

# CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE: A PROPÓSITO DE ALGUNAS EXPERIENCIAS EN EL SECTOR FINANCIERO

Consequences from the lack of material transparency  
of non-individually negotiated clauses: regarding some  
experiences in the financial sector

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Córdoba

Revista de Derecho del Sistema Financiero 4

Julio – Diciembre 2022

Págs. 111–156

**RESUMEN:** Al aplicar el artículo 4.2 de la Directiva 93/13CEE a cláusulas insertas en contratos financieros, la jurisprudencia ha ido desarrollando el conocido como control de transparencia material. Entre las muchas cuestiones abiertas y controvertidas que suscita esta modalidad de control, ocupa un lugar relevante la relativa a las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Dos son las principales soluciones que al respecto se defienden en nuestra comunidad jurídica. Una de ellas consiste en entender que dicha falta de cumplimiento comporta la apertura del control de contenido o abusividad. Desde esta perspectiva, nada se opone a la existencia de cláusulas materialmente no transparentes que merecen considerarse lícitas (o no abusivas) por no comportar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. La otra solución, en cambio, se inclina por entender que una estipulación no transparente en sentido material ha de reputarse

**ABSTRACT:** When applying the article 4.2 of the Directive 93/13CEE to clauses inserted in financial contracts, case law has been developing what is known as the control of material transparency. Among the many open and controversial questions raised by this type of control, the consequences of non-compliance with it occupy a relevant place. Two are the main solutions defended in this respect in our legal community. One of them consists of understanding that such non-compliance entails the opening of the control of content or abusivity. From this point of view, nothing prevents the existence of materially non-transparent clauses that deserve to be considered lawful (or non-abusive) because they do not involve a significant imbalance in the rights and obligations of the parties. The other solution, on the other hand, is inclined to understand that a non-transparent stipulation in a material sense must necessarily be considered abusive and,

necesariamente abusiva y, por tanto, ilícita. En este trabajo se defiende y argumenta esta última solución, pese a no ser la seguida actualmente por la jurisprudencia (española y comunitaria) y por un cualificado sector de la doctrina privatista. Según el autor, esta forma de enfocar y entender este asunto se apoya en dos argumentos principales. El primero tiene carácter normativo y pone el acento en la existencia en nuestro Derecho de una regulación que conduce a dicho resultado. El segundo es calificado (tal vez impropriadamente) de dogmático, dada su estrecha relación con la teoría general o dogmática del contrato en conexión con el fundamento del control de transparencia material. A través de esta argumentación, se sostiene la improcedencia de someter a control de contenido tanto las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, como las atinentes a la relación precio/prestación.

**PALABRAS CLAVE:** Control de transparencia material – Control de contenido o abusividad – Cláusulas no negociadas individualmente – Contratos financieros.

therefore, unlawful. This paper defends and argues the latter solution, although it is not the one currently followed by case law (Spanish and EU) and by a qualified sector of the privatist doctrine. According to the author, this way of approaching and understanding this matter is based on two main arguments. The first is of a normative nature and emphasizes the existence in our law of a rule that leads to this result. The second is described (perhaps improperly) as dogmatic, given its close relationship with the general or dogmatic theory of the contract in connection with the basis of the control of material transparency. Through this argumentation, it is concluded that it is inappropriate to subject the clauses relating to the main object of the contract and those relating to the price/performance ratio to content control.

**KEYWORDS:** Control of material transparency – Control of content or abusiveness – Non-individually negotiated clauses – Financial contracts.

**Fecha de recepción:** 18-3-2022

**Fecha de aceptación:** 7-6-2022

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y PROPÓSITO DE ESTAS REFLEXIONES. II. UNOS APUNTES INICIALES SOBRE LA NOCIÓN DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y SU DIFERENCIACIÓN DE LA FORMAL. III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y REACCIÓN DOCTRINAL AL RESPECTO. 1. *Posición de la jurisprudencia.* 2. *Reacción de la doctrina.* IV. MI OPINIÓN FAVORABLE A CONSIDERAR QUE LA FALTA DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE UNA ESTIPULACIÓN CONDUCE DIRECTAMENTE A SU ILICITUD. 1. *Argumento normativo: los artículos 5 de la LCGC y 83 del TRLGDCU.* 2. *Argumento dogmático: la estrecha conexión entre transparencia material y consentimiento contractual.* V. CONSIDERACIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

DOI: <https://doi.org/10.32029/2695-9569.02.03.2022>

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y PROPÓSITO DE ESTAS REFLEXIONES

Hoy es indiscutible que el conocido como control de transparencia material constituye una institución clave del sector del Derecho de obligaciones y contratos que se ocupa de la contratación predispuesta. El consenso desaparece, sin embargo, a la hora de fijar muchos de los aspectos que conforman la configuración jurídica de este control. Entre los extremos que se presentan abiertos y controvertidos, ejemplificativamente pueden mencionarse los siguientes:

*Primero:* La conexión del control de transparencia material con el control de transparencia formal (también llamado, en terminología más clásica, control de inclusión o de incorporación), como propugna un sector de nuestra doctrina privatista<sup>1</sup>, o con el control de contenido o abusividad, como viene postulándose por otros autores con el refrendo de nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS)<sup>2</sup>.

*Segundo:* El fundamento o razón de ser de este control de transparencia material, pues mientras algunos lo ubican en la protección del consentimiento de los adherentes a fin de que sus declaraciones de voluntad sean emitidas con plena libertad de saber<sup>3</sup>, otros, en cambio, lo conciben como un genuino control de contenido o abusividad caracterizado por ser aplicado a condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente definitorias del objeto principal del contrato<sup>4</sup>.

*Tercero:* Las consecuencias derivadas del incumplimiento del requisito de la transparencia material, consistentes para unos en la apertura del control de contenido o abusividad<sup>5</sup>, y para otros en la abusividad (y, por ende, ilicitud y nulidad) directa de las estipulaciones materialmente no transparentes; si bien en la jurisprudencia europea y española ha sido la primera solución la que parece haberse consolidado como tesis oficial<sup>6</sup>.

1. Lo que conduce a postular la aplicación del control de transparencia material también a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (B2B); *ad ex.*, en esta dirección: CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Cátedra Garrigues-Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 123 y ss.
2. Entre otros, *ad ex.*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 91 y ss.
3. Como he sostenido en “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, en *InDret*, núm. 2 de 2018, pp. 29 y ss.; con anterioridad, también muy claro en esta dirección: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato”, disponible en <http://almacenederecho.org>, quien califica el control de transparencia material de las estipulaciones relativas al objeto principal del contrato como “un control del consentimiento del consumidor”.
4. En concreto, así lo hace PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre la transparencia material de cláusulas predisuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*”, disponible en <https://almacenederecho.org>; ÍDEM, “Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13”, disponible en <https://almacenederecho.org>.
5. Entre otros muchos, se manifiestan en este sentido PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 439 y ss.; CASADO NAVARRO, A., “El control de transparencia como llave del control de contenido de las cláusulas contractuales predisuestas”, en *La Ley Mercantil*, núm. 11, 2015, pp. 50 y ss.; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 252 y ss.
6. Esta otra tesis es defendida, *ad ex.*, por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “A las cláusulas predisuestas que regulan los elementos esenciales del contrato no se le aplica el Derecho de las condiciones generales ni el derecho de las cláusulas abusivas”, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es>; PAGADOR LÓPEZ, J., “Las

Gran parte de estas cuestiones están estrechamente conectadas entre sí. Razón por la cual la respuesta que se dé a una de ellas va a depender de la que se ofrezca a las demás. Aquí, no obstante, voy a centrar la atención especialmente en la última de las apuntadas, esto es, en las consecuencias que se anudan a la no superación de las exigencias derivadas de la transparencia material. Me propongo ofrecer argumentativamente mi opinión sobre este asunto, consciente de que nos encontramos ante una cuestión abierta (*res dubia*) frente a la cual caben posibles soluciones, siempre que estén adecuadamente fundamentadas<sup>7</sup>.

En este sentido, no está de más recordar con Karl Popper que en el ámbito de las Ciencias Sociales el conocimiento o saber científico en estado puro e incontrovertible es inaccesible<sup>8</sup>. Y en la misma dirección ha de tenerse en cuenta la advertencia del profesor Sánchez Calero de que cualquier cultivador del Derecho ha de conocer la gran subjetividad que aporta a su propio trabajo, toda vez que nos encontramos ante una Ciencia que no tiene por objeto fenómenos de la naturaleza, sino “productos del espíritu del hombre”<sup>9</sup>. Por eso cualquier disputa intelectual que gire en torno a este tipo de asuntos tiene que ser consciente de su cierta relatividad y carácter inacabado<sup>10</sup>.

