



NÚM. ESPECIAL

REVISTA JURÍDICA SOBRE CONSUMIDORES Y USUARIOS

I Congreso sobre el principio de
transparencia en la contratación
predispuesta y su proyección
como valor transversal en la
sociedad

v|lex

SUMARIO

► Editorial

Javier Orduña Moreno	5
<i>Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valencia</i>	
Jesús M.ª Sánchez García	5
<i>Secretario Junta Gobierno del ICAB</i>	

► Foro doctrinal

El vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria

Dr. Federico Adán Domenech	7
<i>Profesor de Derecho Procesal, acreditado como Catedrático de la Universidad Rovira i Virgili. Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Tarragona</i>	

Condición de consumidor, como en *las cosas del querer*

Juan Añón Calvete	19
<i>Abogado</i>	

Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes

Sergio Cámara Lapuente	26
<i>Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja</i>	

Formulario: Oposición a la ejecución hipotecaria

Paz Cano	44
<i>Abogada</i>	

Principio de transparencia e IRPF

Carolina del Carmen Castillo Martínez	56
<i>Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia nº 4 de Castellón. Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente). Profesora Asociada de Derecho Civil. Universitat de València. Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación</i>	

2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

[3] STJCE 10-4-2008 (C-412/06, Hamilton), STCE 25-10-2005 (C-350/03, Schulte), STS n.º 16/17, del Pleno de la Sala 1ª, de 16-1-2017, STS n.º 506/17, de 19-9-2017, STS n.º 465/18, de 19-7-2018, STS n.º 518/19, de 4-10-2019.

[4] Considerando 17 de la Directiva 93/13, STJCE de 20 de enero de 2005 (C-464/01, Gruber, STS n.º 224/17 de 5-4-2017).

[5] Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en

sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y otras.

[6] Ley 42/98, de 15 de diciembre, que traspone la Directiva 94/47/CE, derogada por la Directiva 2008/12, de 6 de julio, para cuya trasposición se aprobó la Ley 4/12 de 6 de junio de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

HACIA EL CARÁCTER ABUSIVO DIRECTO DE LAS CLÁUSULAS NO TRANSPARENTES¹

Autor: Sergio Cámara Lapuente

Cargo: Catedrático de Derecho Civil. Universidad de La Rioja

Resumen: A la vista de la evolución jurisprudencial mutante tanto del TJUE como del TS, el autor aboga, sobre la base de algunos recientes fallos judiciales y nuevas reglas y documentos de las instituciones europeas y españolas, por ofrecer argumentos a favor del carácter abusivo directo de las cláusulas predisuestas no transparentes, como ya hacen estos tribunales de forma acotada solo para algunas estipulaciones concretas, revirtiendo así la clara tendencia general a efectuar un ulterior control pleno de contenido abusivo con verificación de todos los parámetros de los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 (abusividad ponderada) cuando no se supera el filtro de la transparencia "material".

Palabras clave: Transparencia, cláusula abusiva, cláusulas suelo, préstamo multdivisa, protección del consumidor.

Abstract: Having into account the changing case law developments of both the CJEU and the Spanish Supreme Court, the author advocates, on the basis of some recent judgments and new rules and documents published by the European and Spanish institutions, to offer arguments in favour of the direct unfairness of non-transparent pre-arranged terms, as these courts already do in a limited way only for some specific stipulations. With this proposal, it is possible to reverse the clear general tendency to carry out a subsequent full control of the unfair content with verification of all the criteria of Arts. 3.1 and 4.1 of Directive 93/13 when the filter of "material" transparency is not passed.

Keywords: Transparency, unfair terms, floor clauses, loan in foreign currency, consumer protection.

SUMARIO

- I. NOCIONES ESENCIALES PARA UN CORRECTO ENFOQUE DE LA CUESTIÓN
 1. El fundamento del control de transparencia está en el deber de suministrar información precontractual
 2. La distinción entre conocer, comprender, negociar y consentir
- II. LA CONEXIÓN ENTRE FALTA DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD
 1. Estado actual de jurisprudencia del TJUE y el TS (menos uniforme de lo que parece)
 2. Argumentos a favor del carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes
- III. CONCLUSIONES

I. NOCIONES ESENCIALES PARA UN CORRECTO ENFOQUE DE LA CUESTIÓN

1. El fundamento del control de transparencia está en el deber de suministrar información precontractual

Para centrar la relación entre falta de transparencia y abusividad desde postulados conceptuales certeros es preciso partir de dos ideas: en primer lugar, el *fundamento o función del principio o deber de transparencia* en los contratos de adhesión, afirmado desde el inicio tanto por el TJUE² como por el TS³, estriba en el deber de suministro de información precontractual por parte del empresario y que esa información se redacte y transmita de manera clara y comprensible para que el consumidor pueda conocer la carga jurídica y económica que comporta la estipulación. El énfasis, por lo tanto, radica en los deberes del predisponente, no en la diligencia, habilidades o conocimientos del adherente para hallar por sí esta información crucial. La pro-

pia denominación del principio en Alemania, que tanto ha influido en la interpretación que realizan el TJUE y el TS, *Transparenzgebot* (exigencia, oferta u obligación de transparencia) apela a ese trasfondo de imperativo informativo, cuya infracción tendrá como sanción la posibilidad de devenir abusiva la cláusula por falta de transparencia, con la consecuencia no solo de restaurar la justicia contractual, sino de depurar el mercado de actividades contrarias a la buena fe; la transparencia contractual acaba redundando en la transparencia del mercado.

2. La distinción entre conocer, comprender, negociar y consentir

En segundo lugar, resulta imprescindible *distinguir entre* "conocimiento", "comprensión", "negociación" y "consentimiento/adhesión". El *conocimiento* de las cláusulas predispuestas está subrayado por el considerando 20º de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas⁴: "considerando que los contratos deben

redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas (...). Esa oportunidad real de conocer las cláusulas, que el TJUE ha ido perfilando, encaja a la perfección en el control de incorporación o inclusión de nuestro ordenamiento jurídico (arts. 5.5 y 7 LCGC) y de otros ordenamientos, y hubiera sido el cauce más adecuado para diseñar en nuestro país el control de transparencia, toda vez que como ya dijera la Comisión Europea al evaluar los primeros años de aplicación de la Directiva 93/13, “la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas” en el articulado de la Directiva⁵; de manera que los sistemas nacionales podrían afrontar las consecuencias que estimasen para esa infracción. Identificar falta de transparencia con no incorporación al contrato (expulsión directa) era la mejor solución para los contratos de consumo y era (y sigue siéndolo pese al camino diverso emprendido por el TS desde la plenaria [STS 367/2016, de 3 de junio](#) por la vía de la buena fe del Código civil, pues en este punto no cabe argüir una vinculación con la Directiva o la jurisprudencia del TJUE) para decretar la ineficacia de cláusulas no transparentes en contratos con adherentes empresarios (B2B); pero no insistiré más en ello⁶ a la vista del status actual de la jurisprudencia del TJUE y el TS, que han consolidado (innecesariamente) la conexión entre abusividad y falta de transparencia. Procede explorar, en ese terreno de juego, las posibilidades de abusividad directa de las cláusulas no transparentes –con lo que el resultado de la ineficacia sin más filtros se conseguirá, de forma similar, en contratos de consumo o B2C–, en lugar de la opción de la abusividad ponderada que está predominando, aunque sin plena uniformidad ni coherencia. Como después se verá, la propia Comisión Europea en 2019 se declara proclive a esa expulsión directa de las cláusulas no transparentes.

