

# La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.197>

## Resumen

Con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el Tribunal Supremo español ha elaborado su doctrina sobre la falta de transparencia material (falta de comprensibilidad de las consecuencias jurídicas y económicas) de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores; doctrina que, también con fundamento en el mencionado precepto, se circunscribe a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Esta jurisprudencia implica conectar falta de transparencia con abusividad y, por tanto, considerar nula la cláusula no transparente. En este trabajo se analizan los pasos en la construcción de la doctrina jurisprudencial y su coherencia y plausibilidad a la vista de contexto legal en el que se produce (la aludida Directiva 93/13/CEE y la legislación española sobre cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación).

## Palabras clave

Contratos con consumidores, cláusulas no negociadas individualmente, falta de transparencia, cláusulas abusivas, elementos esenciales del contrato, nulidad.

\* Catedrática de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Este trabajo se enmarca en las actividades de Grupo de investigación, financiado por el Gobierno vasco, Derecho civil vasco, privado europeo, personal y familiar (GIC IT-727-13).

### **Abstract**

The Spanish Supreme Court has elaborated its doctrine of the lack of material transparency (lack of comprehensibility of legal and economic implications) of not individually negotiated terms in consumer contracts relying on article 4.2 of the Directive 93/13/EC. On the basis on the aforementioned article, this doctrine is limited to the core terms of contract. This case law implies connecting lack of transparency with unfairness and, therefore, considering non-transparent terms null and void. This paper analyzes the steps towards the construction of the jurisprudential doctrine and its coherence and plausibility in view of the legal context in which it occurs (Directive 93/13/EC and Spanish Law on unfair terms and general conditions of contract).

### **Keywords**

Consumer contracts, not individually negotiated terms, lack of transparency, unfair terms, core terms, nullity.

## Introducción

Desde una perspectiva general y clásica del Derecho de los contratos, la falta de transparencia en el clausulado de un contrato evoca la idea de una posible falsa representación en alguno de los contratantes respecto del contenido contractual; plano, el de la falsa representación, que es el propio de los vicios del consentimiento. En esa perspectiva, en el Derecho español el contrato podría anularse por error (nos referimos al régimen de la anulabilidad o nulidad relativa)<sup>1</sup>, si el mismo fuera esencial y excusable (art. 1266 del Código Civil<sup>2</sup> [CC])<sup>3</sup>, y por dolo si la falsa representación fuera determinante del otorgamiento del consentimiento (arts. 1269 y 1270.I CC).

La anulación requiere que la falsa representación recaiga sobre una circunstancia relevante a la vista del tipo de contrato y haya sido determinante del otorgamiento del consentimiento; de modo que tal anulación quedaría descartada si se entendiera que aun conociendo la realidad de la cláusula *oscura*, se hubiera igualmente contratado. Por otra parte, se entiende que el juicio sobre la relevancia de la falsa representación ha de proyectarse sobre la totalidad del contrato, y de ello deriva nuestro Tribunal Supremo<sup>4</sup> que no cabe la anulación de solo una parte del contrato (en nuestro caso, de la cláusula cuya falta de transparencia haya determinado una falsa representación respecto de la existencia o contenido de la misma).

- 1 El artículo 1265 CC señala que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia y dolo. Esa nulidad es la anulabilidad o nulidad relativa (con una legitimación limitada para instarla, sometida la acción a un plazo de caducidad de cuatro años y siendo el negocio susceptible de confirmación: arts. 1301, 1302 y 1309 ss. CC).
- 2 Boletín Oficial del Estado, n.º 206, de 25/07/1889.
- 3 Este precepto solo recoge el requisito de la esencialidad, pero doctrina y jurisprudencia son unánimes a la hora de requerir que el error sea excusable. Además, esa excusabilidad, exigencia de un principio de autorresponsabilidad, no solo se valora por referencia a la diligencia del *errans* sino que a propósito de la misma se realiza, siquiera implícitamente, una valoración de la actuación y de los intereses de las dos partes. Así, un examen de la jurisprudencia pone de manifiesto que los errores que se consideran excusables son aquellos en los que la otra parte ha omitido, consciente o inconscientemente, informaciones relevantes. El límite con el dolo omisivo es difuso, pero a menudo el asunto se sustancia en el terreno de error (sustancial y excusable). Si la conducta se califica de dolosa, para anular el contrato el error provocado tendrá que ser esencial (arts. 1269 y 1270.I CC) pero ya no será necesario que sea excusable (STS 29-9-2015 -RJ 2015/4910). Sobre todo ello, Clara I. Asua González, “Error anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa”, en *Tratado de la compraventa*. Homenaje a Rodrigo Bercovitz, dirigido por Ángel Carrasco Perera, vol. I (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013) 349 ss.
- 4 STS 17-2-2017 (RJ 2017/590).

No siempre, además, la anulación del contrato resulta un remedio conveniente aun en el caso de que se llegara a la conclusión de que no se habría contratado conociendo la realidad. Piénsese, y traemos ya a colación un supuesto que, como veremos, ha resultado muy relevante en la praxis española, en un contrato de préstamo con una cláusula no transparente relativa al interés remuneratorio. En ese caso, la anulación del contrato determinaría la restitución de las prestaciones (art. 1303 CC), y de ordinario el prestatario no está en condiciones de restituir la totalidad del importe del préstamo.

Por eso, en este tipo de casos la atención se ha desplazado hacia regulaciones específicas que posibilitan otras soluciones ante la falta de transparencia, y, en concreto, permiten mantener el contrato sin la cláusula no transparente. Tales regulaciones son las relativas a las cláusulas abusivas en contratos con consumidores y a las condiciones generales de la contratación. La primera se contiene en los artículos 80 a 92 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU), regulación que es el resultado de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>5</sup>. La segunda, en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)<sup>6</sup>.

La normativa sobre vicios del consentimiento es de aplicación con independencia de si el *modo de contratar* responde a la representación decimonónica del contrato como resultado de la negociación entre dos partes o de si se trata de contratación por *adhesión*; esto es, sin negociación de los términos del contrato, de suerte que un contratante no puede sino adherirse a los términos propuestos por el otro si quiere conseguir el bien o servicio de que se trate. Sin embargo, las dos regulaciones que hemos dado en llamar específicas ciñen su ámbito de aplicación a la contratación en la que los términos contractuales se imponen (en el sentido de

5 Diario Oficial n.º L 095 de 21/04/1993 p. 0029 - 0034. Las Directivas forman parte de lo que se denomina "Derecho derivado de la Unión Europea" (por haber sido aprobadas por las instituciones de la Unión de conformidad con los Tratados constitutivos). Una vez aprobadas, las Directivas deben transponerse al Derecho interno de los países integrantes de la Unión; corresponde, por tanto, a cada Estado formular sus propias normas para la adaptación a la normativa comunitaria. En su momento, 1998, la transposición de la Directiva 93/13 se realizó en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), y ello se hizo usando como continente la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), pues fue en la Disposición Adicional Primera de esta última donde se realizaban las modificaciones pertinentes en la LGDCU. Hoy, como se señala en el texto, la regulación se contiene en el TRLGDCU.

6 Boletín Oficial de Estado, n.º 89, de 14/04/1998.

que no se negocian). Como luego insistiremos, tienen otros elementos definitivos que hacen que sus ámbitos de aplicación puedan no coincidir. Las condiciones generales de la contratación, además de impuestas, tienen que estar predispuestas para una pluralidad de contratos y su régimen resulta aplicable también si el adherente es un profesional (art. 1.1 LCGC). La disciplina de las cláusulas abusivas no requiere que tales cláusulas estén insertas en una pluralidad de contratos y solo resulta aplicable a la contratación con consumidores<sup>7</sup>. Pero lo cierto es que, de ordinario, las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores son al tiempo condiciones generales de la contratación, pues resultan predispuestas para incluirse en una pluralidad de contratos<sup>8</sup>. En el caso de los consumidores, por tanto, lo *normal* será la convergencia de ambas regulaciones.

La falta de negociación individual, la imposición, es un campo abonado para que el profesional predisponente introduzca cláusulas que le resulten especialmente favorables y que incluso puedan entenderse como objetivamente desequilibradas en la perspectiva de la economía del contrato. Este es el trasfondo que inspira las regulaciones a las que venimos aludiendo. Pero eso no significa necesariamente que semejante desequilibrio sea presupuesto de aplicación de los mecanismos previstos en ellas y que permiten la *exclusión* de una cláusula. Como veremos, sí lo es en la normativa sobre cláusulas abusivas en las operaciones con consumidores (arts. 3.1 Directiva 93/13 y 82.1 TRLGDCU), pero no lo es en el régimen de las condiciones generales de la contratación, pues en este caso lo determinante es la propia falta de transparencia.

A la vista de lo que se acaba de señalar, y tratándose de un trabajo que pretende abordar las consecuencias específicas de la falta de transparencia de las cláusulas no negociadas en operaciones con consumidores, podría pensarse que nuestro objeto de atención fundamental habría de ser el régimen previsto para la

7 En la Directiva 93/13 (art. 2) por consumidor se entiende “toda persona física que [...] actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”. Es un concepto más reducido que el del actual artículo 3 TRLGDCU, que, además de a las “personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” [términos que coinciden con la definición de consumidor que, para los contratos regulados en la misma, se realiza en el artículo 2.1 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, Diario Oficial de la Unión Europea n.º L 304/64, de 22/11/2011], también considera consumidoras a “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

8 Como señala Isabel González Pacanowska, “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en *Comentario del Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otra Leyes Complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, 2.ª ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 1036, resulta excepcional un contrato configurado unilateralmente *ad hoc* por el profesional. La autora pone como ejemplo el de la compra de terrenos por empresarios o la permuta de solar por obra futura.

falta de transparencia de las condiciones generales de la contratación. Efectivamente se hará alusión al mismo, pero veremos que los tribunales españoles han minimizado la virtualidad de ese régimen y han abordado la cuestión de la falta de transparencia fundamentalmente a la vista de la disciplina de las cláusulas abusivas en operaciones con consumidores (otra cosa es que el carácter abusivo de una cláusula que sea una condición general determine la nulidad de tal condición general: artículo 8.2 LCGC<sup>9</sup>). Ello ha supuesto conectar falta de transparencia con abusividad, y precisamente constituye objetivo destacado de este estudio analizar en qué casos y con qué apoyo normativo se hace. En ese análisis no solo se incidirá en la jurisprudencia interna, sino que frecuentemente se traerán a colación las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>10</sup>; y es que no podía ser de otra manera una vez que la cuestión se reconduce a la normativa resultado de la implementación de la Directiva 93/13.