Efectivamente, como podrá comprobarse a continuación, mi postura sobre esta materia ni coincide con la defendida por un sector relevante de la doctrina privatista, ni con la tesis oficial de la jurisprudencia nacional y europea. Como representativa de esta tesis dominante cabría citar la conocida y muy comentada STS de 12 de noviembre de 2020, relativa a un préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH<sup>11</sup>. No en vano, en ella el TS sostiene sin ambages que el hecho de que

---

cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala Primera] de 3 de junio de 2016”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 301, 2016, pp. 405 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia...”, cit., pp. 45 y 46.

7. De hecho, así lo corroboran los autores citados *supra*, en las notas 5 y 6.
8. POPPER, K., *La Lógica de la investigación científica* (trad. por SÁNCHEZ ZABALA), Ed. Tecnos, Madrid, 1962, *passim*, y también del mismo autor *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* (trad. por MÍQUEZ), Ed. Paidós, Buenos Aires, 1979; como sostiene POPPER en estos estudios, en el terreno de las Ciencias Sociales, lo relevante para que el progreso sea posible es que las verdades existentes estén siempre sujetas a críticas, esto es, expuestas a pruebas, verificaciones y retos que las confirmen o desmientan y, en este segundo caso, las reemplacen por otras más próximas a la verdad total y definitiva, aunque ésta se presenta como inalcanzable y seguramente inexistente.
9. SÁNCHEZ CALERO, F., “Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho mercantil al finalizar el siglo XX”, en SÁNCHEZ CALERO (Coord.), *Perspectivas actuales del Derecho mercantil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 17.
10. En estos términos se manifiesta SORIANO GARCÍA a propósito de la primera normativa europea y española de lucha contra la morosidad: v. su *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p. 74.
11. STS de la Sala I.<sup>a</sup> de la que fue Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José VELA TORRES.

una determinada cláusula no sea transparente “no implica necesariamente que sea abusiva”. Y añade a lo anterior que, en lo que atañe a los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), resulta aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE), según la cual “una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad”.

Desde mi punto de vista, esta solución, aun pudiendo considerarse hoy la oficial en el ámbito judicial, no es la más razonable. Sobre todo, porque soy de la opinión (tal vez equivocada) de que no es la que más y mejor se ajusta a la teoría general del contrato que, a mi modo de ver las cosas, es el faro que ha de guiar e iluminar al jurista a la hora de buscar las respuestas más idóneas a las cuestiones abiertas que actualmente suscita el control de transparencia material<sup>12</sup>.

El propósito aquí perseguido es, por tanto, claro. En síntesis, de lo que se trata es de explicar y argumentar si las cláusulas que no superan el control de transparencia material han de someterse al control de contenido o abusividad o, en cambio, han de reputarse directamente abusivas y, por ende, nulas de pleno derecho. Es obvio que de aceptarse la primera solución, se podrá defender que una cláusula, pese a no ser materialmente transparente, es lícita por no suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. En cambio, de acogerse la segunda, habrá de aceptarse que el incumplimiento de las exigencias de la transparencia material conduce automáticamente a la abusividad y subsiguiente nulidad de la estipulación afectada.

## II. UNOS APUNTES INICIALES SOBRE LA NOCIÓN DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y SU DIFERENCIACIÓN DE LA FORMAL

Para responder a la cuestión que nos ocupa, es necesario partir de concretar (aunque sea de forma sintética) en qué consiste y qué alcance tiene esta modalidad de transparencia que se ha dado en llamar material para contraponerla a la formal. Y lo cierto es que, en rigor, no existe al respecto pleno consenso en nuestra comunidad jurídica.

Sí cabe hablar de coincidencia a la hora de ubicar el origen del control de transparencia material en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas<sup>13</sup>. El Considerando 19 de la referida Directiva anuncia

12. Como ya tuve ocasión de apuntar inicialmente en “El control de transparencia...”, cit., pp. 45 y 46, y desarrollé más tarde en “¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predisuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?”, en *La Ley Mercantil*, núm. 87, enero de 2022, pp. 11 y ss.

13. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: DOUE-L-1993-80526. Sin pretensión de exhaustividad, este origen es puesto de manifiesto recientemente, entre otros muchos, por BUSTO LAGO, J. M., “Las funciones notariales y registrales y el control de transparencia del préstamo hipotecario”, en ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ,

el contenido del art. 4.2 en los siguientes términos: “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”. Más adelante, ya en la parte dispositiva de la noma armonizadora, su art. 4.2 dispone (cierto es que con una traducción al español no demasiado afortunada) que “[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, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”<sup>14</sup>.

La comparación del Considerando 19 con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE permite advertir con relativa facilidad que el segundo añade al primero una coletilla final que conecta el asunto del control de contenido o abusividad de los elementos esenciales del contrato con la idea de la transparencia, a la que se refiere con una alusión expresa a las exigencias de la claridad y la comprensibilidad: “siempre que redacten de manera clara y comprensible”.

Ahora bien, el consenso en la comunidad jurídica no va más allá de residenciar en el referido art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE el origen de la transparencia material o cualificada. La uniformidad desaparece a la hora de interpretar dicho precepto. Es cierto que una parte importante de la doctrina confiere a esta norma el sentido de que las estipulaciones relativas a los elementos esenciales del contrato (o, si se prefiere, al objeto principal y a la adecuación entre precio y prestación) no se someten a control de contenido o abusividad a no ser que no sean transparentes<sup>15</sup>. Pero no faltan quienes, separándose de la opinión anterior, niegan que los elementos esenciales del contrato puedan ser sometidos al referido control de

---

F (Dirs.): *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Ed. Aranzadi, 2021, p. 264; PEÑA LÓPEZ, F, “El consumidor vulnerable en el mercado financiero”, en la misma obra colectiva precitada, p. 38.

14. Que la traducción al español del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no ha sido la más correcta es un dato en el que repara expresamente el profesor PANTALEÓN, cuando apunta que el poco afortunado traductor escribió un “ni a”, en vez de la conjunción “y”, antes de “los servicios”, desfigurando así el sentido del texto. Lo que no ocurre, sin embargo, en las versiones francesa (“sur l’adéquation entre le prix et la rémunération, d’une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d’autre part”), italiana (“sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall’altro”), inglesa (“to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other”), ni alemana (“die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Engelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die Gegenleistung darstellen”): PANTALEÓN PRIETO, F, “Sobre el artículo 4.2...”, cit. *supra*.
15. Entre otros muchos, así: PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*, cit., pp. 439 y ss.; CASADO NAVARRO, A., “El control de transparencia como llave...”, cit., pp. 50 y ss.; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *El control de transparencia de condiciones generales...*, cit., pp. 252 y ss.

contenido o abusividad, lo que les lleva a sostener que las estipulaciones no transparentes relativas a dichos elementos son siempre ilícitas (o, si se prefiere, abusivas)<sup>16</sup>.

Mas no acaban aquí las discrepancias. Un cualificado sector de la doctrina sostiene que el deber de transparencia material derivado de la Directiva 93/13/CEE es de carácter objetivo. Con ello quiere afirmarse que lo que a través de él se exige al predisponente es que la estipulación o cláusula en cuestión (que ha de ser relativa a los elementos esenciales del contrato) pueda ser conocida y comprendida por el adherente medio, dadas las circunstancias concurrentes en cada caso<sup>17</sup>. De modo que, desde este punto de vista, la transparencia material no requiere que el consumidor llegue a conocer y comprender de forma efectiva la estipulación, pues de acogerse esta concepción subjetiva de la transparencia –se argumenta–, lo que se estaría evaluando es el consentimiento del adherente. Y, en opinión de esta doctrina, dicha idea ha de descartarse, dado que para tal menester el ordenamiento jurídico ya cuenta con el instrumento de la anulabilidad por los vicios del consentimiento que afectan a la libertad de saber de uno de los contratantes (error y/o dolo)<sup>18</sup>.

En apoyo de esta concepción objetiva de la transparencia material se invoca la jurisprudencia del TS. No en vano –se dice–, en la mayoría de sus sentencias dicho órgano jurisdiccional no ha dudado en afirmar que el control de transparencia material supone un “parámetro abstracto de validez” de la cláusula. Aunque, al mismo tiempo, esta doctrina advierte la existencia de resoluciones en las que para constatar el cumplimiento de la transparencia material el TS apela a que el consumidor concreto, a la vista de la

16. Esta es mi opinión (como expongo en mi trabajo “El control de transparencia...”, cit., pp. 45 y 46), ya que siempre me han convencido los argumentos de la doctrina partidaria de esta solución, como es el caso, entre otros, de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “A las cláusulas predisuestas que regulan los elementos esenciales del contrato...”, cit., *passim*; PAGADOR LÓPEZ, J., “Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales...”, cit., pp. 405 y ss.; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, núm. 3 de 2013, pp. 1 y ss.; ÍDEM, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014; ÍDEM, *La nulidad de las cláusulas suelo...*, cit., *passim*.

17. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S., “Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes”, en *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, número relativo al I Congreso sobre el principio de transparencia en la contratación predispuesta y su proyección como valor transversal de la sociedad, disponible en <https://vlex.es>, pp. 27 y ss.

18. *Ibidem*; en concreto, según CÁMARA, “la transparencia de la Directiva 93/13 es objetiva; por eso su ámbito de aplicación, como ocurre también en otras Directivas de consumo con idéntica definición del ámbito personal, se refiere al *consumidor medio* (normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz) y considera tal a quien actúa en una relación jurídica fuera del ámbito profesional, cualesquiera que fuese su formación, conocimientos o experiencia”. El TJUE (añade este autor) “no se ha movido un ápice de este concepto de consumidor medio (objetivo, por su posición en la relación contractual y la finalidad de esta)”.

información y documentación que le ha sido aportada por el predisponente, llegue a conocer y comprender de modo efectivo o real la carga jurídica y económica derivada de la cláusula controvertida sobre la que versa el litigio<sup>19</sup>.

Entre las SSTs en las que se aprecia una subjetivación del control de transparencia cabe citar, por ejemplo, la STS de 9 de marzo de 2017, en la que el control de transparencia se configura como un parámetro subjetivo de validez, toda vez que permite declarar la transparencia de la cláusula controvertida (una cláusula suelo) si el consumidor conoció su existencia y alcance por cualquier medio<sup>20</sup>. En palabras del TS, “en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia”. En el caso enjuiciado por el TS en esta resolución se sostuvo que la cláusula era transparente porque el hecho de que los porcentajes de suelo y techo estuviesen en negrita evidenciaba que la cláusula no aparecía enmascarada ni diluía la atención de los contratantes; y porque, además, el notario autorizante advirtió expresamente a los contratantes de su presencia en el contrato<sup>21</sup>.

A mi juicio, esta concepción subjetiva de la transparencia es la aceptable. La objetiva no llega a convencerme porque la convierte en una modalidad de control de transparencia formal, pero de carácter cualificado; algo así como una prolongación de los requisitos de inclusión o de incorporación, pero reforzados, al afectar a las cláusulas que fijan los elementos esenciales del contrato (esto es, a lo que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE denomina objeto principal y adecuación entre precio y prestación). Me explico:

A mi modo de ver las cosas, la diferencia principal entre el control de transparencia formal y el material reside en que el primero garantiza solo la posibilidad de conocimiento de las condiciones generales y cláusulas pre-dispuestas por parte de los adherentes, mientras que el segundo va mucho más allá, al garantizar la comprensión y el conocimiento efectivos por parte de dichos sujetos de las estipulaciones relativas a los elementos esenciales (o parte económica) de los contratos en los que participan<sup>22</sup>.

19. *Ibidem*.

20. STS de la Sala I.<sup>a</sup> de la que fue Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO.

21. Sobre la subjetivación del control de transparencia, *ad ex.*, AGÜERO ORTIZ, A., “Análisis jurisprudencial de la evolución del control de transparencia de las cláusulas suelo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 36, 2020, pp. 92 y ss., quien apunta que fue a partir de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (que declaró que la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo era contraria a la Directiva 93/13/CEE) tuvo lugar una subjetivación del control de transparencia de las cláusulas suelo en la jurisprudencia de la Sala I.<sup>a</sup> del TS, sobre todo (apunta esta autora) “como mecanismo de mitigación de los efectos restitutorios, ahora, inevitables” (p. 93).

22. Así lo expuse ya en “El control de transparencia de condiciones generales...”, cit., pp. 6 y 7; también en este sentido, entre otros muchos: VERDA Y BEAMONTE, J. R.,



Para comprender mejor la funcionalidad de ambos controles cabría afirmar que, en general, al Derecho de obligaciones y contratos le corresponde propiciar la posibilidad de conocimiento (mera posibilidad, repárese) del contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas por parte de los adherentes. A no ser que las cláusulas se refieran a extremos constitutivos del objeto principal o entramado económico del contrato, en cuyo caso la función del Derecho patrimonial ha de ir más allá, garantizando el conocimiento mismo, esto es, un conocimiento real y efectivo de dichas estipulaciones<sup>23</sup>.

El sistema de economía de mercado solo puede funcionar adecuadamente cuando los consumidores conocen y comprenden de manera efectiva el contenido principal o esencial de las transacciones económicas que efectúan. Pero esta no es la misión del control de transparencia formal o control de inclusión o incorporación, cuya finalidad no consiste en que el consumidor conozca los contenidos de las cláusulas no negociadas individualmente, sino solo en que tenga la posibilidad de conocerlos. Tampoco al control de contenido o abusividad le incumbe esta tarea. El único control que puede garantizar el conocimiento efectivo por el consumidor del contenido esencial del contrato es el llamado control de transparencia material, cuya finalidad estriba en “velar por la transparencia de las estipulaciones contractuales en las que se contienen los aspectos del contrato que resultan decisivos para obtener el consentimiento del consumidor”<sup>24</sup>.

Lo anterior explica que la transparencia material imponga al predisponente la carga de probar que las estipulaciones atinentes al objeto principal del contrato fueron efectivamente conocidas, comprendidas y consentidas por el adherente a la hora de emitir su consentimiento negocial. Bien entendido que esta carga probatoria no queda levantada con la simple demostración del cumplimiento de las exigencias derivadas del control de transparencia formal, también conocido como control de inclusión o de incorporación<sup>25</sup>. Es cierto que en algunos casos (pero no siempre ni como

---

“El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación: El estado actual de la cuestión”, disponible en <https://idibe.org>; DELGADO TRUYOL, A., “Un monstruo llamado transparencia material”, disponible en <https://www.hayderecho.com>; ARIAS, S., “Diferencia entre control de incorporación y control de transparencia de las condiciones generales de la contratación”, disponible en <https://www.iberley.es>; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 235 y ss.

23. *Ibidem*.

24. BUSTO LAGO, J. M., “Las funciones notariales y registrales y el control de transparencia...”, cit., pp. 264 y 265.

25. En palabras de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predispuestas que describen...”, cit. *supra*, “[a]l exigir que las cláusulas que describen el objeto principal del contrato sean transparentes en sentido material sólo estamos averiguando si se puede o no decir que fueron consentidas por el consumidor. Porque el punto de partida es que, al estar incluidas en un condicionado general -haber sido predispuestas-, la

regla general) podría ser suficiente probar la concurrencia de determinados requisitos conformadores de un control de transparencia formal de carácter cualificado, como, por ejemplo, el que el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante: LCS)<sup>26</sup> impone al predisponente en relación con las cláusulas limitativas de los derechos de asegurado<sup>27</sup>. Ahora bien, para llegar a esta conclusión habría que tener en cuenta en cada caso la relevancia de la cláusula en cuestión, el modo concreto en el que aparece en el documento contractual y el contexto en el que se desarrolló la operación contractual<sup>28</sup>. Porque, en rigor, resulta inadmisibles equiparar las exigencias derivadas de un control de transparencia formal de carácter cualificado (como el aplicado a las cláusulas limitativas *ex art.* 3 LCS) con las conformadoras de un control de transparencia material<sup>29</sup>.

En otras palabras, cabría afirmar que el control de transparencia formal requiere comprobar que las condiciones generales son accesibles y comprensibles, con la finalidad de asegurarse de que el adherente ha tenido la oportunidad de conocerlas y comprenderlas al tiempo de la celebración del contrato. En cambio, el control de transparencia material o cualificado es bastante más exigente, al tratar de garantizar que el consumidor-adherente tiene un pleno y real conocimiento del producto o servicio que adquiere, con la finalidad de poder tomar su decisión de contratar de forma auténticamente libre, esto es, teniendo la posibilidad real de comparar la oferta que se le hace con otras también presentes en el mercado<sup>30</sup>.

---

carga de probar que fueron consentidas corresponde al predisponente y esta carga de la prueba no se levanta simplemente probando que se cumplieron los requisitos de inclusión o incorporación”; en la misma dirección me pronuncié hace algunos años en mi trabajo “El control de transparencia...”, *cit.*, pp. 29 y ss.

26. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.
27. Sobre este tipo de cláusulas y el control de transparencia formal al que se someten en nuestro Derecho v. mi trabajo “Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 2017, pp. 1151 y ss.
28. Así lo afirma PAGADOR LÓPEZ, J., “Titulo II. Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (Dir.): *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 1370, quien señala que, aunque puede decirse que para hablar de conocimiento efectivo no basta con el cumplimiento de los clásicos requisitos de inclusión, pues éstos sólo garantizan una posibilidad de conocimiento, sí puede bastar, sin embargo, con “una posibilidad de conocimiento cualificada (*qualifizierte Kenntnismöglichkeit*), en función de la importancia objetiva de la cláusula y de su relevancia en cuanto a la decisión de contratar del cliente”.
29. Como explico y desarrollo más ampliamente en mi trabajo “La necesaria distinción entre los controles de transparencia formal y material de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados”, en *Revista Española de Seguros*, núm. 189-190, 2022, *passim*.
30. VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación: El estado actual de la cuestión”, disponible en <https://idibe.org>.

Con la finalidad de comprender del mejor modo posible en qué casos se cumple el control de transparencia material, cabría diferenciar tres tipos diferentes de cláusulas predispuestas: 1.º) En primer lugar, las que, presentándose como parte del objeto principal del contrato, son comprensibles para un consumidor normalmente informado y perspicaz, existiendo elementos de juicio suficientes (aportados, en su caso, por el predisponente) para entender que efectivamente el adherente las conoció y comprendió en el momento de emitir su consentimiento negocial. 2.º) En segundo lugar, las que, siendo también parte del objeto principal del contrato, no cumplen las exigencias de las cláusulas anteriores, al no haber sido efectivamente conocidas y comprendidas por el adherente en el momento en que consintió. 3.º) Por último, las que atinentes, al igual que las precedentes, a los elementos esenciales del contrato, se presentan entremezcladas con cláusulas accesorias, de modo que el adherente no llega a ser consciente de su presencia en el contrato ni, por tanto, de su incidencia sobre el objeto principal del negocio<sup>31</sup>. Parece claro que de estos tres tipos de estipulaciones sólo el primero alude a cláusulas verdaderamente transparentes en sentido material que, como tales, han de reputarse válidas y vinculantes aun cuando pudiesen considerarse perjudiciales para el adherente consumidor<sup>32</sup>. Los otros dos tipos de estipulaciones no superarían las exigencias derivadas de la transparencia material, al no quedar garantizados su conocimiento y comprensión por el adherente<sup>33</sup>.

En el ámbito de la contratación bancaria y financiera, un buen ejemplo de estipulaciones no transparentes lo constituyen las cláusulas suelo, a través de las cuales se establecen límites mínimos a los intereses que han de abonar los adherentes aun cuando los tipos de interés desciendan por debajo de esos límites. No hay duda de que estas estipulaciones forman parte del objeto principal del contrato, pues a la hora de contratar un préstamo hipotecario el adherente tiene en cuenta generalmente el precio, que en este caso consiste en el tipo de interés a satisfacer por el dinero prestado. Normalmente, tanto en la publicidad de las entidades de crédito como en los contactos y conversaciones que preceden a la celebración de los contratos, el tipo de interés del préstamo se expresa mediante el interés nominal

31. Seguimos aquí a MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, 2019, p. 375, aunque con un matiz relevante: A diferencia de esta autora, que parece conferir a la transparencia material un carácter objetivo, en el sentido en que también la concibe, *ad ex.*, CÁMARA LAPUENTE (de ahí que se limite a decir que dicha transparencia se cumple cuando la estipulación relativa al objeto principal del contrato es comprensible por un consumidor medio); en mi opinión, esto no es así, lo que me lleva a señalar que las estipulaciones referidas son transparentes en sentido material cuando existen “elementos de juicio suficientes (aportados, en su caso, por el predisponente) para entender que efectivamente el adherente las conoció y comprendió en el momento de emitir su consentimiento negocial”.

32. A no ser, como es lógico, que infrinjan una norma imperativa.

33. *Ibidem*.

aplicable, que en la mayor parte de los casos es variable y suele consistir en un tipo de referencia (el Euríbor) junto con un diferencial: Euríbor + 1,5, por ejemplo. De modo que si nada más se dice al cliente a la hora de celebrar el contrato, es lógico que éste cuente con que ha de pagar Euríbor + 1,5. Ahora bien, si en el contexto sumariamente descrito una cláusula no efectivamente conocida por el adherente, aunque genéricamente aceptada por él, establece que el tipo mínimo a pagar será el 3%, es evidente que dicha estipulación contraviene de modo ilícito las legítimas y razonables expectativas del adherente. Sin embargo, esa misma cláusula, en caso de haber sido efectivamente conocida y comprendida por el adherente, sería jurídicamente inobjetable, en la medida en que derivaría de la autonomía de la voluntad de los contratantes<sup>34</sup>.

Actualmente las cláusulas suelo siguen estando de actualidad. Muy especialmente en lo que atañe a los acuerdos novatorios firmados entre las entidades financieras y los consumidores con el propósito de reducir el tipo de interés fijado por dichas estipulaciones y, en contrapartida, renunciar al ejercicio de acciones judiciales ante las correspondientes entidades financieras. En relación con estos acuerdos, el TS ha sostenido la posibilidad de que una estipulación potencialmente nula, como una cláusula suelo, pueda ser posteriormente modificada por las partes. Ahora bien, a juicio del TS, si dicha modificación no ha sido negociada individualmente por los contratantes, sino predispuesta e impuesta por la entidad financiera, habrá de cumplir, entre otras exigencias, las propias de la transparencia material<sup>35</sup>.

34. Sobre la última jurisprudencia sobre este tipo de cláusulas: MARTÍNEZ ESPÍN, P., “¿Qué pasó con las cláusulas suelo? Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 1 y ss.

35. En este sentido, v. la STS de 23 de diciembre de 2021. En ella la Sala 1.ª del TS (siguiendo la línea jurisprudencial abierta por la STS de 9 de julio de 2020) apunta que en este caso, “como se constata que la estipulación primera del contrato privado de 29 de junio de 2015, que reduce el suelo inicialmente pactado al 2%, no fue negociada individualmente, debe ser objeto de un control de transparencia”. Y añade que, “al llevar a cabo este análisis, hemos de partir de las concretas circunstancias concurrentes, entre las que destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia. De este modo, cuando se modificó la cláusula suelo, los prestatarios sabían de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido. Si bien, como afirma el TJUE, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del 2%, no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a resaltar su existencia y contenido. Sin obviar que los prestatarios conocían cómo había repercutido la originaria cláusula suelo en su préstamo en los meses anteriores, consta también la puesta a disposición de la información sobre el valor del índice a partir del

Otro ejemplo de estipulación sorprendente o no transparente en el sector financiero es la cláusula multidivisa inserta también en préstamos hipotecarios. Merced a ella, el adherente asume el riesgo de que el euro baje de valor respecto de la divisa elegida (el yen o el franco suizo, por ejemplo), en cuyo caso resulta obligado a devolver a la entidad financiera un capital muy superior al calculado en euros. La ilicitud (por no transparentes) de estas estipulaciones no es difícil de explicar. Cuando los ingresos de un consumidor son todos en euros, no es lógico que se endeude en una divisa distinta, como el yen o el franco suizo. Por tanto, si en el contrato al que se adhiere dicho sujeto la cláusula multidivisa es una estipulación no negociada individualmente, habrá de presumirse que no ha sido conocida y consentida por él en el momento de contratar, correspondiendo al predisponente la carga de probar que sí la conoció y comprendió cuando emitió su consentimiento negocial<sup>36</sup>.

Las cláusulas que fijan los intereses remuneratorios de los contratos de crédito rotativo o revolving (los conocidos como créditos *revolving*) fueron analizadas inicialmente por el TS a través de la Ley de Represión de la Usura (en adelante: LRU)<sup>37</sup>. Así lo confirman las SSTs de 25 de noviembre de 2015 y de 4 de marzo de 2020<sup>38</sup>. Sin embargo, esta última STS sembró

---

cual se calcula el tipo de interés (Euribor a un año), que expresamente se afirma que en ese momento era del 0,163%, y la previsión de que no se prevé su alza generalizada a corto plazo”. Más adelante termina señalando que “todas estas circunstancias, tomadas en consideración conjuntamente, se consideran adecuadas para que el consumidor pueda valorar qué trascendencia tiene el mantenimiento de un suelo del 2% en su préstamo hipotecario, y por ende permiten concluir que la cláusula novatoria cumplía con las exigencias de transparencia”. En lo que respecta a la renuncia al ejercicio de acciones, el TS establece que en la medida en que la cláusula de renuncia “abarca cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez”. Al respecto, entre otros: SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del TS”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, núm. 783, 2021, pp. 610 y ss.