No obstante, conviene prestar atención a las evoluciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo, pues *en 2020 resurgió el potencial del control de incorporación (tanto en contratos B2C como B2B) en la STS 168/2020, de 11 de marzo* (matizada por la [STS 296/2020, de 12 de junio](#)) –y con antecedentes en la [STS 57/2019, de 25 de enero](#)–, en las que el Alto Tribunal afirmó que del art. 5.5 LCGC se infiere no solo un control de transparencia formal relativo a la comprensión gramatical de la cláusula, sino un “control de cognoscibilidad”. Aunque algunos intérpretes vieron en el término una novedad, no es sino una constatación de la carga del empresario de asegurar el “conocimiento” del contenido contractual por el consumidor. Lo novedoso de estas sentencias estriba en el valor que conceden a la normativa sectorial de transparencia como delimitadora de la oportunidad real de conocer las cláusulas: la falta de entrega de la oferta vinculante o de la FIPER, la ausencia de una cláusula en la escritura pública o su falta de lectura por el Notario son supuestos claros en los que el TS ha determinado que la cláusula en cuestión no quedará incorporada al contrato, quedando en penumbra por ahora si el incumplimiento de otros requisitos sectoriales de transparencia podría tener el mismo efecto⁷.

Distinto del conocimiento es la *comprensión* del consumidor. El deber de transparencia propio de la Directiva 93/13 y del TR-LGDCU comporta que la cláusula sea comprensible para el adherente medio en las circunstancias del caso, *no* que *ese* consumidor concreto comprendiese, pues entonces lo que se estaría evaluando sería su consentimiento y para eso ya existe el cauce de la anulabilidad por vicios en el consentimiento provocados por error o dolo. La transparencia de la Directiva 93/13 es objetiva; por eso su ámbito de aplicación, como ocurre también en otras Directivas de consumo con idéntica definición del ámbito personal, se refiere al “consumidor medio” (“normalmente infor-

mado, razonablemente atento y perspicaz”) y considera tal a quien actúa en una relación jurídica fuera del ámbito profesional, cualesquiera que fuese su formación, conocimientos o experiencia. El TJUE no se ha movido un ápice de este concepto de consumidor medio (objetivo, por su posición en la relación contractual y la finalidad de esta), incluso en los casos más extremos; así, por ejemplo, ha merecido protección como consumidor ante cláusulas abusivas incluso un abogado que hipoteca su despacho profesional para garantizar un préstamo no destinado a fines profesionales (STJUE 3 septiembre 2015, *Costea*, C-110/14), un activista y jurista especializado en demandas sobre privacidad contra redes sociales que merece protección como consumidor respecto a su cuenta personal en ellas si no la usa con fines profesionales (STJUE 25 enero 2018, *Schrems*, C-498/16), una inversora que realiza operaciones en el mercado internacional de divisas a través de una sociedad de corretaje (STJUE 3 octubre 2019, *Petruchová*, C-208/18) y, recientemente, un jugador de póker en línea “aunque dedique a ese juego un gran número de horas al día, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias” (STJUE 10 diciembre 2020, *Personal Exchange International Limited*, C-774/19).

La transparencia es, pues, objetiva y esto explica la posibilidad de que se enjuicie también en acciones colectivas de cesación (v. gr., ya en la STJUE 26 abril 2012 *In-vitel*, C-472/10⁸, o en las SSTS plenarios 241/2013, de 9 de mayo, 138/2015, de 24 de marzo o 367/2017, de 8 de junio⁹ y que se deba apreciar de oficio –a lo que conduce el silogismo que liga falta de transparencia y abusividad (lo que no ocurriría con el control de incorporación)– incluso en casos en que el consumidor esté declarado en rebeldía (v. gr., cfr. STJUE 4 junio 2020, *Kancelaria Medius SA*, C-495/19)¹⁰.

Olvidar o relegar el fundamento del deber de transparencia puede conducir al tribunal a usar parámetros propios del subjetivo y siempre individual control del consentimiento contractual para aplicárselos al objetivo control de transparencia en supuestos límite de consumidores con particulares conocimientos en el ámbito de la contratación efectuada. Esa lógica tentación ha impregnado algunas sentencias aisladas del Alto Tribunal (cfr. la STS 171/2017, de 9 marzo), como la STS 605/2019, de 12 de noviembre, en la que se consideró superado el control de transparencia de cara al prestatario (un informático), debido a que su padre, fiador en el préstamo hipotecario, era un ex empleado del banco.

Sin embargo, tanto formal como sustantivamente la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo siguen afirmando que el control de transparencia supone un “parámetro *abstracto* de validez” de la cláusula y respetan ese carácter objetivo del filtro, aunque últimamente apelen a que el consumidor concreto, a la luz de la información y documentación aportada, comprendió la carga jurídica y económica que la cláusula en cuestión comportaba. Pongamos dos ejemplos recientes del mantenimiento del anclaje del control de transparencia material en déficits de cumplimiento de los deberes informativos del predisponente, con deslinde de lo que corresponde al control del consentimiento y al control de transparencia en dos ámbitos distintos en que las demandas podrían encauzarse por una u otra vía: los *swaps* o permutas financieras y los préstamos hipotecarios referenciados en divisas.

La reciente STS 47/2021, de 2 de febrero¹¹ (novedosa por su aplicación del control de transparencia a un contrato de permuta financiera de tipos de interés o *swap*, cuya anulación se viene consiguiendo normalmente por vicios del consentimiento) realiza precisamente un deslinde muy preciso entre

ambos ámbitos y el valor en ellos de la información precontractual. Según el Tribunal Supremo, “la cuestión debatida en este recurso es si la ausencia de información precontractual es relevante únicamente respecto de la acción de anulación de un contrato por error vicio del consentimiento, como afirma la Audiencia Provincial, o lo es también para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas”. A tal efecto, proclama que la claridad de la redacción de la cláusula y su comprensibilidad gramatical *no es suficiente por sí sola para cumplir las exigencias del control de transparencia, que requiere, además, una adecuada información precontractual* (sentencia de esta sala 534/2020, de 15 de octubre); y con cita de fragmentos de la STS 511/2020, de 6 de octubre sobre “la trascendencia de la información precontractual en la realización del juicio de transparencia”, incluida referencia al anclaje que al respecto procura la ya mencionada STJUE 21 marzo 2013 (*RWE Vertrieb*) y otras (*Matei, Van Hove, Gutiérrez Naranjo*), y la justificación de que “la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar” (STS 170/2018, de 23 de marzo), concluye que *para que las cláusulas superen el control de transparencia “ha debido suministrarse al consumidor, con suficiente antelación respecto de la celebración del contrato, información adecuada para que pudiera ser consciente de la permuta de tipos de interés que configuraba y del riesgo de tener que pagar importantes liquidaciones negativas”*.