En realidad, como se verá, el ámbito en el que todo se ha desarrollado ha sido el de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria a consumidores y la falta de transparencia respecto de extremos relativos al interés remuneratorio, fundamentalmente, aunque ya no de forma exclusiva, en torno a las llamadas *cláusulas suelo*<sup>11</sup>. Se trata de un ámbito muy circunscrito, pero la enorme cantidad de contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritos en España para la adquisición de vivienda en época de expansión económica determinó que fueran también muchos los prestatarios que, a partir de un momento<sup>12</sup>, se confrontaron a las consecuencias negativas de determinadas cláusulas. De ahí que la litigiosidad en acciones colectivas<sup>13</sup> e individuales haya sido muy elevada, y las consecuencias para el sector bancario, muy considerables.

9 *Ibidem*, nota 26.

10 Entre otras funciones, corresponde al TJUE interpretar la legislación comunitaria, de manera que si un tribunal nacional tiene dudas sobre la interpretación o validez de una norma europea o sobre si una normativa o práctica nacional es compatible con la legislación europea, puede pedirle a aquel una clarificación son lo que se denominan las “cuestiones prejudiciales”). Por lo que hace a la Directiva 93/13, los tribunales de los Estados miembros han sido particularmente activos en el planteamiento de estas cuestiones lo que ha dado lugar a una profusa jurisprudencia comunitaria al respecto.

11 Cláusulas que establecían un límite mínimo del interés remuneratorio a satisfacer por el prestatario; interés fijado por relación a un índice variable. De este modo, la cláusula podía operar como freno a la bajada de tipos en momentos de descenso del índice de referencia.

12 En el caso de las cláusulas suelo, cuando, pese al importante descenso del índice de referencia (generalmente el euríbor), los prestatarios se apercibieron que la existencia del suelo impedía que se beneficiaran, o lo hicieran sustancialmente, de tal descenso.

13 En el artículo 12 LCGC (y con la legitimación activa prevista en el artículo 16 LCGC) se prevén acciones colectivas de: cesación (de condena “al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo”), a la que podrá acumularse, “como

Dado que el elemento aglutinador de las normativas sobre cláusulas abusivas y condiciones generales es la imposición o falta de negociación individual, comenzaremos por abordar este extremo.

## La imposición o falta de negociación individual

Tal y como reza el artículo 1 LCGC, son condiciones generales de la contratación “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Como se desprende del precepto, y ya hemos adelantado, predisposición, imposición y generalidad son los elementos definatorios de una condición general.

La última nota, la generalidad, supone que la cláusula no tiene que ser lo que se denomina una condición particular (redactada *ad hoc* para un contrato), sino que ha de resultar incorporada a más contratos, lo que está en sintonía con la finalidad de disciplinar la llamada *contratación en masa*. Consecuencia lógica de que las cláusulas, para ser condiciones generales, se han de redactar para ser utilizadas en una pluralidad de contratos es que las mismas estén predispuestas, en el sentido de ya redactadas cuando las partes negocian<sup>14</sup>.

---

accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones”; y de retractación (“tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro”). En el artículo 19.3 LCGC se presupone que las acciones colectivas de cesación y retractación caben también para la no incorporación. En el artículo 53 TRLGDC (y con la legitimación que se establece en el artículo 54 TRLGDCU) se prevé una acción colectiva de cesación, dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta ilegítima (a este efecto también se considera “conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas”) y a prohibir su reiteración futura. Resulta acumulable, a los efectos que ahora nos interesan, a la acción de nulidad, y “a la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas y efectos de lo dispuesto en este capítulo”.

14 Jesús Alfaro Águila Real, “Comentario al artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dirigidos por Aurelio Menéndez y Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Madrid: Civitas, 2002), 112 y 113.

En lo que hace a la imposición, que es el requisito en el que ahora nos interesa incidir particularmente, la LCGC no contiene una definición legal de qué se ha de entender por tal. Pero existe consenso en considerar impuesta la cláusula no sea el resultado de un proceso de negociación, sino que se configure de manera exclusiva por el predisponente y que el adherente tenga que aceptar si desea contratar<sup>15</sup>.

La falta de negociación individual es también un requisito o condición para que, en la contratación con consumidores, se pueda considerar una cláusula como abusiva en el Derecho español (82.1 TRLGDCU)<sup>16</sup>. En esta ocasión sí hay una definición legal al respecto, si bien la misma no se encuentra en el TRLGDCU sino en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13: “Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente<sup>17</sup> y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

No se trata, por tanto, de haber discutido, aunque con resultado infructuoso, la cláusula. Esa discusión, si la ha habido, no supone negociación individual en los términos de la Directiva 93/13 o de la LCGC. Tampoco, por supuesto, puede considerarse que el hecho de no haberse opuesto o haber firmado, sin más, implique negociación individual. Teóricamente se podría admitir que el hecho de que la cláusula responda a la propuesta del empresario (esto es, que no haya sido modificada) no excluye que hubiera existido una posibilidad de influir sobre la misma. Pero lo cierto es que resulta difícil de aceptar que, habiendo efectivamente podido conseguir una reglamentación más favorable, el adherente no lo hiciera.

15 Alfaro, “Comentario”, 114.

16 En consonancia con lo que se establece en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13. Ciertamente en el caso de la Directiva 93/13 ello viene a constituir un ámbito de protección mínimo que puede ser ampliado (art. 8), y, de hecho, en el artículo 8 bis (introducido en virtud de la ya aludida Directiva 2011/83/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011), se hace referencia expresamente a esa posibilidad. En nuestro caso, sin embargo, el tenor del artículo 82.1 TRLGDCU pone de manifiesto que no se ha utilizado tal posibilidad.

17 A pesar de la dicción de la Directiva 93/13, no debe requerirse que la cláusula esté redactada (predispuesta) al momento de comenzar la negociación. Se ha dicho que lo relevante es que la negociación se realice sobre la base de una propuesta unilateral del empresario que sea *previa* e independiente de toda negociación (Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2010), 785. Idea que creo que debe ser matizada entendiendo que la propuesta puede igualmente surgir después del inicio de los contactos negociales; esto es, que no resulta necesario que la cláusula esté redactada antes de que se inicie la negociación (Alfaro, “Comentario”, 115). Con todo, y como a menudo se insiste en el texto, las cláusulas en cuestión casi siempre serán condiciones generales de la contratación. Luego, serán efectivamente *predispuestas* y redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1.1 LCGC).

La carga probatoria de que la cláusula ha sido negociada individualmente le corresponde al profesional (arts. 3.2. III Directiva 93/13 y 82.2.II TRLGDCU)<sup>18</sup>, y ello significa que la duda al respecto le perjudicará (art. 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC]). De ahí que prácticamente la única manera de acreditar la posibilidad de incidencia es que efectivamente se haya incidido. Así ocurrirá<sup>19</sup> cuando pueda acreditarse que se han modificado las propuestas del empresario, que la cláusula responde a una propuesta del adherente<sup>20</sup> o que se ha aceptado una cláusula a cambio de modificar o suprimir otras.

En particular, se insiste en la jurisprudencia en que “No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario”, y “Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios” (STS, de Pleno, 9-5-2013)<sup>21</sup>. E igualmente en que la circunstancia de que “el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas” (STS, de Pleno, 29-4-2015)<sup>22</sup>.

No resultan, por todo lo anterior, en absoluto convincentes consideraciones como las que se leen en la STS 18-6-2012<sup>23</sup> respecto del carácter negociado de unas cláusulas, pues nada de lo que se señala apunta a la posibilidad de incidencia: “la sentencia de Apelación [...] llega a la conclusión del carácter negociado de estas cláusulas no solo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin

18 Alfaro, “Comentario”, 128, considera que se trata del principio general que rige en nuestro Derecho para todas las cláusulas no negociadas.

19 Carrasco, *Derecho*, 786 y 787; González Pacanowska, “Condiciones generales”, 895 y 896.

20 No de terceros a solicitud del empresario. Tampoco, por esa sola circunstancia, si se han redactado por el notario a solicitud del empresario para un caso en concreto. Sobre esta cuestión, y con interesantes referencias doctrinales, González Pacanowska, “Condiciones generales”, 1090.

21 RJ 2013/3088.

22 RJ 2015/2042.

23 RJ 2012/8857.

éxito, a otras entidades financieras. Frente a esta consideración, la mera alegación de que la parte recurrente no participó en la redacción del contrato no desvirtúa para nada que el contenido fuese negociado, máxime si se tiene en cuenta que los prestatarios suscribieron, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, los documentos explicativos de la entidad financiera en donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar: oferta vinculante del préstamo hipotecario a interés fijo, liquidación de intereses y orden de pago de deudas de los prestatarios según sus propias indicaciones”.