36. Más información, *ad ex.*, en GONZÁLEZ ÁLVAREZ-SILOSA, V., “Deber de transparencia de la cláusula multidivisa en el préstamo hipotecario”, en ATAZ LÓPEZ y GARCÍA PÉREZ (Coords.), *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ed. Aranzadi, 2019, pp. 371 y ss.
37. Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios: Gaceta de Madrid, núm. 206, de 24 de julio de 1908.
38. Sobre la primera STS v. CARRASCO PERERA, A. F. y AGÜERO ORTIZ, A., “Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. *Sigma Mediatris*: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 2016, pp. 73 y ss.; BERROCAL LANZAROT, A. I., *Tarjetas y créditos revolving o rotativos: la usura y el control de transparencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 183 y ss. Acerca de la segunda STS: MONSALVE DEL CASTILLO, R. y PORTILLO CABRERA, E., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2020, de 4 de marzo. Usura en el interés remuneratorio aplicable a tarjetas de crédito de pago aplazado”, disponible en <https://www.boe.es>; CASTILLO MARTÍNEZ, C., “Doctrina legal sobre el crédito revolving. Comentario a la STS, Sala 1.ª, núm. 149/2020, de 4 de marzo”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 757 y ss.; BERROCAL

una semilla que pronto germinó, pues apuntó (aunque a modo de *obiter dicta*) la posibilidad de analizar la validez de dichas estipulaciones a través de los controles de transparencia formal y material. En palabras del TS, “el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio habría podido realizarse también [esto es, además de por la LRU] mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores”. En concreto, el control de transparencia ha comenzado a revelarse especialmente útil como instrumento de defensa de los consumidores frente a este tipo de créditos cuando las entidades financieras han bajado los tipos de interés de estas operaciones ante la amenaza de que los tribunales terminen declarándolos nulos por su carácter usurario. Así lo corroboran, por ejemplo, la SAP de Oviedo (Sección 4.<sup>a</sup>) de 23 de marzo de 2021, la SAP de Madrid (Sección 10.<sup>a</sup>) de 4 de noviembre de 2021 y la SAP de Pontevedra (Sección 1.<sup>a</sup>) de 19 de enero de 2022. No en vano, todas ellas constatan el incumplimiento por las entidades financieras de las exigencias de la transparencia material en créditos rotativos o revolventes<sup>39</sup>.

A la vista de lo expuesto, fácilmente se concluye que la inclusión de forma furtiva en el contrato de préstamo hipotecario de una cláusula suelo o multidivisa, oculta entre un considerable número de cláusulas financieras predisuestas e impuestas, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información que les fue facilitada por la entidad bancaria o financiera. De ahí la ilicitud (por no transparentes en sentido material) de este tipo de estipulaciones. Y lo mismo puede decirse, por ejemplo, de la inserción en el clausulado contractual de un contrato de crédito rotativo o revolvente de una cláusula sobre los intereses a aplicar de muy difícil comprensión, que impide al consumidor tener un verdadero conocimiento, en

---

LANZAROT, A. I., *Tarjetas y créditos...*, cit., pp. 261 y ss. Ampliamente sobre ambas SSTs: SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B, “Créditos revolving: usura y transparencia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2021, pp. 2517 y ss.

39. A modo de ejemplo, pueden servir las siguientes palabras de la SAP de Oviedo: “La cláusula relativa al interés remuneratorio, en cuanto determina el coste del crédito pero no permite comprender con claridad cuál será la carga económica que el titular asume al disponer del mismo, en función del tiempo que tardará en devolverlo y las cantidades que tendrá que abonar, con cuotas bajas pero incluyendo intereses a un tipo elevado, comisiones y otros gastos, no cumple el requisito de transparencia reforzada”; de ahí que deba considerarse nula “por su carácter abusivo”, ya que, “aunque la falta de transparencia no conlleva necesariamente la abusividad de la cláusula si permite ejercer ese control (SSTS Pleno de 6 y 12 de noviembre de 2020), y al igual que sucede en el caso de las llamadas cláusulas suelo (...), así debe apreciarse también en este caso cuando el consumidor no ha podido llegar a comprender realmente la carga económica que le supondrán las disposiciones que realice del crédito concedido, viendo de ese modo perjudicada su posición en el contrato al no conocer el alcance de su obligación de pago, y ello como resultado del incumplimiento del deber de información que incumbía a la entidad financiera conforme a las exigencias derivadas de la buena fe”.

el momento de celebrar el contrato, de la carga jurídica y económica que le va a suponer dicha operación.

Por ahora basta con subrayar (en los términos sucintamente expuestos) estas ideas relativas a la estrecha conexión apreciable entre la transparencia material y el consentimiento de los adherentes. Estos, en efecto, a la hora de emitir sus consentimientos negociales, han de tener un efectivo conocimiento y una cabal comprensión de qué es lo que están contratando. De ahí que las estipulaciones relativas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y prestación (*ex art. 4.2 Directiva 93/13/CEE*), como las cláusulas suelo o multidivisa a las que acabo de aludir, hayan de ser plenamente transparentes en sentido material, es decir efectivamente conocidas y comprendidas por los adherentes. Más adelante volveré sobre esta cuestión con mayores detalles. En concreto, cuando exponga las razones por las que, a mi juicio, habría que descartar la tesis partidaria de someter a control de contenido o abusividad las estipulaciones relativas a los elementos esenciales del contrato que no cumplen las exigencias derivadas de la transparencia material.

### III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y REACCIÓN DOCTRINAL AL RESPECTO

Una vez esbozado el significado y alcance del control de transparencia material y destacados algunos de sus aspectos más controvertidos, es el momento de abordar el modo en que ha afrontado la jurisprudencia el problema que aquí se analiza (*infra*, 1). Por otra parte, dado que la doctrina privatista española no ha permanecido indiferente ante este asunto, seguidamente se ofrecerá también una visión general de cuál ha sido su reacción ante esta cuestión (*infra*, 2).

#### 1. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En la postura de nuestro TS sobre la cuestión que aquí se aborda ha pesado mucho finalmente la interpretación que de este asunto ha venido realizando el TJUE, claramente partidario de entender que la consecuencia jurídica anudada a la falta de transparencia material de una estipulación relativa al objeto principal del contrato o a la equivalencia entre precio y prestación (*ex art. 4.2 Directiva 93/13/CEE*) consiste en abrir la puerta al control de contenido o abusividad con vistas a determinar si dicha estipulación posee o no carácter abusivo.

Efectivamente, el TJUE, sobre la base de lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, no ha dudado en concebir el control de transparencia material como un paso previo al control de contenido o abusividad<sup>40</sup>. En

40. STJUE de 30 de abril de 2014 en el asunto *Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT*.

su opinión, aun cuando un determinado tribunal constate que las estipulaciones enjuiciadas forman parte del objeto principal del contrato, “en todo caso tales cláusulas deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo si se comprueba que no están redactadas de forma clara y comprensible”<sup>41</sup>.

En parecidos términos se pronuncia este mismo Tribunal en otro asunto posterior, al señalar que cuando las cláusulas relativas al objeto principal del contrato (*ex art. 4.2 Directiva 93/13/CEE*) no son claras y comprensibles, “incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes”; de modo que dichas estipulaciones “solo quedarán 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”<sup>42</sup>.

Como fácilmente se infiere de esta jurisprudencia, en ella el TJUE sostiene con claridad que la no transparencia material de una cláusula conlleva la reactivación del control de contenido o abusividad. Con ello este órgano jurisdiccional sienta la idea de que la constatación de un déficit de transparencia material en una cláusula se erige en causa o motivo que permite poder entrar a controlar la conformidad o no con la buena fe de la regulación material que en ella se contiene<sup>43</sup>.

En lo que concierne a nuestro TS, es verdad que en un considerable número de casos (relativos a cláusulas suelo) su Sala I.<sup>a</sup> ha aplicado la tesis contraria, según la cual la falta de transparencia material de una estipulación relativa a los elementos esenciales del contrato comporta *per se* su abusividad y subsiguiente nulidad. De manera especialmente clara se expresa en esta dirección la STS de 23 de diciembre de 2015. En ella se sostiene que “la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado”. De modo que, de conformidad con este enfoque del problema, toda cláusula que no supera el control de transparencia material se reputa *per se* irremediabilmente abusiva<sup>44</sup>.