En cuanto a las últimas sentencias sobre préstamos multidivisa –en las que la tendencia inicial a declarar su nulidad por falta de transparencia iniciada sobre todo desde la STS 608/2017, de 15 de noviembre, comenzó a cambiar a finales de 2020 hacia una aplicación más restrictiva del control de transparencia en el caso concreto, sin alterar sus fundamentos jurídicos– dos fallos del Tribunal Supremo del mismo ponente

corroborarán el carácter distintivo y estanco en cuanto a requisitos y efectos del control subjetivo del consentimiento y del control objetivo de transparencia. Así, por una parte, la STS 666/2020, de 11 de diciembre examina una demanda en la que el consumidor solo ejercitó una acción de “nulidad parcial” por error en el consentimiento en la que la nulidad solo afectaría a la moneda en que se concertó el crédito y al cambio de divisa con base en un defecto de información sobre el producto y sus riesgos; la SAP Madrid (sec. 10ª) de 26 febrero 2018 en la que se admitía esa nulidad parcial resulta casada por el TS, el cual afirma con corrección respecto al sistema del Código civil que, de admitirse la anulabilidad del error, afectaría al entero contrato, sin que quepa una nulidad parcial por vicio del consentimiento ni aplicación de la nulidad parcial propia del régimen de las cláusulas abusivas y argumentación y sentencias propias de estas a los vicios en el consentimiento. Por otra parte, en la demanda de la que partía el litigio enjuiciado en la STS 642/2020, de 27 de noviembre se ejercitaron tanto la acción de anulabilidad por error como la nulidad por falta de transparencia y el Alto Tribunal entendió que no concurrían los requisitos de ninguna de ellas, pues la entidad financiera había proporcionado información suficiente al consumidor antes de contratar. Es interesante subrayar que la sentencia se cuida mucho de afirmar el carácter objetivo de la transparencia, aunque en el caso concreto la información fue suficiente para entender que existía un “consumidor suficientemente informado” y lo hace en estos términos: “Aunque el juicio propio del control de transparencia es abstracto, en cuanto que la información exigible es la que un consumidor medio necesitaría para poder conocer cómo opera la hipoteca multidivisa y los riesgos que entraña, en el presente caso, los conocimientos mostrados por el consumidor y las comunicaciones mantenidas durante la fase precontractual, ponen en evidencia que la información pres-

tada permitió, a la vista de las circunstancias concurrentes, alcanzar ese grado de conocimiento suficiente”.

En realidad, hablando con propiedad técnica, lo acaecido en un caso como este no es propiamente un “conocimiento” y ni una “comprensión” por el consumidor (que también), sino que lo que hubo fue auténtica *negociación*, con la que el Tribunal Supremo bien podría haber llegado a la misma conclusión desestimatoria con más precisión, pues el régimen de las cláusulas abusivas (incluido el control de transparencia en su configuración jurisprudencial actual) solo es de aplicación cuando la cláusula no fue objeto de negociación, sino de mera adhesión sin capacidad de influir en ella. Si concurre negociación el régimen tuitivo especial desaparece y ha de acudir al régimen general del Código civil sobre consentimiento y proceso de contratación. Auténtica negociación en el caso, cabe añadir, no mera ficción dogmática de que las cláusulas relativas al precio están en todo caso negociadas por la existencia de distintas ofertas en el mercado. En el supuesto examinado son hechos probados que el consumidor estuvo negociando con dos bancos a la vez, con intercambio de correos en que tomaba la iniciativa y mostraba pleno conocimiento de los riesgos del producto, ofrecía vinculaciones, solicitaba cambio de divisa mensual y no trimestral como le ofrecía uno de los bancos, rebaja del diferencial, etc.

Con las anteriores consideraciones y ejemplos de la jurisprudencia reciente queda acreditada la importancia del claro deslinde conceptual entre el conocimiento, la comprensión, la negociación y el consentimiento. Resta por saber el impacto que puede tener sobre las nociones de comprensión y consentimiento la reciente introducción por vía de urgencia en el art. 3.2 TR-LGDCU del nuevo concepto de *persona consumidora vulnerable* mediante Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores

y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica¹². En principio esa nueva noción legal, que curiosamente el Gobierno se ha aprestado a “transponer” de un documento comunitario que no requería tal implementación¹³, a diferencia de otras Directivas cuyos plazos normalmente bianuales de transposición se incumplen sistemáticamente, no altera la noción legal objetiva de “consumidor” del art. 3.1 TR-LGDCU procedente de varias Directivas europeas (entre ellas, la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas) y no altera los arts. 80, 82 u 83 TR-LGDCU dentro del régimen legal de las cláusulas abusivas; pero sí añade un nuevo párrafo al art. 60.1 sobre información precontractual, que incluía e incluye las “condiciones jurídicas y económicas”, ahora garantizando para consumidores vulnerables “la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses”, todo ello “sin perjuicio de la normativa sectorial”.

Por lo tanto, cabe preguntarse *si la nueva noción legal de “persona consumidora vulnerable” servirá para alterar el canon del consumidor medio* que vienen manejando los tribunales españoles de cara al control de transparencia de las cláusulas predispuestas, en el sentido de exigir una información más personalizada si concurre cualquiera de las variadísimas circunstancias (“personales, económicas, educativas o sociales”) que contempla el art. 3.2. Aunque las dos definiciones del art. 3, “consumidor” medio que actúa con propósito ajeno a su actividad profesional y “persona consumidora vulnerable”, parecen encapsuladas en ámbitos de aplicación de otros concretos artículos que mencionan una u otra (o las dos) en el propio TR-LGDCU y en puridad técnica no deberían mezclarse, es evidente la facilidad de apelar a esta nueva definición (que permite determinar quién es consumidor vulnerable medio dentro de cada colectivo) de cara a requerir especiales deberes informativos al predisponente para

entender superado el control de transparencia, por ejemplo, para extranjeros que tengan dificultades con el idioma español o para ancianos con dificultad para comprender ciertos productos financieros. La nueva redacción del art. 60.1 transcrita puede dar pie a ello. Se trata de un arma de doble filo, en cualquier caso, pues lo que no cabría es utilizar de alguna manera la nueva definición del art. 3.2 TR-LGDCU para rebajar el nivel mínimo de protección que garantiza el art. 3.1 en el ámbito de las cláusulas abusivas (con argumentos del tipo: "como no era un consumidor vulnerable no requería en ningún caso explicaciones adicionales"); la nueva definición del art. 3.2 podrá servir acaso para procurar una mayor protección a algunos colectivos de personas también en el control de las cláusulas abusivas, pero no debe servir en ningún caso, so pena de infringir el nivel de protección de la Directiva 93/13 y de la constante jurisprudencia del TJUE sobre el concepto objetivo de consumidor, para excluir de protección a los consumidores que encajen en dicho concepto objetivo del art. 3.1.

II. LA CONEXIÓN ENTRE FALTA DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD

1. Estado actual de jurisprudencia del TJUE y el TS (menos uniforme de lo que parece)

Para obtener una instantánea fiable de la manera en que los tribunales que crean la jurisprudencia europea y española están abordando realmente la relación entre transparencia y abusividad, sin quedarnos en meras afirmaciones generales o tópicos acuñados con una lectura superficial de las sentencias, acudiremos muy sucintamente a algunas ideas ilustradas con la selección de las sentencias más relevantes. No se tratará

del *prius* acerca de cuándo una cláusula no se considera transparente, ni de los matices que requieren los dos tipos de estipulaciones contempladas en la exclusión del art. 4.2 de la Directiva 93/13.

- a) *La Directiva 93/13 no establece las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de transparencia y se trata de una Directiva de armonización mínima.* Un examen del Derecho comparado revela que las soluciones nacionales no son en absoluto homogéneas¹⁴.
- b) *La obligación de redacción clara y comprensible, según la Directiva, afecta exactamente igual a todas las cláusulas predispuestas (art. 5.1), no solo a las que definen el objeto principal del contrato o a lo que tiene que ver con la relación calidad/precio (art. 4.2). No existen, según la jurisprudencia del TJUE, controles de transparencia "material" distintos respecto a los elementos esenciales del contrato y los elementos accesorios. Según el art. 4.2 de la Directiva, 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; y según el art. 5.1, "en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensibles".* Como ha señalado con reiteración y sin fisuras la jurisprudencia del TJUE al menos desde 2014 hasta hoy, "la misma exigencia de transparencia que se incluye en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 figura también en el artículo 5 de esta, que prevé que las cláusulas contractuales escritas deben estar redactadas 'siempre' de forma comprensibles. La exigencia de transparencia según fi-

gura en la primera de estas disposiciones tiene el mismo alcance que la formulada en la segunda de ellas”: son palabras de la [STJUE 3 septiembre 2020 \(Profi Credit Polska SA, asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19, § 72\)](#). Idéntica idea –con aplicación a casos concretos– se hace en las [SSTJUE 30 abril 2014 \(Kásler, C-26/13\)](#), 26 febrero 2015 ([Matej, C-143/13](#)), 22 febrero 2018 ([Auto Lupean, C-119/17](#)), 3 octubre 2019 ([Kiss, C-621/17](#)) y 16 julio 2017 ([Caixabank, C-224/19 y C-259/19](#)). En la jurisprudencia española, hasta donde me consta, no se ha explorado realmente esta equiparación.