## La falta de transparencia en la regulación sobre condiciones generales de la contratación. Los distintos tipos de transparencia y el control de incorporación

Según lo establecido en los artículos 5 y 7 LCGC, para que una cláusula que tenga las características de una condición general se entienda efectivamente incorporada al contrato, deberá cumplir tanto un requisito de *cognoscibilidad* como de *transparencia*. Del primer requisito, de que el adherente haya podido conocer las condiciones generales, se ocupan tanto los números 1, 2 y 3 del artículo 5 LCGC<sup>24</sup> como la letra *a* del artículo 7 LCGC<sup>25</sup>. Del segundo, del de transparencia, el número 5 del artículo 5 y la letra *b* del artículo 7 LCGC: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”, sienta el artículo 5.5 LCGC a propósito de los requisitos de incorporación;

- 24 1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.//No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.//2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.//3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.
- 25 No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

que no se incorporarán al contrato las condiciones generales “que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”, es lo que se establece en el artículo 7.b LCGC.

El control de incorporación basado en la exigencia de cognoscibilidad y transparencia es el mecanismo de protección del adherente específico, y realmente el único, de la LCGC de cara a *eliminar* una cláusula. Es cierto que suele incidirse en que en este cuerpo legal hay también un control de validez, pues en el artículo 8 LCGC se regula la nulidad de las condiciones generales. Sin embargo, este precepto carece de contenido específico, en el sentido de que no contiene ningún criterio propio determinante de nulidad<sup>26</sup>. Y así, la nulidad de la condición general en contratos con consumidores que sea una cláusula abusiva, prevista en el artículo 8.2 LCGC, depende de que tal abusividad se determine de acuerdo a la Directiva 93/13 y al TRLGDCU.

Por lo tanto, una condición general no transparente, al igual que la que no resulte cognoscible, no se considerará incorporada al contrato. El *quid* radica, sin embargo, en qué se ha de entender por “cláusula no transparente”.

En tema de transparencia, suele distinguirse entre transparencia documental y gramatical<sup>27</sup>, de un lado, y transparencia material, de otro. Se trata de que la

26 En el artículo 8.1 LCGC se sienta que “Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Es claro que las condiciones generales que vulneraran, en el sentido de establecer pautas distintas, las reglas relativas a la incorporación, a la interpretación y a la nulidad serían nulas, pero lo serían aunque no existiera el artículo 8.1 LCGC. Por otro lado, en su parte final este precepto se limita a reiterar lo ya señalado en el artículo 6.3 CC. En el artículo 8.2 LCGC, en fin, se realiza una especificación de lo ya dicho en el número anterior tendiendo un puente con el régimen de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores (art. 83 TRLGDCU): “En particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor [...]”.

En realidad, la trascendencia del artículo 8 LCGC radica no tanto en lo que dice sino en lo que no dice. Y ello porque no contiene ningún parámetro específico de control de contenido de un contrato mediante condiciones generales. Dicho de otra manera, no se erige el desequilibrio o la contravención de la buena fe en causa determinante de la nulidad. Y esto es relevante en la contratación entre empresarios, pues, cuando se trate de operaciones con consumidores, con base en la normativa sobre cláusulas abusivas resultaría abusiva, y por tanto nula, la cláusula que provocara en perjuicio del consumidor un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe (y como acabamos de ver, artículo 8.2 LCGC, así se asume también en sede de la LCGC).

27 En la STS, de Pleno, 9-5-2013 (RJ 2013/3038) se hablaba de transparencia documental. En la STS, de Pleno, 8-9-2014 (RJ 2014/4660) se hacía referencia específica a la claridad gramatical. Y es a partir de la STS, de Pleno, 24-3-2015 (RJ 2015/845) cuando se habla de una transparencia documental y gramatical. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea los términos utilizados son transparencia formal y gramatical. Por ejemplo, SSTJUE 30-4-2014 (asunto C-26/13) y 20-9-2017 (asunto C-186/16).

cláusula sea razonablemente identificable dentro del contrato y formulada de una manera comprensible desde un punto de vista lingüístico, pero también —y es lo que se denomina *transparencia material*— que sea comprensible en su real significado económico y jurídico. Esta última, sin embargo, es una faceta que nuestro Tribunal Supremo considera que no debe ubicarse entre las exigencias de transparencia de la LCGC. Y ello supone que si una cláusula es transparente formal (documental) y gramaticalmente, se considerará que integra el contrato aunque no sea transparente desde un punto de vista material. Se trata de una jurisprudencia que se inició con la STS, de Pleno, 9-5-2013<sup>28</sup> y que se mantiene hasta nuestros días<sup>29</sup>.

Lo anterior no quiere decir que sea irrelevante la falta de transparencia material de una cláusula. Solo significa que nuestro Alto Tribunal la considera irrelevante desde el punto de vista de la LCGC, pues, por las razones que luego expondremos, ha circunscrito la exigencia de transparencia material al ámbito del control de abusividad de las cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato en la contratación con consumidores. Esto supone que se viene a distribuir la transparencia a propósito de dos *remedios* distintos (de ahí que se hable de *doble control de transparencia*): en el de la incorporación (la transparencia documental y gramatical para todo tipo de cláusulas) y en el de la validez/abusividad (la transparencia material cuando se trate de cláusulas definitorias del objeto principal del contrato en la contratación de consumidores). Y supone también que cuando se trate de contratación entre empresarios, el adherente no tendrá ningún mecanismo específico para *excluir* del contrato la condición materialmente no transparente<sup>30</sup>.

## La falta de transparencia en la disciplina sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores

### A) Previo: la abusividad y sus consecuencias

I. Entre nosotros, la sanción de una cláusula abusiva es la de su nulidad, perviviendo el contrato siempre que pueda subsistir sin dicha cláusula (art. 83 TRLGDCU). Se cumplen así con creces las exigencias de la Directiva 93/13, que en su artículo 6,

28 RJ 2013/3038.

29 STS 28-5-2018 (JUR 2018/149755).

30 Y tampoco, como ya adelantamos en la introducción a este trabajo, ningún mecanismo para controlar el desequilibrio producido por una cláusula. Ilustrativos son los casos resueltos en las SSTS 3-6-2016, de Pleno (RJ 2016/2306) y 18-1-2017 (RJ 2017/922) y los votos particulares de las mismas. Sobre todo ello, M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín, *Cláusulas abusivas y empresario adherente* (Madrid: BOE, 2017), 57 ss.

además de la subsistencia del contrato en los términos señalados, sienta la *no vinculación* a la cláusula en las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales. Semejante fórmula se estableció a la vista de los diferentes regímenes de invalidez, y en general ineficacia, existentes en los distintos Estados. Pero no cabe duda de que la nulidad absoluta, con efectos *ex tunc*, apreciable de oficio e imprescriptible supone el régimen más protector posible.

En el artículo 83 TRLGDCU igualmente se refleja la obligación de apreciación de oficio<sup>31</sup>, requerida por el TJUE para la efectividad de la Directiva 93/13 en los términos en los que cada Estado se confiere a las normas de orden público<sup>32</sup>. Efectividad que viene a exigir también que la alegación y apreciación del carácter abusivo pueda llevarse a cabo en cualquier procedimiento<sup>33</sup>. Todo ello, con los límites de la cosa juzgada<sup>34</sup> (art. 207 LEC). Lo que no es obstáculo para que, habiéndose analizado en sede judicial el carácter abusivo de algunas cláusulas, pueda posteriormente, de oficio o a instancia de parte, plantearse el de otras del mismo contrato<sup>35</sup>. La apreciación de oficio viene a determinar una severa restricción de las exigencias generales del principio de congruencia (art. 218 LEC). Es cierto que en absoluto resulta pacífico cuáles son esas exigencias, y en definitiva cómo se configura la *causa petendi*, pero los efectos de la apreciación de oficio rebasan las concepciones más relajadas al respecto<sup>36</sup>. En cualquier caso, de un lado han de respetarse las exigencias de la tutela judicial efectiva y, de otro, permitir al consumidor expresar su propio interés<sup>37</sup>. Eso es lo que inspira que en el artículo 83 TRLGDCU se exija la previa audiencia a las partes.

La nulidad de la cláusula supone purgarla del contrato, no pudiéndose proceder a una adaptación de la misma (SSTJUE 14-6-2012 [asunto C-618/10], apartados 68, 69 y 71). Decisión comunitaria que determinó el cambio de tenor en el

31 Sobre el tema, STS, de Pleno, 9-5-2013 (RJ 2013/ 3088), 110-119.

32 Por todas, SSTJUE 30-5-2013 (asunto (C-418/11), apartado 53, y 21-12-2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), apartados 58 y 59.

33 SSTJUE 14-6-2012 (asunto C-618/10), apartados 53 y 54, en relación con el procedimiento monitorio, y 14-3-2013 (asunto C-415/11), apartado 64, sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria. Vid. artículos 552.1.II LEC (aplicable también al procedimiento monitorio -disposición transitoria segunda de la Ley 42/2015, del 5 de octubre-), 561.1. 3.ª y 695.1. 4.ª LEC.

34 Por todas, STJUE 26-1-2017 (asunto C-421/14), apartado 43.

35 STJUE 26-1-2017 (asunto C-421/14), apartados 52 y 54.

36 Sobre este particular, tanto para acciones individuales como colectivas, STS, de Pleno, 9-5-2013 (RJ 2013/ 3088), 120-130.

37 Miquel González, José María. 2007. "La nulidad de las condiciones generales". En *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coordinado por Jesús Delgado Echeverría, 213 y ss. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

artículo 83 TRLGDCU, dado que en su anterior redacción permitía al juez modificar el contenido de la cláusula.

Como ya se ha dicho, el artículo 83 TRLGDCU, en consonancia con lo exigido por la Directiva 93/13, sienta el mantenimiento del contrato, *que seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*<sup>38</sup>. En ocasiones, la nulidad de la cláusula implicará que el contrato subsista sin ella y que no sea necesario buscar una pauta normativa. Esto es lo que ocurre cuando se declara abusiva una cláusula suelo. Pero en otras ocasiones resulta necesaria la aludida pauta normativa. En tales casos, la eliminación de la cláusula determina la aplicación de las normas que disciplinen la cuestión<sup>39</sup>: Derecho dispositivo, normas aplicables analógicamente, usos, pautas dictadas por la buena fe en sentido objetivo (art. 1258 CC).