41. STJUE de 26 de febrero de 2015 en el asunto *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank România SA*.

42. STJUE de 26 de enero de 2017 en el asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez*.

43. Recientemente, *ad ex.*, sobre esta jurisprudencia: MÚRTULA LAFUENTE, V., “La evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas de intereses y su interpretación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE”, en ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F. (Dirs.): *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 84 y ss. También al respecto: ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho Privado*, núm. 1, 2019, pp. 54 y ss.

44. También en este sentido: STS de 24 de marzo de 2015; STS de 25 de marzo de 2015; STS de 29 de abril de 2015; STS de 23 de diciembre de 2015; y STS de 3 de junio de 2016.



Sin embargo, finalmente el TS parece haber abandonado la dirección a la que acabo de referirme para terminar adhiriéndose a la seguida por el TJUE. En rigor, esta otra forma de enfocar y resolver el asunto fue la acogida inicialmente por la muy conocida y criticada STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo que, en rigor, fue la decisión judicial que inició la configuración jurisprudencial del control de transparencia material en nuestro Derecho<sup>45</sup>. Posteriormente, ese mismo criterio ha sido seguido, entre otras, por las SSTs de 8 de septiembre de 2014<sup>46</sup>, 9 de marzo de 2017<sup>47</sup> y 11 de octubre de 2019<sup>48</sup>. Más recientemente, muy ilustrativa se presenta, en esta misma dirección, la (en su momento) muy esperada STS de 12 de noviembre de 2020, relativa a un préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH<sup>49</sup>.

45. En ella el TS parte de aceptar (sobre la base del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE) que “las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible” (apdo. 207). Y sobre la base de dicha idea y tras constatar que los contratos enjuiciados cumplían los requisitos de inclusión o incorporación (transparencia formal) pero no los de transparencia material (apdo. 225), entra a analizar el carácter abusivo de las cláusulas controvertidas con vistas a determinar si ocasionan o no un desequilibrio en la posición de las partes. Finalmente, concluye que efectivamente dicho desequilibrio existe, al quedar frustradas “las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable” (apdo. 264). Se explica sí que sobre la base de esta jurisprudencia, se haya hablado del control de transparencia material como llave del control de abusividad (como hace, *ad ex.*, CASADO NAVARRO, A., “El control de transparencia como llave...”, cit., pp. 50 y ss.).
46. En esta nueva resolución, tras considerarse que habían sido incumplidas las exigencias de la transparencia material, se estima el recurso de casación y se confirma la sentencia condenatoria de Primera instancia que, en palabras del Alto Tribunal, “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” (FD 1.º, apdo. 3).
47. En la que el TS sostiene que “cabe control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente” (FD 2.º, apdo. 2).
48. Cuyo FD 2.º fija las dos ideas siguientes: 1.ª) Por un lado, que en el caso enjuiciado no se aprecia falta de transparencia de la cláusula controvertida, “sin que el mero hecho de que se trate de una cláusula larga determine por sí su falta de transparencia, si esta extensión, además de venir justificada por la necesidad de aportar una información completa, no sólo no complica su comprensión sino que por su claridad asegura que el consumidor pueda entender mejor sus consecuencias jurídicas y económicas”. 2.ª) Por otro lado (y de modo fundamental en lo que aquí interesa) que “si se hubiera llegado a apreciar la falta de transparencia de alguna información contenida en la cláusula, para juzgar sobre su carácter abusivo debería constatar en qué medida, conforme a la jurisprudencia expuesta, su inclusión contraría las exigencias de la buena fe y qué desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes habría producido, en perjuicio del consumidor”.
49. STS de la Sala I.ª de la que fue Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José VELA TORRES.

En concreto, en esta última resolución el TS parte de sostener que el hecho de que una determinada cláusula “no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva”. Y añade a continuación que, en lo que se refiere a las estipulaciones relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y prestación (*ex art. 4.2 Directiva 93/13/CEE*), resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE, según la cual “una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad”. De modo que “la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad”.

Junto a lo anterior, en esta sentencia el Alto Tribunal recupera la valoración realizada por la STS de 9 de mayo de 2013, de conformidad con la cual “la falta de transparencia no supone necesariamente que (las condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente) sean desequilibradas”. Además, no pasa por alto que en su jurisprudencia posterior a la mencionada STS de 2013 optó por equiparar de modo sistemático la falta de transparencia con la abusividad, sin someter la estipulación controvertida al control de contenido. Según el TS, actuó de este modo solo “en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo”, por cuanto que “tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable, cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza, y provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”.

La jurisprudencia del TS en el ámbito específico del contrato de seguro también confirma que para nuestro TS no toda cláusula no transparente o sorprendente se considera automáticamente abusiva (*rectius*, lesiva *ex art. 3 LCS*)<sup>50</sup>. En concreto, de dicha jurisprudencia se infiere que para el Alto Tribunal las cláusulas sorprendentes o no transparentes se hacen acreedoras de un doble tratamiento jurídico al amparo del art. 3 LCS: 1.º) si delimitan el riesgo de manera que desnaturalizan el contrato, pero no impiden su eficacia, se consideran cláusulas limitativas a las que se aplican las exigencias del art. 3 LCS (especial resalto de la cláusula y aceptación específica y por escrito)<sup>51</sup>; 2.º) en cambio, si reducen considerablemente y de forma

50. Al respecto, v. más ampliamente mi trabajo “La necesaria distinción entre los controles de transparencia formal y material...”, cit., *passim.*, así como VELA TORRES, P. J., “Condiciones generales en el contrato de seguro. Cláusulas lesivas por desnaturalización del objeto”, disponible en <https://www.sepin.es>.

51. Como ejemplo de estas estipulaciones cabe mencionar la STS de 29 de enero de 2019 que analiza el recurso planteado por el administrador de una sociedad limitada ante la denegación de cobertura por parte de la aseguradora, sobre la base un contrato de seguro de responsabilidad civil de administradores. Estando vigente este contrato, la Agencia Tributaria acordó la responsabilidad subsidiaria de los dos administradores

desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro, impidiendo la eficacia de la póliza, se reputan lesivas (esto es, abusivas) y, por tanto, nulas de pleno derecho<sup>52</sup>.

de la sociedad, como consecuencia del impago por la mercantil de ciertas deudas tributarias. Los administradores presentaron demanda frente a la compañía aseguradora exigiendo la cobertura del siniestro. El Juzgado de Primera Instancia estimó dicha demanda, pero su fallo fue recurrido en apelación por la aseguradora, siendo acogidos íntegramente sus argumentos por la Audiencia Provincial. Uno de los administradores sociales afectados decidió interponer recurso de casación por infracción del art. 3 LCS. Pero, frente a la tesis de la entidad aseguradora, que consideraba ajustada a Derecho su decisión de no cubrir el siniestro por estimar que el contrato contenía estipulaciones delimitadoras del riesgo que excluían los impuestos del concepto de pérdidas por las que había de responder la asegurada, el Tribunal Supremo, sin embargo, entendió que en este caso había de primar el contenido natural del contrato de seguro suscrito, que es la cobertura de la responsabilidad civil de los administradores objeto de cobertura. Razón por la cual concluyó que una previsión como la incluida en las condiciones generales, que altera de forma abrupta dicho contenido natural, produce el efecto de privar a los asegurados de una parte material del objeto de la cobertura, por lo que no puede ser considerada una cláusula delimitadora sino limitativa o restrictiva de derechos, debiendo cumplir (para resultar eficaz) los requisitos que el art. 3 LCS impone a las cláusulas limitativas: especial resalto y aceptación específica y por escrito: STS de 29 de enero de 2019 de la que fue Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO; en la misma dirección v. también la STS de 14 de Julio de 2020 de la que fue Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo BAENA RUIZ, relativa a la cobertura accesoria de defensa jurídica en el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades, que califica una cláusula como limitativa a la vista del límite notoriamente insuficiente, no admitiendo su válida oposición por la aseguradora al directivo asegurado por no reunir la estipulación en cuestión los requisitos que el art. 3 LCS fija para las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados.