c) Por lo tanto, una cosa es que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no puedan ser objeto de evaluación como abusivas si superan el filtro de transparencia, pues en tal caso quedarán fuera del ámbito de aplicación y protección de la Directiva y del Derecho español (*vid. ad ex. STS 660/2020, de 10 de diciembre*)¹⁵, y otra distinta es qué ocurre cuando no son transparentes, en cuyo caso, entre las opciones posibles (porque el art. 5 solo se refiere a la interpretación *contra proferentem* pero no prejuzga ni excluye su posible ineficacia ni los cauces para llegar a ella), está la de declarar su carácter abusivo directo o entrar a enjuiciar con los parámetros propios de las cláusulas abusivas (control de contenido) si son o no abusivas no solo por razón de su falta de transparencia. Respecto del resto de cláusulas predispuestas que no afecten a los elementos esenciales del contrato es posible acudir directamente a su control de contenido sin pasar por un previo control de transparencia, pero cuando este se les aplica por no ser claras y comprensibles –y es un cauce abierto “siempre”, según se ha visto–, el TJUE adorna con los mismos rasgos, consecuencias y “alcance” el control de transparencia también en estas cláusulas no esenciales.

d) El *Tribunal Supremo* español comenzó (con algunas dudas o ambigüedades) con la abusividad directa de las cláusulas no transparentes a raíz del examen de las cláusulas suelo ([SSTS 241/2013, de 9 de mayo](#) y [464/2014, de 8 de septiembre](#), cfr. el antecedente de la [STS 406/2012, de 18 de junio](#)); sin embargo, cambió su discurso, al menos en el plano de las declaraciones, para *acoger una abusividad ponderada de las cláusulas no transparentes desde las sentencias plenarias de 2015*, en concreto, en las [SSTS 138/2015, de 24 de marzo](#), [139/2015, de 25 de marzo](#) y [705/2015, de 23 de diciembre](#). Sin embargo, ese examen del carácter abusivo de cláusulas que definen el precio se facilitó sin entrar en todos los parámetros de lo que constituye una cláusula abusiva (arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva) preconstituyendo una suerte de presunción de desequilibrio por la privación de la posibilidad de comparar otras ofertas. En cualquier caso, la [STS 121/2020, de 24 de febrero](#) puso en práctica la idea de que una cláusula no transparente sobre el precio (honorarios de un abogado), a la que entonces habría que aplicar el control de contenido abusivo, podría no ser desequilibrada o perjudicial para el consumidor y ser válida por superar ese segundo filtro de la abusividad ponderada (que en el caso se hizo comparando lo cobrado con los criterios orientativos del colegio de abogados).

e) El *TJUE* se mostró calculadamente impreciso con declaraciones genéricas sobre la conexión entre falta de transparencia y abusividad, aunque dejando entrever más bien su preferencia por una abusividad ponderada y no directa, hasta que *abordó frontalmente el problema en la STJUE 26 enero 2017 (Banco Primus, C-421/14)*, procedente de las cuestiones prejudiciales planteadas desde el JPI de Santander en relación con la fórmula de cálculo de los intereses ordinarios de un préstamo hipotecario (que contemplaba a efectos

de cálculo los 360 días del año comercial y no los 365 días del año natural). El TJUE, asumiendo el criterio del Abogado General SZPUNAR, entiende que si la cláusula de cálculo de los intereses ordinarios no era transparente en el sentido del art. 4.2, "incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si esta causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato"; y a tal efecto proporciona el siguiente criterio: el juzgador deberá "comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado". Por tanto, aunque el desequilibrio que permite enjuiciar la Directiva es jurídico (derechos y obligaciones), para este tipo de cláusulas sobre el cálculo del precio se permite examinar a la postre el desequilibrio económico, incluso comparando con el interés legal del dinero o con los intereses usuales del mercado.

La misma estela de fijar que la cláusula considerada no transparente ha de pasar después por los parámetros del art. 3.1 (desequilibrio de derechos, perjuicio y buena fe) y 4.1 (naturaleza de los bienes o servicios, circunstancias del momento de contratación y resto de cláusulas del contrato) de la Directiva 93/13 han seguido las sentencias posteriores; entre las más claras en reflejarlo, las SSTJUE 14 marzo 2019 (*Dunai*, C-118/17, sobre préstamo multidivisa), 5 junio 2019 (*GT*, C-38/17, sobre préstamo multidivisa) y 3 octubre 2019 (*Kiss*, C-621/17, sobre comisiones en préstamos). En cambio, no hay menciones (ni avances ni recordato-

rios) en las tres SSTJUE importantes en que valoraba la posible aplicación del art. 4.2 de la Directiva en asuntos procedentes de España: SSTJUE 3 marzo 2020 (*Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, sobre el IRPH), 9 julio 2020 (*Ibercaja*, C-452/18, sobre novación de cláusula suelo) y 16 julio 2020 (*Caixabank*, C-224/19 y C-259/19, sobre gastos y comisiones de constitución y cancelación de hipoteca), si bien esta última, desde otra perspectiva, afirma (§ 69) que los arts. 4.2 y 5 de la Directiva "se oponen a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito en el anterior apartado", esto es, el carácter claro y comprensible debe examinarse (§ 68) a la luz de la publicidad y la información ofrecidos por el prestamista, "teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz" (no entra ni se remite a los parámetros del art. 3.1 y 4.1 de la Directiva). Recientemente, el JPI n.º 38 de Barcelona ha planteado por Auto de 2 de diciembre de 2020 (cuestión C-655/20) algunas cuestiones prejudiciales relacionadas con el IRPH, entre las que destaca la tercera: "¿Resulta contrario a los artículos 3, 4.2, 5 y 6 de la Directiva 93/13/CEE, y al a jurisprudencia del TJUE, al efecto disuasorio, una vez constatado que la cláusula IRPH Cajas no supera los criterios de transparencia exigidos, realizar un juicio posterior de abusividad para declarar su nulidad?"; cuestiones como esta pueden afianzar, delimitar o cambiar la posición expuesta por el TJUE desde *Banco Primus*.

f) Dejando de lado ahora los criterios distintos (tanto del TS como del TJUE) sobre qué circunstancias es preciso comprobar para dictaminar si una cláusula no es transparente que varían según tipos de estipulaciones (v. gr., para las cláusulas suelo las simulaciones de futuro, para los préstamos referenciados al IRPH solo la información

sobre el comportamiento pasado del índice), lo que sí cabe detectar, desde luego en el Tribunal Supremo (pero también existen algunos atisbos en el TJUE) es el *distinto tratamiento de la conexión (directa o sucesiva) entre la falta de transparencia y la abusividad según el tipo de cláusula enjuiciada*, especialmente (pero no solo) entre las incluidas en el art. 4.2 de la Directiva (sobre elementos esenciales). Dicho de otro modo: *si la posición general del TS, acorde con la del TJUE, es que no es posible considerar directamente abusiva una cláusula no transparente, sino que para ello ha de pasar por el filtro usual de cualquier cláusula abusiva –control de contenido según los parámetros del art. 3.1 y 4.1 de la Directiva o sus equivalentes arts. 82.1 y 82.3 TR-LGDCU–, existen excepciones en las que el Tribunal Supremo sí apareja recta vía la abusividad de ciertas cláusulas no transparentes*. Es lo que sucede precisamente con las cláusulas suelo con las que se originó el control de transparencia: desde la plenaria [STS 367/2017, de 8 de junio](#), el Alto Tribunal se ve abocado a reconocer la singularidad del control de transparencia de las cláusulas suelo, tratando de acotar un régimen específico de abusividad directa o cuasi-directa basada en una presunción de desequilibrio y perjuicio derivado de la falta información precontractual suficiente para la comprensión del alcance de la cláusula. Según la citada sentencia:

esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a que el consumidor no pueda hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden tener en su posición económica o jurídica en el desarrollo del contrato, las mismas pueden no tener efectos negativos para el adherente. Pero como ya advertimos en las [sentencias 138/2015, de 24 de marzo](#), y [334/2017, de 25 de mayo](#), ese no es el supuesto de las llamadas cláusulas

suelo. La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.