II. Siguiendo el artículo 3.1 de la Directiva 93/13, en el artículo 82.1 TRLGDCU se señala que *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*.

El carácter abusivo de una cláusula se vincula, por tanto, a la idea de *desequilibrio importante* entre los derechos y obligaciones que se deriven del contrato. El planteamiento legal, sin embargo, no se limita a sentar una fórmula general de abusividad y a proponer una serie de parámetros (arts. 4.1 Directiva 93/13 y 82.3 TRLGDCU<sup>40</sup>) para apreciarla.

En el Anexo de la Directiva 93/13 se recoge “una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas” (art. 3.3). El TRLGDCU

38 El mantenimiento del contrato resulta una prioridad en aquellos casos en los que su nulidad resultaría perjudicial para el consumidor. Esto es lo que ocurre con los préstamos, pues tal nulidad determinaría la obligación de restitución del capital. Apoyándose en este razonamiento, e invocando la STJUE 30-4-2014 (asunto C-26/13), la STS, de Pleno, 15-11-2017 (JUR 2017/281937), tras declarar nulas las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y a la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, sienta, invocando los artículos 1170 CC y 312 del Código de Comercio, que quede como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

39 González, Pacanowska. 2013. “Condiciones generales”, 1169 y 1170; Díaz Martínez, Ana. “Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”. En *Tratado de la Compraventa*, II, dirigido por Ángel Carrasco Perera, 1081 y 1082. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

40 El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

parece más taxativo, pues en el artículo 82.4 se señala que “en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:// a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, //b) limiten los derechos del consumidor y usuario, // c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, // d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, // e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o // f) contraven- gan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”. Lo que se viene a hacer en el TRLGDCU es una especificación de cláusulas que efectivamente se consideran abusivas. Ello se hace en los artículos 85 a 90, y en estos preceptos la agrupación de las distintas cláusulas se realiza en buena medida utilizando como criterio de ordenación los diferentes supuestos enunciados en las letras del artículo 82.4 TRLGDCU. La lectura de las reglas recogidas en los artículos 80 a 90 TRLGDCU pone de manifiesto que, en algunos casos, será suficiente comparar o contrastar la cláusula contractual en cuestión con la regla. Esto es, no será necesario realizar ninguna valoración ulterior ni dar contenido a conceptos jurídicos indeterminados<sup>41</sup>. Son las reglas que recogen las llamadas *cláusulas negras*. En otros supuestos, sin embargo, el carácter abusivo no se deriva del simple contraste de la cláusula con la regla sino que resulta necesaria una ponderación ulterior por el juzgador<sup>42</sup>. Son las reglas que recogen las denominadas *cláusulas grises*.

Todo lo anterior explica el que, entre nosotros, de cara a determinar la abusividad de una cláusula se hable de un sistema de cláusula general y de lista negra y gris.

Como hemos visto, y por lo que hace al parámetro *general*, tanto en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 como en el artículo 82.1 TRLGDCU, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente se vincula a que la misma cause un desequilibrio importante en contra de las exigencias de la buena fe.

41 Por ejemplo, las que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad (art. 85.4.I TRLGDCU); o las que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones (art. 85.5 TRLGDCU).

42 Como muestra: las que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida (art. 85.1 TRLGDCU); las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo (art. 85.2 RLGDCU); o las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones (art. 85.6 TRLGDCU).

No es fácil saber cuál es la relación entre esos dos parámetros, sentado que cuando se habla de buena fe se está entendiendo en un sentido objetivo. Parece que el modelo viene a ser una solución de compromiso para hacer presentes en el texto de la Directiva 93/13 dos conceptos que podrían, por sí solos, haber bastado como referencia. Sin embargo, son habituales las propuestas que, siguiendo más de cerca el texto, entienden que el desequilibrio, amén de importante, tiene que contravenir las exigencias de la buena fe.

Según el TJUE, “para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”<sup>43</sup> (SSTJUE 14-3-2013 [asunto C415/11, apartado 68] y 26-1-2017 [C 421/14, apartado 59]). Tal idea responde a la consideración, generalmente asumida, de que se produce un desequilibrio importante cuando la cláusula se aparta del Derecho que de otro modo se hubiera aplicado<sup>44</sup>: Derecho dispositivo, normas aplicables por analogía, los usos, la integración según la buena fe, la reglas generales del Derecho de las obligaciones y contratos<sup>45</sup>.

Lo que de primeras ya no resulta tan comprensible es lo que el TJUE señala respecto de la buena fe: “En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar

43 Y continúa: “Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”. Inciso que resulta francamente incomprensible porque la valoración de si existe desequilibrio no puede depender del mecanismo de protección frente a las cláusulas.

44 STJUE 16-1-2013 (Asunto C-226/12), apartado 30: “La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales”.

45 Miquel González, José María. 2011. “Comentario a los arts. 82 a 84 del TRLGDCU”. En *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigido por Sergio Cámara Lapuente, 742 y ss. Madrid: Colex; González Pacanowska, “Condiciones generales”, 1113 y 1114.

razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual” (SS-TJUE 14-3-2013 [asunto C415/11, apartado 69] y 16-1-2017 [C 421/14, apartado 60]). Semejante planteamiento, que gira sobre una doble subjetividad (lo que habría aceptado el consumidor y lo que profesional podía estimar al respecto), no parece acorde con un parámetro que, como hemos visto, se entiende unánimemente objetivo<sup>46</sup>. Es mucho más claro el inciso final del aludido decimosexto considerando de la Directiva 93/13 que incide en que “los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”<sup>47</sup>. Una cláusula sería abusiva, por tanto, si se aparta del régimen que sería aplicable (en los términos señalados) y ello no se considera leal y equitativo.

Tratándose de determinar si se produce un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe objetiva, es claro que el de abusividad se configura como un *control de fondo* de la cláusula cuestionada ¿Qué papel juega, entonces, la falta de transparencia? Y es que, recuérdese, ya hemos adelantado que en nuestra jurisprudencia la falta de transparencia material de algunas cláusulas se ha reconducido precisamente al plano de la abusividad. Es de lo que nos ocuparemos en el epígrafe sobre transparencia y cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Antes, sin embargo, nos detendremos a analizar la extensión y el significado de la exigencia general de transparencia de las cláusulas no negociadas en la contratación con consumidores.

## **B) La exigencia general de transparencia (claridad) en la regulación de las cláusulas abusivas**

En la primera parte del artículo 5 de la Directiva 93/13 se sienta que “(e)n 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

46 Marín López, Manuel Jesús. “La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 5 (2013): 41 y ss. <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/256>.

47 “Para el profesional es un objetivo modelo de comportamiento leal y para el consumidor, el conjunto de expectativas que consumidores con criterios razonables pueden formar sobre el tipo contractual”, señalaba sobre la buena fe en sentido objetivo Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dirigidos por Aurelio Menéndez y Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Madrid: Civitas, 2002), 71.

clara y comprensible”. Ello se refleja en el artículo 80 TRLGDCU, el primero de los dedicados a la disciplina de las cláusulas no negociadas individualmente, aunque en este precepto las exigencias relativas a la claridad o transparencia se entremezclan con lo que, a propósito de condiciones generales, denominábamos *cognoscibilidad*. Así en la letra *a* del número 1 se exige “Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual”. Y en la *b*, “Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”; a ello se añade que “En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”.

En lo que hace a las exigencias de transparencia de la Directiva 93/13 (como veremos, la transparencia, la redacción clara y comprensible, también está presente en su artículo 4.2), desde la STJUE 30-4-2014 (asunto C-26/13) se viene expresando que no solo se trata de una transparencia *formal* y *gramatical* sino también *material* en el sentido de que el consumidor pueda hacerse cargo de las consecuencias que para él se deriven. De ello es representativo lo que, con cita de anteriores decisiones, se recoge en los apartados 44 y 45 de la STJUE 20-9-2017 (asunto C-186/16):

Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52).// Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor

de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 50).

Queda clara, por lo tanto, la exigencia de transparencia en la Directiva 93/13 para todas las cláusulas y el ámbito de la misma (formal, gramatical y material). Pero ¿cuál es la consecuencia de la falta de transparencia de una cláusula no negociada en la contratación con consumidores? Pues, a reserva de lo que luego se diga al hilo del artículo 4.2 Directiva 93/13, la cuestión no resulta abordada de manera general en tal Directiva. Como la Directiva 93/13 es una Directiva de mínimos (art. 8), el legislador español podría haber regulado el efecto de la falta de transparencia en el TRLGDCU, pero no lo hizo. De modo que, aunque pueda afirmarse que, en consonancia con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 93/13 y con la interpretación que del mismo realiza el TJUE, también en el TRLGDCU hay una exigencia de transparencia formal (documental), gramatical y material, tampoco en este cuerpo legal se disciplinan los efectos de esa falta de transparencia.

Dado que las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores de ordinario serán condiciones generales de la contratación (pues estarán predispuestas para incluirse en una pluralidad de contratos: artículo 1.1 LCGC), su no incorporación por falta de transparencia podría lograrse con fundamento en los artículos 5 y 7 LCGC. Pero recuérdese que nuestro Tribunal Supremo limita las exigencias de transparencia de ese texto legal al plano formal y gramatical, pero no al material ¿Significa ello que no se regulan las consecuencias de la falta de transparencia material? Esta parecería que tiene que ser la respuesta, pero queda por analizar el artículo 4.2 Directiva 93/13 y la construcción que en torno a él ha realizado el Alto Tribunal sobre la falta de transparencia material en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Y es que, como venimos adelantando, en tal caso se ha reconducido la falta de transparencia al régimen de la abusividad.