52. Así la STS de 24 de febrero de 2021 de la que fue Magistrada Ponente la Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN. Como ejemplo de este segundo tipo de estipulaciones cabe mencionar la STS de 24 de febrero de 2021 en la que el Tribunal Supremo ha declarado que el límite de 600 euros, contenido en un contrato de seguro de automóvil, como cobertura de defensa jurídica en caso de libre designación de abogado y procurador, constituye una *cláusula lesiva por sorprendente*. En concreto, la Sala 1.<sup>a</sup> del Alto Tribunal sostiene en esta resolución que, de conformidad con la doctrina del TJUE sobre la Directiva 87/344/CEE, no se excluye que puedan fijarse límites a la cuantía cubierta por el asegurador en función de la prima pagada, pero siempre que ello no comporte vaciar de contenido la libertad de elección por el asegurado de la persona facultada para representarla y siempre que la indemnización efectivamente abonada por el asegurador sea suficiente. Y advierte que en el caso analizado se está ante un contrato de seguro del automóvil que no se limita a incorporar el contenido propio de defensa que incumbe al asegurador de la responsabilidad civil frente a las reclamaciones del perjudicado contra el asegurado, sino que incluye, además, de manera voluntaria, una cobertura adicional de defensa jurídica, con el límite máximo de 600 euros y la sujeción a las normas orientadoras de los Colegios profesionales a los que pertenecieran los profesionales libremente designados. Lo anterior lleva a concluir al Tribunal que la cuantía fijada en el contrato resulta lesiva, pues hace “ilusoria la facultad atribuida de libre elección de los profesionales”, lo que “equivale en la práctica a vaciar de contenido la propia cobertura que dice ofrecer la póliza”: STS de 24 de febrero de 2021.

En lo que se refiere a la noción de abusividad (o lesividad en el ámbito del contrato de seguro) relevante para estos efectos, ha de señalarse que la abusividad por falta de buena fe (a la que alude el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE) “está relacionada con el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones creado por una cláusula contractual” y, muy especialmente, según se infiere del Considerando 16 de la referida Directiva, conecta “con la cuestión de si un profesional trata a un consumidor de manera justa y equitativa y tiene en cuenta sus intereses legítimos”.

Lo anterior explica que el TJUE haya entendido que para determinar si una estipulación es o no abusiva procede cuestionarse “si el profesional estimaría razonable que el consumidor aceptara la cláusula en negociaciones individuales”. Si la respuesta a esta pregunta fuese afirmativa, no procedería conferirle carácter abusivo. En caso contrario, la estipulación no superaría el control de contenido o abusividad. Además, el desequilibrio en los derechos y obligaciones en detrimento del consumidor ha de ser importante. Sin embargo, para que concurra este requisito, no es necesario que la cláusula tenga un efecto económico significativo en relación con el valor de la transacción. De ahí que, por ejemplo, una estipulación contractual que imponga al consumidor el pago de un impuesto cuando, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, dicho impuesto haya de ser asumido por el profesional, pueda considerarse que genera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, independientemente de la cuantía que el consumidor se vea obligado a abonar merced a dicha cláusula<sup>53</sup>.

## 2. REACCIÓN DE LA DOCTRINA

La anterior es, sintéticamente expuesta, la solución que la jurisprudencia (nacional y europea) ofrece hoy al problema aquí analizado. Si del plano judicial pasamos al doctrinal, es posible diferenciar dos posiciones muy distintas: la partidaria de la abusividad automática de las cláusulas materialmente no transparentes, y la que considera que la no transparencia material activa el control de contenido o abusividad<sup>54</sup>. Veamos:

1.<sup>a</sup> Por un lado, están quienes se apartan de la doctrina oficial de la jurisprudencia a la que acaba de hacerse referencia, por entender que los elementos esenciales del contrato no son susceptibles de ser sometidos a control de contenido o abusividad. Desde este punto de vista, se considera que la referencia para juzgar la licitud o ilicitud de estas estipulaciones no es el modelo legal de regulación justa derivado del Derecho dispositivo, los

53. En este sentido *v. la Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*: DOUE de 27 de septiembre de 2019, C 323/4.

54. Al respecto, sin perjuicio de lo que se expone a continuación: MARTÍNEZ ESPÍN, P., *El control de transparencia de condiciones generales...*, cit., pp. 249 y ss.

usos y la buena fe, sino el consentimiento negocial del adherente o, si se prefiere, las expectativas legítimas y razonables que éste se hizo a la hora de contratar a la vista del contexto general en el que se celebró el contrato. Además, a esto se añade que la configuración del control de transparencia como la llave del control de contenido o abusividad implicaría conferir a los jueces la facultad de declarar eficaces en algunos casos estipulaciones no superadoras del control de transparencia material<sup>55</sup>.

2.<sup>a</sup> Frente a los anteriores, es considerablemente más numeroso el grupo de privativas partidario de entender que cuando por defectos de transparencia las estipulaciones contractuales relativas al objeto principal del contrato no pueden ser cabalmente conocidas y comprendidas por el adherente con anterioridad a la celebración del negocio, adquiere una especial importancia su sometimiento al control del contenido o abusividad. Y a esto se añade que, salvo que una disposición legal diga expresamente una cosa distinta a lo dispuesto por el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, nuestro Derecho no puede interpretarse de forma diferente al sentido que el TJUE ha venido dando a la Directiva sobre cláusulas abusivas. Razón por la cual no es posible declarar el carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal del contrato únicamente por su falta de transparencia. Antes bien, para llegar a dicho resultado habrá que someterla al control de contenido o abusividad<sup>56</sup>.

#### IV. MI OPINIÓN FAVORABLE A CONSIDERAR QUE LA FALTA DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE UNA ESTIPULACIÓN CONDUCE DIRECTAMENTE A SU ILICITUD

Como anuncié desde el principio de estas reflexiones, mi opinión sobre el asunto aquí abordado es partidaria de entender que la consecuencia derivada de la falta de transparencia material de una cláusula consiste en su

55. *Ad ex.*, así: ALFARO ÁGUILA-REAL, “A las cláusulas predisuestas que regulan los elementos esenciales...”, cit., *passim*; ÍDEM, “Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato”, disponible en <http://derecho mercantilesmana.blogspot.com.es>; ÍDEM, “Cámara, en InDret sobre la sentencia del TJUE sobre retroactividad de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo”, disponible en <http://derechomercantil.espana.blogspot.com.es>; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto...*, cit., *passim*; PAGADOR LÓPEZ, J., “Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales...”, *passim*. Mi opinión también ha sido siempre partidaria de esta solución como lo ponen de manifiesto mis trabajos “El control del transparencia...”, cit., *passim*, y “¿Hacia un [errático] control de abusividad...”, cit., *passim*, en los cuales pueden encontrarse más referencias bibliográficas en esta misma dirección.

56. Entre otros muchos, v. PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*, cit., pp. 439 y ss.; CASADO NAVARRO, A., “El control de transparencia como llave...”, cit., pp. 50 y ss.; NAVAS NAVARRO, S., “Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 2015, pp. 149 y 150; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *El control de transparencia de condiciones generales...*, cit., pp. 252 y ss. En las aludidas obras de PAZOS CASTRO y MARTÍNEZ ESPÍN se mencionan otros autores partidarios de esta misma solución, tales como GONZÁLEZ PACANOWSCA, CÁMARA LAPUENTE o CARRASCO PERERA.

ilicitud. Esta forma de entender el asunto (tal vez equivocada) se apoya principalmente en dos argumentos. El primero de ellos tiene carácter normativo y pone el acento en la existencia en nuestro Derecho de una regulación que, separándose del tenor del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, conduce a dicho resultado (*infra*, 1). El segundo entronca directamente con la teoría general del contrato y con algunos principios básicos de nuestro Derecho privado. Podría denominarse argumento dogmático (aunque soy consciente de que este término tal vez no sea el más apropiado para designarlo), dada su estrecha relación con la dogmática del contrato en *conexión* con el fundamento del control de transparencia material. Me refiero, en concreto, a la improcedencia de someter a control de contenido o abusividad las estipulaciones relativas a los elementos esenciales del contrato (*infra*, 2).

#### 1. ARGUMENTO NORMATIVO: LOS ARTÍCULOS 5 DE LA LCGC Y 83 DEL TRLGDCU

En general (dejando a salvo ciertos matices que, en mi opinión, no son aquí especialmente relevantes ni decisivos), los autores partidarios de someter a control de contenido o abusividad las estipulaciones no transparentes relativas a los elementos esenciales del contrato efectúan el siguiente razonamiento:

1.º Parten de entender que, pese a ser cierto que cuando se llevó a cabo la incorporación de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento se originaron dudas acerca de si su art. 4.2 había de considerarse o no vigente en el Derecho español (dado que desapareció del Proyecto de Ley –y del texto finalmente aprobado– la previsión que recogía una norma equivalente al referido art. 4.2), no es menos cierto que el TS, tras alguna vacilación inicial<sup>57</sup>, zanjó definitivamente esta cuestión en su sentencia de 18 de junio de 2012, donde sostuvo que el control de contenido “no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida”. Para ello el Alto Tribunal se valió de un argumento principal: la aceptación de que el “control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible *abusividad* del interés convenido”<sup>58</sup>.