La misma doctrina se repite en sentencias posteriores como, a modo de ejemplo, la [STS 528/2019, de 9 de octubre](#), la [STS 9/2020, de 8 de enero](#) o la [STS 595/2020, de 12 de noviembre](#)¹⁶. Es decir, la cláusula suelo que no supere el filtro de la transparencia es siempre perjudicial y, por tanto, abusiva.

Otro ámbito en el que el TS parece llegar a una conclusión excepcional parecida ha sido recientemente respecto a las cláusulas que delimitan el contrato de permuta financiera de tipos de interés. En la ya citada [STS 47/2021, de 2 de febrero](#) se concluye que “en el presente caso, *la falta de información precontractual sobre las cláusulas objeto de la demanda determina su falta de transparencia, que permite realizar un control de abusividad*”. Pero pese a la declaración de principios acorde con la posición general del TS, no se acude acto seguido a los criterios de los arts. 82.1 y 82.3 TR-LGDCU (3.1 y 4.1 de la Directiva, esto es, desequilibrio, buena fe, perjuicio, etc.), sino que en un escueto párrafo se entiende que “al realizar este control de abusividad, hemos de concluir que Abanca prerredactó unas cláusulas que configuran una relación contractual de naturaleza compleja, inadecuada para unos consumidores que concertaban un préstamo hipotecario a interés variable, y que traía consigo unos importantes riesgos”, por lo que confirma el pronunciamiento de la instancia sobre la nu-

lidad de las cláusulas por abusivas y, con ello, del entero contrato al versar sobre elementos esenciales.

g) Pero también en la jurisprudencia del TJUE, pese a su toma de posición favorable a la “abusividad ponderada” en dos fases o control de abusividad pleno y sucesivo a la declaración del carácter no transparente de una cláusula (posición tan influida por la interpretación de la Directiva por la doctrina alemana desde la óptica de su propio Código civil) es posible encontrar sentencias en las que, sin desdecir la teoría general, llega al resultado de hecho de una abusividad directa sin hacer todo el juicio de ponderación que conllevan los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva. Y lo hace por una de estas dos vías: o bien porque algunas sentencias insisten en que la falta de transparencia es un elemento “importante” o “decisivo” en la evaluación del carácter abusivo de las cláusulas, como ya ocurría en la pionera [STJUE 21 marzo 2013 \(RWE Vertrieb, C-92/11\)](#), o bien porque, apartándose de su habitual proceder, consistente en dar al órgano jurisdiccional nacional meramente guías interpretativas de la Directiva sin prejuzgar la solución o aplicación al caso concreto, ve tan clara la infracción de la transparencia que apenas deja margen al juzgador nacional sobre este extremo y anuda a dicha falta de transparencia su carácter abusivo sin pasar por todos los parámetros de los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva. Así cabe apreciarlo en las siguientes tres sentencias:

– En la [STJUE 28 julio 2016 \(Amazon, C-191/15\)](#) se enjuiciaba una cláusula sobre el Derecho aplicable al contrato, cuya formulación hacía creer al consumidor que se le aplicaba una ley distinta y menos protectora que la que le correspondía. Con base en el art. 5 (no en el 4.2) de la Directiva el TJUE apela a la obligación de informar correctamente también sobre la aplicación de leyes impe-

rativas y concluye que una cláusula (§ 71): “*es abusiva en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula*”.

– Según la [STJUE 20 septiembre 2018 \(EOS KSI Slovensko/Danko, C-448/17, § 65\)](#) “el hecho de que no se indique la TAE en un contrato de crédito¹⁷ puede constituir un *elemento decisivo* cuando el juez nacional en cuestión trate de determinar si la cláusula de ese contrato relativa al coste del crédito está redactada de manera clara y comprensible en el sentido del artículo 4 de la Directiva 93/13. Si no es así, ese órgano jurisdiccional nacional está facultado para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula en el sentido del artículo 3 de dicha Directiva (...)”; apréciase que, a diferencia de otras sentencias, no repasa los parámetros del art. 3 (ni menciona los del 4.1), sino que indica que esa omisión puede ser decisiva para considerar abusiva la cláusula, pues (§ 67), “en efecto, en tal situación, el consumidor no tiene un conocimiento completo de las condiciones de la futura ejecución del contrato celebrado, en el momento de su firma, ni tampoco de todos los elementos que pueden influir sobre el alcance de su compromiso”.

– En la [STJUE 3 septiembre 2020 \(Profi Credit Polska SA, C-84/19, C-222/19 y C-252/19\)](#) las cláusulas controvertidas eran la comisión de apertura y la comisión de gestión en un crédito al consumo, las cuales no son consideradas elemento esencial del contrato (por lo que no enjuician por la vía del art. 4.2 sino del art. 5); según el § 76 de la sentencia, el consumidor “podía, legítimamente, albergar dudas por lo que respecta tanto a las prestaciones que se pretendía retribuir con esos

gastos como a un eventual solapamiento entre estos"; (§ 78) "en esas circunstancias, no se garantiza que el consumidor tenga una comprensión global de sus obligaciones de pago y de las consecuencias económicas de las cláusulas que prevén esos gastos" y concluye (§ 96) que "en estas circunstancias, habida cuenta de la exigencia de transparencia que se desprende del artículo 5 de la Directiva 93/13, no puede considerarse que el profesional podía estimar razonablemente que, *tratando de manera transparente* con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación". Repárese en que esta última frase, se sustituye el sintagma tratar "de manera leal y equitativa", habitual desde la [STJUE 14 marzo 2013 \(Aziz, C-415/11, § 69\)](#), por "de manera transparente", en una equiparación significativa.