### **C) La falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato: el artículo 4.2 de la Directiva 93/13**

I. En el Considerando decimonoveno (primer inciso) de la Directiva 93/13 se señala que, “a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”.

Sin embargo, el artículo 4.2<sup>48</sup> de la Directiva 93/13 añade a esta idea una coetilla final, conectando el asunto con la idea de transparencia (claridad y comprensibilidad): “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”.

El sentido del Considerando reproducido es el de descartar un control de fondo en los supuestos a los que se refiere. La razón más general radica en que el objeto principal del contrato identifica lo que el consumidor quiere conseguir con el contrato y está dispuesto a dar a cambio y sobre eso efectivamente consiente. La mera descripción de las prestaciones y los acuerdos sobre el valor de cambio del objeto o servicios son puros datos fácticos y económicos. Y, se piensa, no se debe entrar a juzgar si esa composición de intereses es equilibrada o no: valorar la *justicia* de la relación calidad y precio únicamente procede mediante intervenciones específicas del legislador identificando concretos sectores necesitados de ello. La Directiva 93/13 solo perseguiría así el control del equilibrio jurídico normativo (entre derechos y obligaciones) del contrato y no del equilibrio económico de las prestaciones pactadas<sup>49</sup>.

En el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, sin embargo, se introduce la variable de que las referidas cláusulas no estén redactadas de manera transparente (no sean claras y comprensibles). Ello está inspirado por la idea de que la falta de transparencia distorsiona la elección y la ponderación de intereses del consumidor. Lo que se ha discutido es qué consecuencias cabe extraer de esa falta de transparencia.

Una de las opiniones que se mantienen es la de que en la Directiva 93/13 no se disciplinan las consecuencias de la falta de transparencia de las cláusulas no negociadas (tampoco de aquellas a las que se refiere su artículo 4.2). Decidir al respecto correspondería al Derecho de cada Estado. Ello se ha defendido con interesantes argumentos y diferentes consecuencias<sup>50</sup>, pero ha venido a ser contestado,

48 La no transposición de su contenido al Derecho español dio lugar a un debate en torno a si el precepto regía o no en nuestro ordenamiento. Sin embargo, conviniéndose en que la falta de transposición formal se debió a un error en la tramitación parlamentaria, el Tribunal Supremo, tras alguna vacilación, a partir de su sentencia de 9-5-2013 (RJ 2013/ 3038) vino a declarar, *ratio decidendi*, su vigencia entre nosotros.

49 Sergio Cámara Lapuente, *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato* (Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006), 98.

50 Entre nosotros, un destacado valedor de que los efectos de la falta de transparencia no están en la Directiva 93/13 es Sergio Cámara Lapuente, “Transparencias, desequilibrios, e ineficacias en el

no podemos saber todavía si definitivamente, por la STJUE 21-12-2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)<sup>51</sup> y poco después por la STJUE 26-1-2017 (asunto C421/14).

Otra de las posibles inteligencias es la de que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 permite el control del desequilibrio (de la relación calidad precio y del producido por las cláusulas definitorias del objeto del contrato) si la cláusula no resulta clara y comprensible, pero no lo permite cuando no lo resulte (clara y comprensible). La cuestión de la transparencia se convierte, pues, en un filtro o, mejor, en un motivo para poder controlar el fondo. Adelantamos que esta es la interpretación que ha formulado ya expresamente, aunque tampoco podemos saber si con carácter definitivo, el TJUE en su sentencia de 26-1-2017 (asunto C421/14)<sup>52</sup>.

---

régimen de cláusulas abusivas". *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n.º 55 (2014-2015): 601 y ss., y "Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo". *Indret*, n.º 1 (2017), 15 y ss. <http://www.indret.com/pdf/1287.pdf>. Este autor propone tratar el tema en sede de incorporación: las cláusulas no transparentes, formal, gramatical o materialmente, no se incorporarían al contrato (y avisa de que, lógicamente, semejante inteligencia no tendría por qué limitarse a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato). De la falta de previsión de la norma europea sobre los efectos de la ausencia de transparencia parte también Fernando Pantaleón Prieto, "10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato" (2017), <http://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/> para formular su propuesta (limitada a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato) de que la falta de transparencia material debería examinarse en sede de vicios del consentimiento como un caso de dolo: el mantenimiento del contrato sería una opción del consumidor engañado (art. 1270 II CC), y la indemnización prevista en el precepto podría ser *in natura* ("esa indemnización *in natura* se conseguirá, simplemente, teniendo por no puesta la cláusula no transparente: es, por ejemplo, el caso de las cláusulas-suelo no transparentes. Pero, en otras ocasiones, exigirá un reajuste o readaptación del contrato: de la prestación, de la contraprestación o de la relación entre una y otra"). El remedio propuesto no sería, por supuesto, apreciable de oficio y vendría sometido a un plazo de caducidad. Propuesta que resulta suscrita por Jesús Alfaro Águila Real, "Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato" (2017), <http://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>.

- 51 Apartado 51: "Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular".
- 52 Apartado 62: "En segundo lugar, debe recordarse que, según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra —cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva—, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible" Apartado 67: "El artículo 3, apartado 1, y el artículo 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que: // El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la

Una tercera lectura (circunscrita a la transparencia material) ha sido la de conectar directa (sin pasar por la noción de desequilibrio) y automáticamente esa falta de transparencia material con la abusividad. Causa de abusividad específica que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 reservaría para las cláusulas a las que alude. Esta era una perspectiva que, como veremos, se ha atisbado en algunas decisiones de nuestro Tribunal Supremo. Y, sin bien superada, está en la génesis del criterio *sui generis* que hoy mantiene el Alto Tribunal.

Dado que el TJUE viene a considerar que la falta de transparencia (formal, gramatical o material) permite entrar a valorar el fondo de las cláusulas a las que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en la mencionada Directiva el asunto de la transparencia viene a ser, sin duda, un asunto relevante pero no definitivo en lo que hace a la decisión de si una cláusula relativa a la definición del objeto principal del contrato se *elimina* o no del contrato. Si examinamos la cuestión desde el Derecho español, podríamos decir que cuando la cláusula sea una condición general (lo que de ordinario ocurrirá), si no es transparente formal o documentalmente no se considerará incorporada al contrato (arts. 5 y 7 LCGC). Para el consumidor adherente se trata de un régimen más favorable que el previsto en la Directiva, pero perfectamente compatible con ella. Pero si esa falta de transparencia es solo material, y habiendo ceñido el Tribunal Supremo las exigencias de transparencia de la LCGC al plano formal y gramatical, lo previsto en el texto comunitario conduce a realizar un control de fondo (a determinar, por tanto, si la cláusula en sí desequilibrada). Sin, embargo, como veremos en el siguiente epígrafe, el Tribunal Supremo ha dado una mayor virtualidad a la falta de transparencia material, pues realmente evita un control del fondo de la cláusula y, en la práctica, liga esa falta de transparencia material con el desequilibrio determinante de abusividad.

II. ¿Qué se debe entender por *objeto principal del contrato*? Según la jurisprudencia comunitaria, dado que se trata de una limitación de las posibilidades de control de fondo de las cláusulas abusivas, el concepto de *objeto principal del contrato* debe interpretarse de una manera estricta (por ejemplo, SSTJUE 30-4-2014 [asunto C-26/13] [apartado 42] y 20-9-2017 [asunto C-186/16] [apartado 34]). Esa consideración restrictiva viene ya determinada por la propia *ratio* del principio

---

normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.-// En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva”.

general de exclusión del control del carácter abusivo de la definición del objeto del contrato y de la relación claridad precio: el consumidor identifica los perfiles del objeto principal de contrato que quiere conseguir y lo que está dispuesto a pagar, y sobre eso consiente. Debería tratarse, por tanto, de aspectos que resulten relevantes en una elección típica, pero no de aquellos que resulten accesorios.

En esa línea, el TJUE (entre otras, SSTJUE 30-4-2014 [asunto C-26/13] [apartados 49 y 50], 26-2-2015 [asunto C154/13] [apartado 54] y 20-9-2017 [asunto C-186/16] [apartados 35 y 36]) ha establecido que “en lo que respecta a la categoría de cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 [...] esas cláusulas deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan [...] // En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», a efectos de la citada disposición”.

No resulta sencillo, sin embargo, precisar qué se entiende por “prestaciones esenciales del contrato” a la luz de la propia jurisprudencia comunitaria.

Es a los Estados miembros a los que les corresponde la determinación en concreto de cuándo una cláusula es definitoria del objeto principal del contrato. Sin embargo, en la STJUE 20-9-2017 (asunto C-186/16) se ha considerado incluida en tal concepto, dado que *regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato*, una cláusula de un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera según la cual el préstamo debería reembolsarse en la misma divisa extranjera en la que se contrató<sup>53</sup>. En este caso el juez nacional deberá valorar si la cláusula era transparente.

Pero el TJUE también ha dado por bueno que eran cláusulas definitorias del objeto principal del contrato algunas relativas a aspectos que en absoluto son esenciales en el sentido de relevantes en una elección típica. Este fue el caso de las cláusulas de redondeo (STJUE 3-6-2010, asunto C-484/08) o de la cláusula relativa al cálculo de intereses remuneratorios que prevé que el año tiene 360 días y no 365 (STJUE 26-1-2017, asunto C421/14).

53 Sobre el tema, STS, de Pleno, 15-11-2017 (RJ 281937): “Las cláusulas [...] que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores”.

Se descartó, sin embargo, en la STJUE 26-2-2015 (asunto C154/13), apartado 78, que, en principio, afecten al ámbito del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 las cláusulas de un contrato de préstamo que permiten al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés<sup>54</sup>, o prevén a su favor una comisión por riesgo.

