la de la parte actora, para que, si lo desean, puedan personarse e intervenir en él. La importancia de esta personación radica en que los concretos consumidores o usuarios afectados podrán influir así en el contenido de la sentencia, que de todas formas les vinculará ex artículo 222.3 LEC por los efectos de la cosa juzgada.

Este llamamiento se concreta en la obligación de publicar la admisión de la demanda «en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses». Efecto del llamamiento es que el perjudicado afectado por el hecho dañoso podrá intervenir en el proceso, adquiriendo la condición de parte a todos los efectos, con la totalidad de cargas y obligaciones que de tal consideración se derivan, con las limitaciones del art. 13, por lo que puede mantener su pretensión aunque su litisconsorte renuncie así como recurrir independientemente de lo que éste haga, ya que siguen defendiendo un interés individual que puede también defender la asociación. El llamamiento es obligatorio pero la intervención del particular es voluntaria.

Incluso la ausencia de cumplimiento del requisito del llamamiento a los posibles perjudicados ha desembocado en alguna ocasión en la reducción de la legitimación reconocida de la asociación con respecto a los asociados en cuyo interés ejercitaba la acción y no al más amplio que pretendía el carácter

difuso.

2.2. Comunicación en caso de defensa de intereses colectivos.

Cuando los perjudicados por un hecho dañoso estén determinados o sean fácilmente determinables, el demandante deberá haber comunicado previamente el propósito de presentar la demanda a todos los interesados.

Con objeto de facilitar tal comunicación, el art. 256.1-6 LEC regula una diligencia preliminar específica consistente en la petición al tribunal de que adopte las medidas oportunas para proceder a averiguar los integrantes del grupo cuando no estando determinados su determinación no sea complicada. Se trata de una notificación individualizada y personal a los afectados, que debe realizarse por el demandante.

Se trata de un requisito de procedibilidad que de no cumplirse provocará la inadmisión de la demanda (art. 403 LEC interpretado en sentido amplio) Constituye una actividad previa a la demanda, de carácter extraprocesal y la forma será la que se estime más conveniente sin que la ley exija nada al respecto.

Pero además habrá que hacerse el llamamiento a través de medios de comunicación de la presentación de la demanda, lo cual podría haberse obviado si ya se les ha hecho la comunicación previa. Este llamamiento puede tener sentido para intereses difusos pero no colectivos. Solo se justifica el llamamiento cuando la comunicación ha sido ineficaz por falta de localización del consumidor.

Estos requisitos suponen un importante aumento de costes para la entidad demandante de tiempo y esfuerzo.

Con independencia del modelo escogido por el legislador que obstaculiza sobremanera el ejercicio de las acciones con requisitos de procedibilidad que solo se han atemperado para la acción de cesación en el art. 15.4 de la LEC, la realidad es que es llamativo el encomiable rigor con el que nuestros jueces y tribunales se han manejado con carácter general en la resolución de las distintas cuestiones procesales planteadas. Se puede decir que “no han pasado ni una”.

Buena prueba de ello son los obstáculos que se han encontrado las

asociaciones de consumidores cuando con objeto de cumplir con la preceptiva comunicación previa exigida por el art. 15 LEC, y por medio de la diligencia preliminar a que se refiere el art. 256.1.6º LEC han solicitado a las entidades (normalmente financieras) la entrega de los listados que contenían datos personales de los clientes que hubieran contratado determinados productos financieros para ponerlos a disposición de las asociaciones de consumidores para el ejercicio de acción colectiva por nulidad de cláusulas abusivas contenidas en los mismos.

¿Cómo puede la asociación demandante acceder a los nombres y datos personales de los afectados para efectuar la comunicación cuando se trata de datos personales protegidos constitucionalmente?

A primera vista y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 11.2 d) de la LOPD, no será preciso el consentimiento del titular de los datos *“cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario a los jueces o tribunales en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas”*. Sorprendentemente, el rigor de los tribunales se ha hecho notar de nuevo, pues la **sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 2012** dio la razón al BBVA que alegó la vulneración del art. 18 CE. La diligencia preliminar ordenada judicialmente con base en el art. 256.1 LEC no puede llevarse a cabo porque la entidad bancaria no puede entregar los datos personales de sus clientes sin contar con el consentimiento de aquéllos. Y todo porque el Juez no ha razonado la excepcionalidad de la medida solicitada, cuando la misma es necesaria para el cumplimiento de una disposición legal como es el deber de comunicación a los consumidores de la presentación de la demanda. Se imponen restricciones procesales y además se utiliza legislación de protección de datos personales como escudo protector de la “intimidad del consumidor y la protección de datos personales” que se vuelve en contra del mismo por cuanto obstaculiza la defensa de sus derechos.