Y en esta última idea radica la clave de la posible declaración directa del carácter abusivo de *cláusulas no transparentes: estas afrentan el principio de buena fe*, pues al no ser comprensibles para un adherente medio al haberse incumplido los deberes de información precontractual –deberes plenamente justificados al no existir una negociación individual– comportan un desequilibrio jurídico, ya que el consumidor no podía conocer adecuadamente sus derechos y aquello a lo que quedaba obligado. En supuestos en que la falta de claridad y comprensibilidad proviene de omisiones o de redacciones intencionalmente engañosas o del carácter "sorprendente" de la cláusula, la estipulación predispuesta es contraria a la buena fe; paradójicamente, conforme al parámetro creado por el TS para proteger a adherentes empresarios eso sería suficiente para obtener la nulidad de una cláusula *ex art. 1258*, pero no lo sería para adherentes consumidores.

h) Finalmente, cabría preguntarse *para qué hacer un control de abusividad pleno* sobre todo en relación con cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato

no transparentes. En un cambio de paradigma de los dos o tres últimos años, el control de transparencia ha quedado estrangulado en la jurisprudencia por dos vías: la aplicación estricta al caso concreto de los requisitos de transparencia (con progresivo alejamiento de los criterios esbozados inicialmente para las cláusulas suelo) y la constatación, a través de ese segundo control pleno de abusividad, de que buena parte de las cláusulas no transparentes a la postre no resultan abusivas. Este último proceder merece la siguiente crítica técnica: la transparencia (material) consiste en conocer y comprender la carga jurídica y *económica* de la cláusula; pero si esta no supera ese filtro (no es transparente) entonces se la enjuicia por abusiva y en ese terreno solo debe ponderarse el desequilibrio *jurídico* ("de los derechos y obligaciones de las partes"; art. 82.1 TR y 3.1 Directiva). Ahora bien, o no habrá un baremo o parámetro para comprobar ese desequilibrio jurídico, por lo que el juicio de abusividad no se podrá hacer, o si hay que comparar (en cuanto a la cláusula relativa al precio) con el valor de mercado o con el interés legal del dinero (como indica la [STJUE 26 enero 2017, Banco Primus](#)) entonces se trata en realidad de un control de desproporción económica, un auténtico control de precios, que precisamente no es el propósito de la Directiva ni de su art. 4.2.

2. Argumentos a favor del carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes

Por ello resulta preferible explorar la viabilidad de un carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes también para contratos celebrados antes de junio de 2019¹⁸ y orientar en este sentido la (por lo demás favorable a ello) dicción del nuevo art. 83 TR-LGDCU introducido por la Ley 5/2019. Recapitemos: la Directiva no establece las

consecuencias de la falta de transparencia en el plano de la eficacia contractual; hay excepciones nacionales (legales y jurisprudenciales) y también algunas sentencias del TJUE que permiten sostener el carácter abusivo directo de cláusulas no transparentes; la Directiva 93/13 es de mínimos y permite soluciones distintas de la interpretación del TJUE siempre que sean más favorables a la protección del consumidor como, desde luego, lo es declarar la nulidad de una cláusula no transparente sin someterla a un completo control de contenido o control de abusividad; siempre que se respete en la transposición el deber de transparencia de todas las cláusulas predispuestas (sobre el objeto principal o no), es posible elevar el nivel de protección del consumidor también al incorporar el art. 4.2 de la Directiva en un ordenamiento nacional, como recientemente ha recordado la [STJUE 3 septiembre 2020 \(Profi Credit Polska SA, C-84/19, C-222/19 y C-252/19\)](#) respecto a la implementación del precepto en el Código civil polaco¹⁹.

En consecuencia, como argumentos favorables a la tesis de la abusividad directa cabría aducir que:

- a) Hacia ahí se encamina el *nuevo art. 83 TR-LGDCU* al establecer en sede de “nulidad de las cláusulas abusivas” (pero también, con idéntico tenor, en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en el mismo precepto, no en vano, en que se estatuye el control de incorporación) que “las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.
- b) Hacia ahí boga la *Comisión Europea* (que antes o después realizará una propuesta de reforma de la Directiva 93/13). En su Comunicación de 22 de julio de 2019 titulada *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los*

*contratos celebrados con los consumidores*²⁰, tras un completo análisis de la jurisprudencia del TJUE, afirma que [se respeta la negrita del texto original] “se puede concluir que, dependiendo del contenido de la cláusula del contrato en cuestión y a la luz del efecto de la falta de transparencia, **el posible carácter abusivo de una cláusula contractual puede estar estrechamente relacionado con la falta de transparencia, o incluso indicar esta un carácter abusivo**. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando los consumidores no pueden entender las consecuencias de una cláusula o son engañados. De hecho, cuando los consumidores se encuentran en una posición desventajosa a causa de cláusulas contractuales poco claras, ocultas o engañosas, o cuando no se proporcionan las explicaciones necesarias para comprender sus implicaciones, es poco probable que el profesional esté tratando de manera justa y equitativa al consumidor y tomando en cuenta sus legítimos intereses”.

- c) Hacia aquí apunta también el Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 junio 2019, con su elocuente título, “sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea”, también conocido en el ámbito científico como Reglamento P2B [Platforms to Business] o de relación entre las plataformas y las empresas oferentes de bienes y servicios por intermediación de aquellas. Su artículo 3.1 establece que “los proveedores de servicios de intermediación en línea se asegurarán de que sus condiciones generales: a) están redactadas de manera sencilla y comprensible”, además de otros requisitos como que se encuentren “fácilmente disponibles” para los usuarios profesionales. Y el art. 3.3 establece contundentemente: “se considerarán nulas las condiciones generales, o sus cláusulas específicas, que no cumplan con los requisitos del apartado 1”. Por lo tanto,

nulidad directa, sin paliativos ni ulteriores consideraciones de las cláusulas predisuestas que no sean transparentes. Ante lo cual la pregunta es obligada: ¿se protegerá más por la vía de la transparencia a los empresarios (“usuarios profesionales”) que a los consumidores?

d) Los tribunales podrían usar como argumento de refuerzo el nuevo art. 83 TR-LGDCU para contratos celebrados antes de su entrada en vigor, como aclaración de la *mens legislatoris* ante la falta de transposición formal del art. 4.2 de la Directiva –por lo demás vigente en nuestro país en la interpretación conforme con la norma europea que el TS correctamente viene sosteniendo–. No es, ciertamente, un expediente técnico muy abonado, pero ya hemos asistido al uso analógico/retrospectivo/orientativo de algunos cambios operados por la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario, en relación con cláusulas capitales como la del vencimiento anticipado (*vid. STS Plenaria 463/2019, de 11 de septiembre*). Por cierto, la propia Comunicación de la Comisión Europea de 2019 con directrices sobre la interpretación y aplicación de la Directiva hace constar en su anexo II²¹ que España “ha ampliado la valoración del carácter abusivo a cláusulas contractuales relativas a la definición del objeto principal y a la adecuación del precio o de la retribución, independientemente de si dichas cláusulas están redactadas en un lenguaje claro y comprensible”.

El Tribunal Supremo, sin embargo, no parece dispuesto a utilizar el recurso de la nueva redacción del art. 83 §2 TR-LGDCU para este fin respecto a contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (aunque la *STS 121/2020, de 24 de febrero* llegó a dejar constancia de que el nuevo precepto “parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad”) sino que, antes al contrario, en la *STS 595/2020, de*

12 de noviembre afirma *obiter dicta*, pues no era aplicable al caso: “aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el «perjuicio de los consumidores» aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes”. Es decir, la Sala 1ª del Alto Tribunal advierte sobre la posibilidad de poner el acento hermenéutico en el “perjuicio”; frente a ello, conviene no olvidar que la vigente redacción del art. 83 ha descartado claramente tener que recurrir ante cláusulas no transparentes a un ulterior examen de los elementos propios de las cláusulas abusivas (buena fe, desequilibrio de derechos y obligaciones *ex art. 82.1 TR y del 3.1 Directiva*; resto de circunstancias del art. 82.3 TR y del 4.1 Directiva), elevando así el nivel de protección frente a cláusulas no transparentes que se deriva de la jurisprudencia del TJUE y del TS hasta la fecha.