El Tribunal Supremo español, desde la STS, de Pleno, 9-5-2013<sup>55</sup>, ha venido entendiendo que en los contratos de préstamo las cláusulas suelo del interés remuneratorio variable por relación un índice de referencia (cláusulas que, por tanto, limitan la virtualidad a la baja del índice) afectan a la definición del objeto principal del contrato (al precio de un préstamo oneroso), y, por tanto, se ven afectadas por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. A primera vista parecería que ello puede ser perjudicial para los intereses de los consumidores, pues si la cláusula es transparente no cabe un control de desequilibrio (cosa que no ocurre con el resto de las cláusulas no negociadas). Pero no ha sido así en absoluto y lo que ha ocurrido ha sido todo lo contrario. La razón está en que, por un lado, en la práctica totalidad de los casos se ha entendido que las cláusulas no eran transparentes materialmente (que no constaban de manera que el consumidor pudiera hacerse cargo de su trascendencia jurídica y económica). Y en que, por otro, y como hemos adelantado, la falta de transparencia material de este tipo de cláusulas se ha vinculado con automaticidad a la noción de *desequilibrio*.

## **La falta de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

### **A) Las vacilaciones hasta considerar la falta de transparencia material como determinante de desequilibrio**

En el epígrafe anterior acabamos de aludir a las cláusulas suelo de los contratos de préstamo, y en la introducción a este trabajo hemos apuntado a las mismas al

54 Es generalizado el criterio de que este tipo de cláusulas, aunque afecten directamente al objeto principal, son relativas a la posición jurídica de las partes en el contrato, que por ello están típicamente fuera del ámbito del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (como por otra parte lo acredita su mención en el Anexo a esta, 2.b en relación con 1.j) y sometidas a control de contenido.

55 RJ 2013/ 3088.

dibujar el contexto en el que se plantea y desarrolla la *problemática* jurídica que nos proponíamos analizar. La cuestión ha adquirido particular relevancia social y económica porque los préstamos se contaban por muchos miles, dado que se habían concedido para la adquisición de vivienda en un periodo de franca expansión inmobiliaria y la inclusión de la cláusula estaba considerablemente generalizada en las entidades bancarias. La jurisprudencia que vamos a analizar se refiere, por tanto, fundamentalmente a este tipo de cláusulas. Ya no lo hace, sin embargo, exclusivamente porque la doctrina elaborada al respecto se ha proyectado también sobre los llamados “préstamos multidivisa”.

En el tema que nos ocupa, la STS, de Pleno, 9-5-2013<sup>56</sup>, relativa a una acción colectiva de cesación de condiciones generales conteniendo cláusulas suelo del interés remuneratorio en préstamos con garantía hipotecaria, tiene un carácter inaugural. Desde la misma, se viene afirmando (erróneamente<sup>57</sup>, como ya hemos adelantado y luego insistiremos) que la exigencia de transparencia es más intensa respecto de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y que el fundamento normativo de ello se encuentra en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. El caso es que, partiendo de esa supuesta mayor intensidad de transparencia, el Alto Tribunal vino a sentar en esta decisión el ya aludido *doble control de transparencia* para las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. De lo que se trata en realidad es de que, de un lado, se sienta (insistimos, buscando apoyo para ello en el artículo 4.2 Directiva 93/13 y leyendo en esa perspectiva el artículo 80.1 TRLGDCU) que respecto de tales cláusulas hay un deber de transparencia reforzado: no solo se requiere que las cláusulas sean accesibles y gramaticalmente comprensibles (transparencia documental y gramatical) sino de que la información conste de forma que el consumidor pueda hacerse cargo del significado jurídico y económico de la cláusula (transparencia material). Y, de otro, que las dos facetas de la transparencia se ubican en *remedios* distintos: el primero en el control de incorporación de la LCGC (arts. 5 y 7 LCGC) y disponible para toda condición general, y el segundo en el de validez/abusividad (arts. 6 de la Directiva 93/13, 83 TRLGDCU y 8.2 LCGC).

56 RJ 2013/ 3038.

57 Erróneamente porque, como ya se ha señalado, la exigencia de transparencia en la Directiva 93/13 es, según el TJUE, igual para todas las cláusulas no negociadas.

La anterior doctrina ha tenido continuidad en toda la jurisprudencia posterior. En lo que ha habido diferencias es respecto a qué consecuencias se extraen de ella en relación con la abusividad; extremo, precisamente, en el que ahora queríamos incidir.

En alguna ocasión la falta de transparencia se convierte, en palabras que ya hemos usado, en un filtro o, mejor, un motivo para poder controlar el fondo (la existencia de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes) de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Lo que, como también hemos señalado, viene a coincidir con el criterio de la STJUE 26-1-2017 (asunto C421/14) respecto del artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Así ocurre precisamente en la extensa fundamentación de la aludida STS, de Pleno, 9-5-2013<sup>58</sup>: en ella, y una vez sentado que los contratos enjuiciados se cumplían los requisitos de incorporación pero no los de transparencia material<sup>59</sup>, se entra a analizar el carácter abusivo de las cláusulas en clave de desequilibrio entre la posición de las partes; y, aunque se rechazan al respecto los argumentos de los actores<sup>60</sup>,

58 RJ 2013/ 3038.

59 Apartado 225: “En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: //a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.//b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.//c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar./d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.//e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor”. En el fallo (Séptimo) se declaraba la nulidad cláusulas con base en las siguientes razones: “a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.//b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.//c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.//d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.//e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.//f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”.

60 Apartado 257: “No es preciso que exista equilibrio ‘económico’ o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite”. Apartado 258: “Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo” Apartado 259: “En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la

se considera que tal desequilibrio existe y radica en un *desequilibrio abstracto* producido por el reparto de riesgos<sup>61</sup>. Y otro tanto, aunque con distinto criterio respecto de las circunstancias determinantes del desequilibrio de fondo, parece hacerse en la STS, de Pleno, 8-9-2014<sup>62</sup>, pues, considerándose que no existía transparencia material, se estima el recurso de casación y confirma la sentencia condenatoria de primera instancia, que, en palabras del propio Tribunal Supremo, “considera abusiva la cláusula no en sí misma ni por la cuantía fijada, sino por la existencia de falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, al no establecer una cláusula techo que proteja al consumidor de las subidas del tipo de interés y le compense del riesgo que supone no aplicarle las bajadas del interés por debajo del tipo estipulado en la cláusula suelo”.

Pero la falta de transparencia de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato también se ha considerado por parte del Tribunal Supremo como una circunstancia determinante por sí misma de abusividad<sup>63</sup>. Así se razona en el

---

ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso”.

61 Apartado 264: “Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-,...en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza”.

62 RJ 2014/4660.

63 Lo cierto es que la conexión entre falta de transparencia y carácter abusivo no era nueva en el Tribunal Supremo (aunque no se había producido circunscrita a la falta de transparencia material e incidiendo, en relación con el artículo 4.2 Directiva 93/13, en que el criterio estaba reservado para cláusulas definitorias del objeto del contrato). Así, se lee en la STS 17-6-2010 (RJ 2010/5407), confirmatoria de la de segunda instancia que había declarado la nulidad de ciertas condiciones generales de contratos de depósito de alta rentabilidad y de otros contratos derivados como consecuencia de una acción colectiva: “En el caso examinado la interpretación realizada no se ofrece como absurda o ilógica, puesto que parte del sentido literal de las cláusulas del contrato y, de acuerdo con la prueba practicada y mediante una ponderación de la misma, llega a la conclusión de que la cláusula controvertida produce un desequilibrio en perjuicio de los consumidores que debe considerarse abusivo, fundándose en que el aumento o disminución del valor de las acciones consideradas como de referencia no produce efectos simétricos en la imputación de los beneficios de pérdidas a una y otra parte contratante. En todo caso, debe notarse que la estimación de este motivo de casación sería inútil, puesto que, como ha quedado reiteradamente establecido, el carácter abusivo de la cláusula controvertida no solamente se funda en la existencia de este desequilibrio, sino también en otras circunstancias, especialmente la falta de transparencia exigida por la ley”.

Fallo<sup>64</sup> de la propia STS, de Pleno, 9-5-2013<sup>65</sup>. O en la STS, de Pleno, 14-7-2016<sup>66</sup> (RJ 2016/3399), en este caso fundamentando la no aplicación de la doctrina de la doble transparencia a cláusulas no definitorias del objeto principal del contrato<sup>67</sup>.

Y, por fin, la falta de transparencia material de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato se ha venido a considerar determinante de un desequilibrio consistente en la imposibilidad de hacerse un representación fiel del impacto económico de la cláusula y de comparar entre las distintas ofertas existentes en el mercado<sup>68</sup>.

Esta es la perspectiva que claramente se instaura a partir de la STS, de Pleno, 24.3.2015<sup>69</sup>, referida a una acción colectiva de cesación y retractación de condiciones generales conteniendo cláusulas suelo, aunque es verdad que en la sentencia la conexión automática entre falta de transparencia material y desequilibrio se circunscribe al supuesto de las cláusulas suelo<sup>70</sup>.

64 Séptimo: “Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por //a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.//b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.//c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.//d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.//e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.//f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”.

65 RJ 2013/ 3038.

66 RJ 2016/3399.

67 “Pero, como se ha señalado en la doctrina, la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula tiene sentido respecto de las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, en la medida en que, conforme al art. 4.2 de la Directiva, el control de contenido no puede referirse «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 comprensibles».//Para el resto de las cláusulas, como la que es objeto de enjuiciamiento, respecto de la que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor”. Fundamento de Derecho Segundo (3).

68 Se acoge así la tesis de la que viene siendo el representante de referencia Francisco Pertiñez Vílchez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* (Cizur Menor: Aranzadi, 2004), 133 ss., y *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, 2.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017) 113 ss.