Cierto es que el art. 15.4 exige de los requisitos de publicidad citados para las acciones colectivas, pero al tratarse de una diligencia preliminar en la que muchos aspectos de la acción a ejercitar pueden no estar determinados así como la pretensión indemnizatoria, las dificultades de acceso a los datos pueden ser un estímulo negativo para la actuación de las asociaciones de consumidores.

El BBVA presenta recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, falta de motivación de resolución recurrida cuando se trata de limitar derechos fundamentales (derecho a la intimidad y protección de datos), datos cuya custodia tratamiento y conservación corresponde a la entidad financiera.

El TC resuelve a favor de la entidad financiera y **en contra del criterio del Ministerio Fiscal** que afirma que

- El BBVA carece de legitimación activa para invocar vía recurso de amparo el derecho a la intimidad que corresponde a terceros. La entidad es solo depositaria de los datos y el derecho protegido es personalísimo.
- No esta en riesgo la intimidad económica de los clientes, sino solo datos de identificación personal que permitieran la comunicación de los mismos a fin de cumplir la carga procesal del art. 15 LEC. Son datos básicos para la autodeterminación personal . No son datos invasivos y no forman parte del ámbito propio y reservado al conocimiento de los demás.
- Aunque fueran datos personales, su cesión inconsentida está amparada por el art. 11 de la LOPD pues se solicitan por autoridad judicial con objeto de que la asociación de consumidores pueda cumplir un mandato constitucional contemplado en el art. 51 CE. Es decir se solicita la cesión con cobertura legal a través del órgano judicial lo que excluiría una eventual intromisión ilegítima.

Así lo ha manifestado la **Agencia de Protección de Datos (informe 0479/2005)**¹²:

“De lo dispuesto en el precepto transcrito (art. 11.2d) se desprende que con carácter general, siempre que una autoridad judicial considere necesaria la aportación de datos personales obrantes en poder de la Agencia Tributaria en los términos que el propio órgano determine, será necesario aportar dichos

12

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/cesion_datos/comon/pdfs/2005-0479_Cesi-oo-n-de-datos-en-procedimiento-judicial-sin-consentimiento-del-afectado.pdf

documentos pudiendo resultar la decisión de la entidad a que se solicitara la información de no facilitarla o facilitarla parcialmente, contraria a lo dispuesto en el artículo 118 de la CE, a cuyo tenor es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

En consecuencia, aún en el supuesto de que los datos personales requeridos por el órgano judicial excedieren de los referidos a las partes de un proceso, dicha cesión se encontraría amparada por lo dispuesto en el art. 11.2 d) de la LOPD sin perjuicio de la utilización de la reserva a favor del consultante de las acciones y recursos que en derecho pudieren corresponderle ante el órgano judicial, cesionario de dicha información que a su vez la pone a disposición de las partes en litigio”.

El eventual uso indebido de tales datos por ADICAE podría ser sancionado de acuerdo con la legislación vigente y ese riesgo no puede justificar el acceso a un recurso de amparo.

A juicio del Tribunal Constitucional, hay cobertura legal para la diligencia preliminar adoptada (art. 11.2.d LOPD y 256 LEC), pero se infringe el art. 258 LEC¹³ que establece las condiciones de adecuación, justa causa e interés legítimo como presupuesto para las diligencias preliminares. Se alega falta de motivación orientada a justificar la limitación del derecho fundamental afectado sobre todo cuando el art. 15.4 excluye esa necesidad de comunicación y la acumulación de acciones no estaba justificada. Tampoco se ha hecho en la solicitud judicial de los datos un adecuado juicio de proporcionalidad motivándose que no existía otra medida menos lesiva para los integrantes del grupo.

Como se puede apreciar no es la normativa contenida en la LOPD la que constituye un obstáculo para el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad que impone la LEC para el ejercicio de las acciones colectivas. El problema es la

13

Artículo 258 Decisión sobre las diligencias preliminares y recurso 1. *Si el tribunal apreciare que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión, fijando la caución que deba prestarse. El tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerare que éstas resultan justificadas. La solicitud deberá resolverse en los cinco días siguientes a su presentación.*

interpretación sumamente restrictiva que de la misma se ha hecho, en contra de las directrices de interpretación impuestas por la Agencia de Protección de Datos personales.

La STC 26 de noviembre de 2012 sigue el mismo criterio que la citada si bien se trata de un recurso de amparo interpuesto por las personas físicas cuyos datos se entregaron a la asociación de consumidores quienes además recurrían por lesión al derecho de tutela judicial efectiva al haber desestimado el juez de instancia su derecho a personarse en el proceso en fase de diligencias preliminares.