Si hasta aquí se han aportado potenciales argumentos a favor de la abusividad directa de las cláusulas no transparentes (respecto al régimen previo a la Ley 5/2019 que seguirá siendo abordado durante bastantes años por los tribunales, pero también, con más razón tras el cambio en el art. 83 TR-LGDCU para los contratos concluidos después de la entrada en vigor de esa ley), es menester también rebatir o considerar los argumentos en contra. (1) Se dice que podrían declararse nulas cláusulas inocuas (no transparentes, pero no perjudiciales); pero hay que suponer que en tal caso el consumidor no solicitaría la nulidad (e incluso es conocida la jurisprudencia del TJUE que permite al consumidor oponerse a la protección que le brinda la Directiva 93/13 si la considera de alguna forma contraria a sus intereses)²². Además, no puede olvidarse el efecto disuasorio aparejado a la sanción contra las cláusulas abusivas (si se considera que las no transparentes pueden considerarse como tales) tal como ha configurado este efecto el TJUE desde la *sentencia de 14 de junio de 2012 (Banesto,*

C-618/10) a la **sentencia de 25 noviembre 2020 (Banca B, C 269/19)**, en la que se vuelve a insistir con énfasis en ello²³: por lo tanto, el incumplimiento de los deberes informativos precontractuales, que puede menoscabar la comprensión del consumidor medio de las obligaciones adquiridas, tendrá ese potencial anulatorio *per se*. (2) Se apunta también, respecto de cláusulas sobre elementos esenciales, que si dicha cláusula no transparente y no perjudicial fuese declarada nula ello conduciría a anular el contrato entero acaso con un perjuicio mayor; sin embargo, cabe contraargumentar, con la ya consolidada jurisprudencia del TJUE, que en estos supuestos existe la posibilidad de integrar la cláusula para evitar consecuencias desfavorables para el consumidor²⁴. (3) Y el también conocido alegato de que esa integración es difícil por falta de parámetros *ad hoc* o de Derecho dispositivo, amén de contar con las mismas dificultades de respuesta que en la tesis de la abusividad ponderada, viene allanándose en las últimas (y sorprendentes, cabe decir) **SSTJUE, como la sentencia 25 noviembre 2020 (Banca B, C-269/19)**, donde el Tribunal de Luxemburgo, a falta de criterios para salvar la cláusula por vía de Derecho supletorio admite que el juez nacional “emplace a las partes a negociar con el fin de determinar el modo de cálculo del tipo de interés”²⁵ (lo cual, dicho sea de paso, no cierra el asunto por entero y deja al juez al borde del abismo si no se avienen, lo cual es muy posible).

III. CONCLUSIONES

De manera telegráfica, cabe concluir: (1) Cabe usar el filtro de transparencia material a todo tipo de cláusulas no negociadas (no solo a las que definen el objeto principal del contrato). (2) Es posible y conveniente explorar la via-

bilidad de la abusividad directa de las cláusulas no transparentes insertas en contratos anteriores a 2019 a partir de algunas concretas SSTJUE relacionadas con la falta de TAE o de elementos para calcularla, ciertas comisiones en préstamos u otras cláusulas engañosas por su formulación o por falta de información adicional; también existen cotos en la jurisprudencia del TS en que falta de transparencia equivale a cláusula abusiva sin ulteriores ponderaciones de abusividad (cláusulas suelo, acaso *swaps*) y esta es la tendencia que se deriva de la interpretación de la Comisión Europea de la Directiva 93/13 y se plasma en el Reglamento 2019/1150, además de en el nuevo párrafo 2º del art. 83 TR-LGDCU. (3) Sigue siendo conveniente una transposición expresa y formal del art. 4.2 de la Directiva 93/13²⁶. (4) La única tentativa de regular las numerosas cuestiones que plantea el control de transparencia (tanto B2C, como potencialmente B2B, de admitirse legislativamente) tuvo lugar con la Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en 2017²⁷ cuando se encontraba en la oposición; pese a todas las deficiencias de técnica legislativa que tenía la proposición, cuya tramitación se interrumpió con el cambio de legislatura, los principales problemas estaban ahí ciertamente identificados, por lo que el mismo Grupo Parlamentario, ahora en el Gobierno podría tomarlo en consideración para abordar con rigor una materia que, imprudente e indolentemente, se está relegando una y otra vez a la construcción por vía jurisprudencial. (5) El control de transparencia ha de expandirse y se expandirá a cláusulas de otros sectores de la contratación, pues su configuración en el entorno de los contratos bancarios constituye solo el germen del potencial derivado de la Directiva 93/13, que se aplica a todo tipo de contratos.

[1] Esta contribución recoge las ideas expuestas por el autor en la mesa redonda titulada “Transparencia y abusividad: aspectos diferenciadores”, del *Primer Congreso sobre el principio de transparencia en la contratación predispuesta y su proyección como valor transversal en la sociedad*, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, 18 febrero 2021. Se mantiene el tono discursivo de la alocución y se prescinde de referencias doctrinales, acotadas a un par de remisiones a trabajos del propio ponente en los que desarrolla algunas de estas ideas y donde puede encontrarse apoyo bibliográfico y jurisprudencial de detalle.

[2] En particular, desde las pioneras SSTJUE 26 abril 2012 (*Invitel*, C-472/10), §§ 28 y 29 y, sobre todo, 21 marzo 2013 (*RWE Vertrieb*, C-92/11), §§ 43-47, 47-53 y 55, que versaban sobre cláusulas de modificación unilateral de precios, no incluidas en la excepción del art. 4.2 de la Directiva 93/13, pero a las que afecta el deber de información del empresario derivado de los requisitos de claridad y comprensibilidad consagrados en el art. 5 según el TJUE.

[3] Ya en las primeras sentencias plenarios al respecto: *SSTS 24/2013, de 9 de mayo*, 464/2014, de 8 de septiembre, 138/2015, de 24 de marzo, etc.

[4] Y, a tenor del anexo de la Directiva, apartado 1.i, podrán ser declaradas abusivas a los efectos del art. 3.3 de la norma, las cláusulas que tengan por objeto o por efecto “hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

[5] COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, COM(2020) 248 final, Bruselas, 27 abril 2000, p. 18 (bajo el epígrafe, por cierto, de “el principio de transparencia y el derecho a la información”).

[6] Para una primera formulación detallada de esta configuración del control de transparencia como control de incorporación, expuesta en una conferencia impartida en la Academia Matritense del Notariado el 26 de marzo de 2015, justo en los días previos a la publicación de las SSTS 24 y 24 marzo 2015 en las que el Alto Tribunal se decantaría por una “abusividad ponderada” en lugar de la abusividad directa que parecía defender la STS 8 septiembre 2014, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales*

de la Academia Matritense del Notariado (AAMN), LV, 2014-2015, pp. 549-643 (disponible en http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/055-12-SERGIO_CÁMARA_LAPUENTE.pdf, y también en *Id.*, *Contratos y protección del consumidor*, Olejnik, Santiago de Chile, 2018, donde pueden verse también otros trabajos al respecto, incluida su aplicación a contratos entre empresarios).

[7] Para el examen de estas sentencias y cuestiones me remito a CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Quién teme al control de incorporación (B2B)? En torno al aparente ‘sí pero no’ de las SSTS 20.1.2020, 11.3.2020 y 12.6.2020, entre otras”, *Diario La Ley*, Tribuna, 6 julio 2020 (disponible en abierto en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sl-AAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNDYwNLU7WY1KLizPw8WYMDIwMDCwNjkEBmWqVlfnJIZUGqbVpiTnEqAOHvdYM1AAAAWKE>).

[8] Cfr. indirectamente la STJUE 11 noviembre 2020, *DenizBank*, C-287/19, §§ 65-66. Dada la conexión entre abusividad y transparencia que hace el TJUE, el mismo resultado se refrenda por la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 noviembre 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, *ex art.* 2.1 y la mención específica de la Directiva 93/13 en el Anexo I, apartado 2 de esa Directiva 2020/1828.

[9] Aunque es conocida la tendencia del Tribunal Supremo a configurar una suerte de control de transparencia distinto en procedimientos individuales y colectivos desde la STS 171/2017, de 9 de marzo y la STS 334/2017, de 25 de mayo.