69 RJ 2015/845.

70 Así ocurre cuando, asumiendo la afirmación de la STS 9-5-2013, de Pleno (RJ 2013/ 3038) de que “la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas” las cláusulas, se continúa

El caso es que la *doctrina* anterior ha sido reiterada, *ratio decidendi* u *obiter dictum*, en otras decisiones (entre las que le resultan cercanas en el tiempo, SSTs 25-3-2015 [de Pleno], 29-4-2015 y 23-12-2015 [de Pleno])<sup>71</sup> también relativas a cláusulas suelo. Pero, como ya hemos adelantado, la STS, de Pleno, 15-11-2017 (JUR 2017/2819379) la ha extendido a los préstamos multidivisa<sup>72</sup>.

El Tribunal Supremo ha tomado nota de la STJUE 26-1-2017 (asunto C421/14), en la que se sentaba que la falta de transparencia es lo que permite que se pueda, y deba, valorar el fondo de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, para subrayar que su jurisprudencia sobre cláusulas suelo es compatible con la referida interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Así, se lee en la STS, de Pleno, 25-5-2017<sup>73</sup>:

Nuestra jurisprudencia se acomoda a esta doctrina del TJUE porque partimos de la base de que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor» (sentencia 241/2013, de 9 de mayo); y, consiguientemente, entendemos que «esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente» (sentencia 138/2015, de 24 de marzo). No es incompatible con lo anterior que, a renglón seguido, a la vista del contenido de la cláusula («suelo») y del contrato en el que está incorporada (préstamo hipotecario a largo plazo de interés variable), hayamos considerado que «la falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio

---

(Fundamento de Derecho Séptimo -2- ): “no es ese 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 al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado//”.

71 RJ 2015/735, 2015/2042 y 2015/5714.

72 “La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo”.

73 RJ 2017/2561. Se hacía ya eco de la sentencia comunitaria la STS, de Pleno, 9-3-2017 (RJ 2017/977).

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 al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.

El caso es que ese parámetro de desequilibrio es al que se continúa aludiendo<sup>74</sup>.

## B) ¿Base normativa del criterio jurisprudencial?

Lo anterior es el relato de una evolución y un reajuste jurisprudenciales. Puede sorprender la variación en pocos años. En descargo de nuestro Alto Tribunal, deben apuntarse algunas circunstancias que, en buena medida, explican la indecisión e incluso la contradicción: las propias dudas en la literatura jurídica sobre la vigencia entre nosotros del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y, sobre todo, sus divergencias en relación con la interpretación del precepto y, en definitiva, los efectos de la falta de transparencia cuando se trata de cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

Pero al mismo tiempo también hay una cierta *seducción* por la idea de vincular falta de transparencia (material, porque no olvidemos que lo relativo a la formal y gramatical se resuelve, para todas las cláusulas no negociadas y predispuestas para una pluralidad de contratos, en sede de incorporación de acuerdo a la legislación sobre condiciones generales) a la abusividad (al principio directamente y luego, de manera más respetuosa con el sistema de la Directiva 93/13 y del TRLDCU, a través de la insoslayable noción de *desequilibrio*). Ello tiene que ver con las propuestas de interesantes obras<sup>75</sup> que han tenido singular acogida. Pero también con que al poner el énfasis en la falta de transparencia material y *sobredimensionar* su efecto, se evitaban espinosas cuestiones vinculadas al control de fondo de las cláusulas suelo y que se habían planteado tanto al hilo de la STS, de Pleno, 9-5-2013<sup>76</sup> (y de su Auto aclaratorio del Pleno de la Sala Civil 3-6-2013<sup>77</sup>) como de la STS, de Pleno,

74 STS 4-6-2018 (JUR 2018/158487).

75 Pertiñez, *Las cláusulas abusivas*, 133 ss. y *La nulidad de las cláusulas*, 113 ss.

76 RJ 2013/ 3038.

77 RJ 2013/3617.

8-9-2014<sup>78</sup>: la relevancia al respecto de la existencia de un techo y de la *altura* de ese techo; la circunstancia de que, existiendo efectivamente tal techo, durante un tiempo los consumidores se beneficiaran de él; la trascendencia de la previsibilidad de la evolución de tipo por parte del profesional, etc.

Todo lo anterior se ha de situar, además, en un contexto en el que ciertamente se pretendía inclinar la balanza hacia los consumidores frente a una banca que en su conjunto distaba mucho de haber sido clara en la información relevante para los adherentes (y no solo en el ámbito de los contratos de préstamo, sino también en la venta de diversos productos financieros). Con todo, los intereses del sector bancario se tuvieron en principio presentes, por cuanto la STS, de Pleno, 9-5-2013<sup>79</sup>, sentó que los efectos de la nulidad de la cláusula no eran retroactivos y, por tanto, no debían restituirse todos los intereses *indebidamente* cobrados. Sin embargo, ese efecto retroactivo se ha venido a exigir, con fundamento en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, por la STJUE 21-12-2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)<sup>80</sup>; lo que ha determinado que el Tribunal Supremo modifique en la sentencia, de Pleno, 24-2-2017<sup>81</sup> el que había sido su criterio inicial.

Tal y como ha quedado configurada, en lo sustancial la doctrina sobre la falta de transparencia material es plausible desde un punto de vista normativo. En todo caso, las dudas que al respecto podrían suscitar algunos de los posicionamientos que hemos relatado no se plantearían desde el punto de vista en la Directiva 93/13 sino desde el Derecho interno. Como venimos insistiendo, la Directiva 93/13 es una Directiva de mínimos, y, por lo tanto, no es obstáculo tanto para ampliar la

78 RJ 2014/4660.

79 RJ 2013/ 3038.

80 Apartados 66 y 73: “De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. //De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva [...]”.

81 RJ 2017/602.

propia noción de *desequilibrio* como para sentar criterios de abusividad que ni siquiera pasen por semejante noción. Por lo tanto, no se opone a la Directiva 93/13 ni una conexión automática entre falta de transparencia y desequilibrio ni considerar la falta de transparencia como determinante de abusividad. Sin embargo, para ello habrá de tenerse un apoyo normativo.

Se podrá ver, y por eso nos referíamos a la plausibilidad normativa de la actual perspectiva jurisprudencial, la *imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico y la consiguiente privación de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado* como un caso de desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en contravención de la buena fe (art. 82.1 TRLGDCU). Pero desde luego no hay norma que permita considerar que la falta de transparencia material es determinante por sí misma (y sin transitar por el concepto de desequilibrio) del carácter abusivo de una cláusula. No lo dice el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 ni tampoco lo sienta el TRLGDCU.

Y, a propósito de apoyo normativo, cabe, en fin, preguntarse por el de la circunscripción del enjuiciamiento de la falta de transparencia material a propósito de abusividad a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Especialmente desde la STS, de Pleno, 9-5-2013<sup>82</sup>, se viene reconduciendo ese especial deber de transparencia al artículo 4.2 de la Directiva<sup>83</sup>. Pero, como hemos señalado en varias ocasiones, el TJUE desde su sentencia 30-4-2014 (asunto C-26/13) mantiene que la exigencia de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 coincide con la general del artículo 5 de la propia Directiva. Es un estándar efectivamente exigente, comprensivo de la transparencia material, pero que resulta aplicable a toda cláusula no negociada (aunque, al margen de la norma de interpretación del artículo 5 de la Directiva 93/13, ninguna consecuencia haya en tal Directiva para su ausencia en caso de cláusulas no definitorias del objeto principal del contrato). Nuestro Tribunal Supremo considera que la falta de transparencia material de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato determina que estas sean abusivas por causar un desequilibrio importante contrario a la buena fe; desequilibrio que cifra en una *imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado*. Pues bien, ¿cuál es la razón para limitar semejante visión del desequilibrio producido por la falta de transparencia material a las cláusulas que se entiendan definitorias

82 RJ 2013/ 3038.

83 Se continúa haciendo en la STS, de Pleno, 15-11-2017 (JUR 2017/281937).

del objeto principal del contrato? ¿Es que la falta de transparencia material de una cláusula no definitoria del objeto principal del contrato no determina la imposibilidad de hacerse una representación fiel de su impacto y priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado? No resulta suficiente justificación que estas cláusulas puedan ser controladas por desequilibrio, pues también lo pueden ser, si no son transparentes, las definitorias del objeto principal del contrato. Si lo que se va a decir es que unas condicionan la voluntad de contratar y otras no, habría que examinar en concreto el tipo de cláusula.

### C) ¿Parámetros subjetivos u objetivos para medir la transparencia?

La plausibilidad normativa del criterio jurisprudencial que hemos ido desgranando no excluye que el mismo presente rasgos de cierta inconsistencia o, cuando menos, resistencia a ser coherente con las exigencias de una vía que implica la existencia de una falsa representación.

La noción de *desequilibrio* por la que se transita habitualmente al hilo de la Directiva 93/13 y del TRLGDCU está pensada para *imponerse* igualmente sobre supuestos en los que no hay ninguna falsa representación. También en casos en los que, por lo tanto, el consumidor conocía la cláusula y su significado. De ahí que sea irrelevante no solo su *creencia* sino también su diligencia, formación o habilidades. La exigencia de transparencia, sin embargo, protege la formación de la voluntad y persigue, por tanto, que el adherente no se vincule a cláusulas que no se pueden conocer o que no resulten *inteligibles* (no solo gramaticalmente sino también en lo que hace a su repercusión en la economía contractual). De ahí que ahora sí serán trascendentes tanto la efectiva creencia o representación como la formación y el conocimiento del consumidor adherente.