Esta restrictiva interpretación de la LOPD puede hacer inviable la protección que recoge la nueva LEC, 1/2000 posterior a aquella de cuyos preceptos claramente se desprende la orientación de la misma de permitir a través de asociaciones la defensa de intereses difusos o generales, que sería imposible de elegir una limitada interpretación de la ley procesal. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2009)

El destinatario de la cesión es la autoridad judicial con objeto de permitir a un legitimado activamente como es la asociación de consumidores cumplir con el mandato constitucional de la protección del consumidor. Decir que el destinatario es ADICAE y que no entraría en la excepción del consentimiento del titular de los datos es ridículo. En todo proceso judicial hay dos partes y cuando se oficia al juez para obtener una información, en última instancia el demandante de la misma es el beneficiario de tal petición. No se puede interpretar el art. 11 LOPD alterando su espíritu y finalidad, violentándose el art. 118 CE, tal y como ha señalado la Agencia de Protección de Datos.

Distinta ha sido la tesis mantenida por la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de enero de 2013 que se pronuncia sobre la misma cuestión, con la peculiaridad de que no se plantea en sede de diligencias preliminares, sino de ejecución de sentencia.

Cuando los beneficiados por una sentencia que ponga fin a una acción colectiva se encuentren indeterminados (intereses difusos), ello impide que pueda procederse a la ejecución de la sentencia, de ahí la necesidad de su

determinación. El incidente del art. 519¹⁴ es presupuesto necesario para que pueda llevarse a cabo la ejecución y, por tanto, condición de la tutela judicial efectiva de estos intereses. No han faltado quienes mantienen que este incidente se puede tramitar también en caso de intereses colectivos cuando en la sentencia no se ha podido determinar individualmente a los consumidores.

En la SAP de Barcelona de 24 de enero de 2013 se trataba de un juicio ordinario promovido por Ausbanc frente a una entidad financiera. Se dictó sentencia que tras declarar la nulidad por abusiva de una condición general de la contratación contenida en los préstamos hipotecarios utilizados por la entidad demandada, condenó a la misma a “eliminar a sus expensas dicha CGC y a abstenerse de utilizarlas en el futuro, así como a devolver a los clientes afectados las cantidades cobradas en exceso con sus intereses”.

Para permitir la ejecución de sentencia, el fallo indicaba que la demandante **“deberá comunicar a todos los interesados la parte dispositiva de esta sentencia y la demanda ejecutiva, previa obtención de la entidad condenada de un listado de todos los clientes afectados, imponiéndose a esta parte la referida obligación de facilitar el listado para el buen fin de la ejecución”**.

Instada por la demandante la ejecución, la demandada se opuso invocando, entre otros motivos, la inconstitucionalidad de la medida porque su cumplimiento supondría vulneración de los derechos a la intimidad y protección de datos de los usuarios afectados que, aun no habiendo sido formalmente parte en el pleito eran en realidad los auténticos beneficiarios de la acción (para la tutela de intereses colectivos) ejercitada en la demanda.

Contesta la Audiencia que concurren en autos los presupuestos habilitantes necesarios para la exigencia de dichos datos porque nos encontramos ante una ejecución de sentencia firme recaída en un proceso declarativo con eficacia de cosa juzgada.

14

“Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados”.

Además:

1. No es preciso el consentimiento del afectado cuando los datos tienen como destinatario los jueces y tribunales (art. 11.2.d LOPD) en el ejercicio de sus funciones entre las que se encuentra hacer ejecutar lo juzgado

2. La pretensión del demandante es exigir el cumplimiento de una sentencia pretensión amparada por el derecho a la tutela judicial efectiva. La oposición alegada no se encuentra en los motivos contemplados en art. 556 y 559 LEC.

3. Podría obviar el demandado la lesión efectiva de tales derechos dando cumplimiento voluntario a la sentencia: eliminando del contrato la cláusula nula y devolviendo las cantidades percibidas de forma indebida o comunicando la sentencia a los afectados. Cumplimiento que sería verificado por una auditoría realizada por tercero ajeno a las partes.

Aunque en esta sentencia la solicitud de los datos no era en diligencias preliminares sino en ejecución de sentencia, entiendo que la argumentación es la misma en ambas hipótesis. La necesidad de comunicar la iniciación de proceso (art. 15 LEC) y la ejecución de sentencia en intereses difusos obedece a una exigencia elemental fruto de la extensión de efectos de cosa juzgada. El derecho a la tutela judicial efectiva y la propia razón de ser de las acciones colectivas exige la modulación de otros derechos fundamentales como la protección de datos, modulación que encuentra cobertura legal en la propia LOPD.

El bloqueo a la comunicación de afectados puede limitar su derecho a la tutela judicial efectiva por la vía de las acciones colectivas lo que puede comprometer en definitiva la protección del consumidor que nuestro legislador ha optado por dejarla en manos del juez cuando se trata de cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario. Si a ello le uníamos los problemas que se suscitaban en la fase de ejecución, el resultado era que la tutela de la "intimidad" del consumidor se vuelve en contra del propio consumidor y está siendo un poderoso instrumento de defensa de las entidades financieras. Esperemos que los tribunales introduzcan la flexibilidad adecuada en la interpretación de este endiablado bloque normativo que solo formalmente tutela los derechos de los consumidores.