[10] Aunque este caso no centró su examen en el control de transparencia, sino, en general, en el control de abusividad, pero en un supuesto en que ante el juzgador solo se presentó el contrato marco, esto es, el modelo de formulario usado habitualmente por el empresario, sin obrar siquiera el contrato firmado por el consumidor; declara el TJUE (§§ 51 y 52), amén de confirmar la consabida obligación de examinar de oficio las estipulaciones para saber si tienen carácter abusivo, que esto procede incluso en demandas presentadas por un profesional contra un consumidor declarado en rebeldía por incomparecencia, de manera que el juez puede adoptar las diligencias de prueba que estime necesaria para ese examen de oficio.

[11] Los consumidores demandantes plantearon la demanda solicitando la anulabilidad por vicio del

consentimiento (que la instancia considera caduca), subsidiariamente por resolución contractual y como segundo *petitum*, que “en todo caso, declare la nulidad por abusivas de las condiciones generales”. Dejando ahora de lado los defectos en el planteamiento de la estrategia procesal, el JPI de Guadix estimó la nulidad de las concretas cláusulas por falta de información sobre el riesgo del producto bancario; la Audiencia Provincial de Granada revocó la sentencia acogiendo el argumento de la entidad financiera de que el incumplimiento de los deberes de información en fase precontractual no tiene que ver con el control de transparencia e incorporación, sino que tiene incidencia en la formación del consentimiento que se solo puede hacerse valer por vía de la acción de anulabilidad declarada caducada en este caso. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia, entiende esencial la información precontractual para el juicio de transparencia y confirma la nulidad de las cláusulas realizada en instancia, añadiendo que al tratarse de elementos esenciales del contrato el contrato entero es nulo –en una suerte de extensión *ex officio*, por razón de falta de transparencia, de la petición de carácter abusivo de ciertas cláusulas concretas por abusivas–.

[12] Convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 4 de febrero de 2021 (BOE n.º 36, 11.2.2021).

[13] La nueva definición dice tomarse de la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de noviembre de 2020 sobre la *Nueva Agenda del Consumidor*, el extenso y farragoso preámbulo del RDL 1/2021, de 19 de enero, llega falazmente a afirmar (§ 4.10) que “por lo tanto, resulta urgente adecuar la normativa básica estatal a tales requerimientos para así además evitar la apertura de procedimientos por incumplimientos en esta materia que pudieran verse instados por las propias instituciones comunitarias”; el documento de la Comisión Europea es un texto programático de acción política para el período 2020-2025, no una norma de la UE que requiera transposición. Cuestión distinta es que fuese conveniente o no en el ordenamiento español contar con una definición general del consumidor vulnerable en un texto de cabecera como el TR-LGDCU, a la vista de la normativa de emergencia adoptada durante la pandemia para protección de colectivos vulnerables.

[14] Al respecto, el volumen ATAMER, Y. M., PICHONNAZ, P. (Dirs.), *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts* (Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, vol 36), Springer, Cham (Suiza), 2020,

con 27 ponencias nacionales de todo el mundo, un informe comparatista y otro sobre la jurisprudencia del TJUE: CÁMARA LAPUENTE, “Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in the European Union: The Innovative Role of the CJEU’s Case-Law”, *ibidem*, pp. 67-101.

[15] Según esta STS (que versa sobre un préstamo multidivisa), FD 6º, “para que pueda realizarse un control de abusividad de una cláusula que afecta a los elementos esenciales del contrato necesariamente ha de considerarse previamente como no transparente, sin que quepa un control de contenido directo”.

[16] Según esta última sentencia, “Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo (...)”.

[17] Añade el § 66 de la sentencia: “es preciso añadir que debe asimilarse a la situación en que no se indique la TAE en un contrato de crédito aquella en la que, como en el litigio principal, el contrato contiene únicamente una ecuación matemática de cálculo de esa TAE sin que se acompañe de los elementos necesarios para proceder a ese cálculo”.

[18] Fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

[19] Como indican los §§ 82-85 de esta STJUE, al referirse el CC de Polonia solo a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato (no a la relación calidad/precio), la transposición confiere un alcance más estricto a la excepción establecida en el art. 4.2 de la Directiva, “garantizando un mayor nivel de protección al consumidor”. Recuérdese, por lo demás, la doctrina fijada en la STJUE 3 junio 2010 (C-484/08).

[20] 2019/C 323/04, publicada posteriormente en castellano en el DOUE, C-323/4, 27.9.2019, p. 4 y ss. La cita corresponde a la p. 35, dentro del epígrafe 3.4.6, titulado “Pertinencia de la falta de transparencia para el carácter abusivo de las cláusulas contractuales”, que parte de la posición del TJUE, sintetizada así “la falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE”; y concluye como se transcribe en texto con lo que la Comisión entiende que debe hacerse en la aplicación de la Directiva a la vista de la jurisprudencia existente.

[21] Anexo II, “Resumen de notificaciones conforme al artículo 8 *bis* de la Directiva 93/13/CEE”, esto es, sobre cambios operados en las transposiciones nacionales, actualizado a 31 de mayo de 2019, por lo tanto, después de la reforma de la Ley 5/2019.

[22] Entre otras, v. gr., STJUE 26 marzo 2019 (*Abanca*, C-70/17 y C-179/17) § 52; STJUE 3 octubre 2019 (*Dziubak*, C 260/18), §§ 53-56 y 66; STJUE 3 marzo 2020 (*Gómez del Moral Guasch*, C-125/19) § 58.

[23] § 38, sobre las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de una cláusula: “Por un lado, el juez debe velar por que pueda restablecerse la igualdad entre las partes del contrato, puesta en peligro por la aplicación al consumidor de una cláusula abusiva. Por otro lado, es preciso cerciorarse de que el profesional se ve disuadido de incluir tales cláusulas en los contratos que ofrece a los consumidores”.

[24] V. gr., entre las más recientes y con la cuestión de la integración mediante el Derecho supletorio: SSTJUE 14 marzo 2019 (*Dunai*, C-118/17), STJUE 26 marzo 2019 (*Abanca*, C-70/17 y C-179/17); STJUE 3 marzo 2020 (*Gómez del Moral Guasch*, C-125/19) o 27 enero 2020 (*Dexia*, C 229/19 y C 289/19).

[25] “(...) siempre que establezca el marco para dichas negociaciones y estas últimas vayan encaminadas a

establecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones”, concluye esa sentencia.

[26] Los peligros de no haberlo hecho, sino entender realizada esa transposición por la vía de la jurisprudencia del TS, afloran en recientes pronunciamientos: *vid.* las conclusiones del AG Szpunar de 10 de septiembre de 2019 en el asunto C-125/18 sobre el IRPH (§§ 90-91), al afirmar tajantemente: “No comparto la opinión del Gobierno español a este respecto”, en el sentido de entender transpuesto el precepto por vía jurisprudencial, lo que, a juicio del AG afrenta a la seguridad jurídica; o las manifestaciones de la STJUE 16 julio 2020 (*Caixabank*, C-224/19 y C-259/19), que al abordar la naturaleza de la comisión de apertura (que no considera elemento esencial) decide (§ 58) que “para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español” (y cfr. STJUE 3 marzo 2020, § 42), aunque acaso podría plantearse hacerlo en el futuro; o las argumentaciones que se ve obligada a formular la STS 660/2020, de 10 diciembre, para rechazar que el propio Alto Tribunal tenga que plantear cuestión prejudicial sobre si el 4.2 está o no transpuesto, porque, como bien dice, esa es una interpretación que corresponde a los jueces nacionales y no al TJUE.

[27] BOCG, B-176-1, 10 noviembre 2017.