Por tanto, es posible ver la falta de transparencia material como determinante de una situación que se reconduzca a un *tipo* de desequilibrio, pero ello no impide que la efectiva falta de transparencia se haya de examinar con parámetros también subjetivos. Así, lo que para un sujeto puede no ser transparente materialmente puede serlo para otro. Su formación o conocimiento profesional son circunstancias en las que obviamente se piensa. Pero no ha de descartarse la relevancia de extremos como la información proporcionada al margen del contrato por otros profesionales como los notarios. Y cabe incluso que sea decisivo el momento en el que se suscribió el contrato, pues puede haber un tipo en cláusulas respecto de las cuales el conocimiento sobre su significado pase de ser escaso a generalizarse.

Todos estos extremos podrán ser carga probatoria del empresario, pero ello solo significa que, en caso de duda al respecto (art. 217.1 LEC), se optará por parámetros abstractos y solo se tendrá en cuenta lo que se refleja en el contrato. No que, de estimarse probadas circunstancias como las reseñadas, ello no conduzca a considerar la cláusula como transparente.

Pero este es un planteamiento por el que no se puede transitar en las acciones colectivas<sup>84</sup>. De ahí que en este tipo de acciones se reivindica (por ejemplo, SSTS, de Pleno, STS, de Pleno, 9-5-2013<sup>85</sup> y 24-3-2015<sup>86</sup>) un control abstracto<sup>87</sup> que toma exclusivamente en consideración lo que pueda considerarse un consumidor medio<sup>88</sup> y en el que los términos del contrato son la única referencia para juzgar la información proporcionada. Así, se lee en la STS, de Pleno, 24-3-2015<sup>89</sup>:

Como se afirmó en la sentencia de esta Sala, de Pleno, n.º 464/2014, de 8 de septiembre, «sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia».

84 *Ibidem, supra*, nota 13.

85 RJ 2013/3088.

86 RJ 2015/845.

87 Se lee en la STS, de Pleno, 24-3-2015 (RJ 2015/845): “Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1 ).//La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa.//Siguiendo los argumentos del recurso, no podrían ejercitarse acciones colectivas en materia de publicidad engañosa, o tampoco serían posibles enjuiciamientos que supusieran la formulación de juicios de valor abstractos de cuestiones tales como la confusión marcaría o constitutiva de competencia desleal, dadas las diferencias en la percepción de las ofertas publicitarias, los signos distintivos o las presentaciones de productos que pueden producirse entre los distintos receptores de tales comunicaciones y que obligarían a realizar el enjuiciamiento caso por caso”.

88 La referencia al consumidor medio es de la STS, de Pleno, 24-3-2015 (RJ 2015/845). En la SSTS, de Pleno, STS, de Pleno, 9-5-2013 (RJ 2013/3088) se lee que un control abstracto “(n)o permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente”.

89 RJ 2015/845.

Pero también en las acciones individuales ha resultado nuestro Tribunal Supremo particularmente reticente a poner en cuestión la falta de transparencia. Ciertamente no lo fue, reticente, en la STS, de Pleno, 9-3-2017<sup>90</sup>, que excepcionalmente avala el criterio de la Audiencia Provincial de que la cláusula era transparente<sup>91</sup> y señala que

En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.//En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia.

Pero poco después se señala en la STS 8-6-2017 (RJ 2017/2509), para centrar el análisis en el texto del contrato:

Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional.

90 RJ 2017/977. Aunque en la decisión incide igualmente el Tribunal Supremo en que, según se declaró probado en la instancia, la cláusula había sido negociada (por cuanto el cliente había conseguido rebajar el “suelo” habitual del banco) y ello debería haber determinado que no se entrara en el juicio de transparencia/abusividad.

91 “La cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la sala, en la medida en que, como declaramos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, «la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»”.

Consideraciones que se reiteran, igualmente en un caso de acción individual, en la STS, de Pleno, 15-11-2017<sup>92</sup>.

Y en la misma línea, y ahora respecto a los conocimientos profesionales, se lee en la STS 24-11-2017<sup>93</sup>, que casa la sentencia de apelación, que había considerado transparente una cláusula suelo habida cuenta de que la adherente era empleada de banca, con la siguiente argumentación:

Es cierto que un empleado de banca familiarizado con estos contratos, aunque tenga la condición de consumidor cuando concierta un préstamo hipotecario con un banco para financiar la adquisición de una vivienda, pues actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, precisa de menos información (sobre todo precontractual) relativa a en qué consiste y qué efectos tiene la cláusula suelo.//Pero, aunque no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa, en este caso no es así.//En primer lugar porque la Audiencia parte de que no ha quedado acreditado ninguna clase de información previa antes de la firma del contrato, ni durante la misma, más allá de la lectura de la escritura por el notario; y, en segundo lugar, porque no consta que la actividad prestada por la demandante en el banco guardara relación con la contratación de este tipo de pólizas de préstamo hipotecario con interés variable y cláusula suelo. La demandante era gestor operativo en actividades ajenas a la concesión y contabilización de créditos hipotecarios y la entidad para la que trabajaba no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios.

## Conclusiones

Según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; “(l)a 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,

92 JUR 2017/281937.

93 JUR 2017/294743. Véanse también las ambiguas consideraciones que se realizan en la STS 8-6-2017 (RJ 2017/2509).

siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Partiendo de este precepto (no formalmente transpuesto, pero que se considera aplicable en el Derecho español), el Tribunal Supremo ha construido su doctrina sobre la transparencia material (comprensibilidad de las consecuencias jurídicas y económicas) de las cláusulas no negociadas relativas al objeto principal de contrato en la contratación con consumidores. Doctrina que ha venido operando en el ámbito de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria respecto de extremos relativos al interés remuneratorio (fundamentalmente, aunque ya no de forma exclusiva, en torno a las llamadas *cláusulas suelo*).

Semejante doctrina parte de reconducir la falta de transparencia material de las cláusulas definitorias de objeto principal del contrato al plano de la abusividad (y, por tanto, de la mencionada Directiva 93/13 y de los artículos 80 a 92 TRLGDCU) y, en su última versión, supone entender que, para tales cláusulas, semejante falta de transparencia determina un desequilibrio consistente en la *imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado*.

La conexión entre falta de transparencia y abusividad pasando por la noción de *desequilibrio* es, como se justifica en el trabajo, plausible normativamente. Lo que realmente no es plausible desde un punto de vista normativo es ceñir los efectos de la falta de transparencia material a las cláusulas a las que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. El Tribunal Supremo ha venido procediendo a esa circunscripción con el argumento de que en el mencionado precepto se establece una exigencia reforzada de transparencia (no solo formal/documental y gramatical sino también material). Sin embargo, el TJUE ha afirmado con reiteración que el alto estándar de exigencia de transparencia que impone la Directiva 93/13 resulta aplicable a toda cláusula.

La reconducción al plano de la abusividad de la falta de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato ha permitido recurrir a un régimen de nulidad parcial del contrato (nulidad de la cláusula con mantenimiento de contrato); régimen que, en consonancia con lo establecido en la Directiva 93/13, es el previsto en el TRLGDCU. Se evita así un inconveniente conectado al examen de la cuestión desde la perspectiva de la anulación (anulabilidad o nulidad relativa) por vicios de consentimiento pues nuestro Tribunal Supremo viene entendiendo que el régimen de la anulabilidad se ha de proyectar sobre todo el contrato.

A pesar de que la cuestión de la falta de transparencia material se analice en sede de desequilibrio/abusividad, no puede obviarse que la exigencia de

transparencia protege la formación de la voluntad y persigue, por tanto, que el adherente no se vincule a cláusulas cuyo real significado no resulte comprensible o no haya comprendido por otros medios. De ahí que ahora sí serán trascendentes aspectos subjetivos como la efectiva creencia o representación y la formación y conocimiento del consumidor adherente o la consecución de información más allá del clausulado. Pero este es un planteamiento por el que no se puede transitar en los procedimientos resultado de acciones colectivas (donde se insiste en que el control debe ser abstracto, tomando exclusivamente en consideración lo que pueda considerarse un consumidor medio y en el que los términos del contrato son la única referencia para juzgar la información proporcionada). Sin embargo, también en las acciones individuales parece detectarse una cierta resistencia a ir más allá de semejante control abstracto.

## Referencias

Alfaro Águila Real, Jesús. “Comentario al art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dirigidos por Aurelio Menéndez y Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León, 97-141. Madrid: Civitas, 2002.

Alfaro Águila Real, Jesús. “Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato”. Almacén de Derecho, 21 de marzo de 2017, <http://almacenederecho.org/clausulas-predisuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>.

Asua González, Clara I. “Error anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa”, en *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. I, dirigido por Ángel Carrasco Perera, 349- 360. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Cámara Lapuente, Sergio. *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006.

Cámara Lapuente, Sergio. “Transparencias, desequilibrios, e ineficacias en el régimen de cláusulas abusivas”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n. ° 55 (2014-2015): 549-644.

Cámara Lapuente, Sergio. “Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016 : Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”. *Indret*, n. ° 1 (2017). <http://www.indret.com/pdf/1287.pdf>.

Carrasco Perera, Ángel. *Derecho de Contratos*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2010.

Díaz Martínez, Ana. “Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. II, dirigido por Ángel Carrasco Perera, 1077-1090, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dirigidos por Aurelio Menéndez y Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León, 61-73. Madrid: Civitas, 2002.

González Pacanowska, Isabel. “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en *Comentario del Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otra Leyes Complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, 2ª ed., 1025-1348. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Marín López, Manuel Jesús. “La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE del 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 5 (2013): 35-53, <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/256>.

Mato Pacín, María Natalia. *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Madrid: BOE, 2017.

Miquel González, José María. “Comentario a los arts. 82 a 84 del TRLG-DCU”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigido por Sergio Cámara Lapuente, 712-778. Madrid: Colex, 2011.

Miquel González, José María. “La nulidad de las condiciones generales”, en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coordinado por Jesús Delgado Echeverría, 193-221. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007.

Pantaleón Prieto, Fernando. “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”. Almacén de Derecho, 12 de marzo de 2017, <http://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>