57. Como lo demuestra la STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, donde el TS sostiene lo siguiente: “Al tratar de las cláusulas abusivas, la legislación de consumo no diferencia entre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contrapartida por un lado, y las cláusulas con otro contenido por otro, por lo que, como afirma la referida sentencia de 3 de junio de 2010 del TJUE, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible” (FD 4.º).

58. Añadiendo a renglón seguido que “no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés *conceptualmente abusivo*, sino que hay que remitirse

2.º Tras admitir que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE rige en el ordenamiento español, esta doctrina sostiene que resulta exigible a nuestros tribunales que sigan la interpretación que de dicho precepto realiza el TJUE, según la cual (como hemos expuesto más arriba) cuando una cláusula relativa al objeto principal o a la adecuación entre precio y prestación no es transparente, la consecuencia no es otra que la activación del control de contenido o abusividad, con vistas a determinar si la estipulación en cuestión comporta o no un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes contrario al principio de la buena fe. En opinión de estos autores, así ha de ser por cuanto que nuestros órganos jurisdiccionales sólo estarían facultados para separarse de dicha interpretación si en nuestro ordenamiento rigiese una normativa diversa del referido art. 4.2, que permitiese declarar directamente abusivas y, por ende, nulas de pleno derecho, las estipulaciones no superadoras del control de transparencia material, sin necesidad de someterlas al control de contenido o abusividad<sup>59</sup>.

A mi juicio, esta forma de razonar, pese a su aparente corrección, posee una debilidad. Esta estriba en que esa normativa distinta del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE a la que alude la doctrina a la que me refiero existe en nuestro Derecho desde la entrada en vigor de Ley de 15 de marzo de

---

al control de la usura para poder alegar un propio *interés usurario* que afecte a la validez del contrato celebrado”. Cabe también mencionar la célebre STS de 9 de mayo de 2013. En ella el Alto Tribunal sostuvo categóricamente y sin ambages que la posibilidad de un control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente relativas a los elementos esenciales del contrato “fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio”, ya que en ella quedó claro que el control de contenido “no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones” [que identifica con el objeto principal del contrato], de modo que “no cabe un control de precio”. Sobre la evolución de la doctrina del TS en esta materia, hasta admitir sin ambages la incorporación del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento: CÁMARA LAPUENTE, S., “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo. No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 98 y ss.; ÍDEM, “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (*Caja de Madrid*, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2013, vol. 5, núm. 2, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es>.

59. En este sentido, afirma MARTÍNEZ ESPÍN (siguiendo a PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas...*, cit., p. 439) que “salvo que una disposición legal diga expresamente otra cosa, y en España no existe esa disposición legal, no puede interpretarse el Derecho español de forma distinta a cómo el TJUE ha interpretado la Directiva de cláusulas abusivas. Por consiguiente, no es posible declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual únicamente por su falta de transparencia”: v. *El control de transparencia de condiciones generales...*, cit., p. 252. Se ha de advertir, no obstante, que PAZOS CASTRO se pronunciaba en la dirección indicada con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (LRCCI), mientras que MARTÍNEZ ESPÍN lo hace una vez que la referida LRCCI ha sido aprobada.

2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LRCCI)<sup>60</sup>. En concreto, ha sido obra de las disposiciones finales 4.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de la LRCCI, que han supuesto la modificación del art. 5 de la Ley de condiciones generales de la contratación (en lo sucesivo, LCGC)<sup>61</sup> y del art. 83 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), respectivamente. Como resultado de esta reforma, se ha añadido a ambos preceptos el siguiente párrafo: “Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Desde mi punto de vista, la correcta interpretación de la reforma llevada a cabo por la LRCCI exige realizar varias consideraciones. La primera se refiere a la alusión que los arts. 5 LCGC y 83 TRLGDCU (tras su nueva redacción *ex* LRCCI) realizan a la transparencia (“...condiciones incorporadas *de modo no transparente*...”). En mi opinión, dicha alusión ha de interpretarse como comprensiva de la transparencia material. De hecho, si se entendiera que la norma alude solo a la transparencia en sentido formal, esta nueva regla no aportaría nada nuevo a nuestro ordenamiento. Como se sabe, desde la aprobación de la LCGC en 1984 y de la LCCG en 1998, es claro que las estipulaciones que no cumplen las exigencias derivadas del control de transparencia formal no se incluyen o incorporan al contrato, lo que se interpreta en el sentido de que son nulas de pleno derecho, pues aunque legalmente se diferencia entre supuestos de no incorporación y de nulidad, lo cierto es que ambos se someten a un mismo régimen legal: el de la nulidad contractual. Por consiguiente, la noción de transparencia residenciada en los arts. 5.5 LCGC y 83 TRLGDCU ha de considerarse referida a la transparencia material en relación con los elementos esenciales del contrato (u objeto principal y adecuación entre precio y prestación *ex* art. 4.2 Directiva 93/13/CEE)<sup>62</sup>. Bien entendido que, en lo que atañe a las condiciones generales o a las cláusulas no negociadas individualmente que definen el objeto principal del contrato, la transparencia material subsume a la formal o gramatical<sup>63</sup>.

Por otra parte, y aun siendo consciente de las dudas que suscita esta otra cuestión<sup>64</sup>, entiendo que la reforma de los arts. 5.5 LCGC y 83 TRLG-

60. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019.

61. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

62. Así lo sostuve ya en “¿Hacia un [errático] control de abusividad...?”, cit., p. 7.

63. PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre la transparencia material de cláusulas predisuestas de *lege lata*...”, cit. *supra*.

64. Como apunta, entre otros, SANCHEZ GARCÍA, J. M., “El control de transparencia y el juicio de abusividad tras la reforma operada por la LRCCI del artículo 83 del TRLCU”, disponible en <https://vlex.es/>; y como se desprende, también, de la interesante exposición que de esta materia realiza CÁMARA LAPUENTE, S., “Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas...”, cit., pp. 26 y ss. De hecho, hay autores que se apartan de la interpretación que de este asunto expongo y argumento a continuación (como, *ad*



DCU llevada a cabo por la LRCCI ha de ser interpretada en el sentido de que la falta de transparencia (material) de la cláusula predispuesta comporta de forma inevitable su ilicitud, por abusiva, sin tener que someterla a un posterior examen o control de contenido<sup>65</sup>. A favor de esta solución interpretativa cabría invocar varios argumentos<sup>66</sup>:

ex., PANTALEÓN PRIETO, MARTÍNEZ ESPÍN y MADRIÑÁN VÁZQUEZ), a los que me refiero seguidamente.

65. En lo que parecen estar conformes, entre otros, PEITEADO MARISCAL, P., “Transparencia y abusividad. La STS 538/2019, de 11 de octubre”, disponible en <https://adarvecorporacion.com>; CÁMARA LAPUENTE, S., “Hacia el carácter abusivo directo...”, cit., p. 39; MÚRTULA LAFUENTE, V., “La evolución de la jurisprudencia del TJUE...”, cit., p. 87, nota 79 (según expresa esta autora, aunque en términos no rotundos ni categóricos, tras la reforma operada por la LRCCI a la que nos referimos, “parece distinguirse la falta de transparencia, sancionada directamente con la nulidad de la cláusula, del control de contenido”); y AGÜERO ORTIZ, A., “Los controles de transparencia y abusividad de las cláusulas relativas a índices de referencia”, en ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F. (Dirs.): *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Ed. Aranzadi, 2021, p. 127, nota 146 (para quien la conclusión de que la falta de transparencia material no comporta *per se* la abusividad “debe circunscribirse a las cláusulas incorporadas a contratos antes del 16 de junio de 2019, momento a partir del cual entró en vigor la modificación de los arts. 83 TRLGDCU y 5.5 LCGC operada por la Ley 5/2019”, esto es, por la LRCCI). En contra, sin embargo: PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre la transparencia material de cláusulas predispuestas...”, cit. *supra*, quien sostiene que “la norma que reza *Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho (...)*” no puede interpretarse en el sentido de que con ella “el legislador español ha querido apartarse de la que era y es doctrina bien establecida en el TJUE al respecto, fielmente seguida por la Sala I.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo”; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Control de abusividad sobre cualquier elemento del contrato: el fin de las conjeturas”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 23 de 2021, pp. 5 y 6, quien pone de manifiesto que la redacción del art. 83 TRLGDCU, obra de la LRCCI, parece llevar a pensar que la abusividad es automática en caso de falta de transparencia. Sin embargo (matiza seguidamente este autor), “una interpretación coherente con la reforma exige rechazar esa interpretación y sostener, por el contrario, que una cláusula no transparente no es de por sí nula, sino que deberá someterse a control de abusividad, y determinar si la misma perjudica a los consumidores, y solo en ese caso, podrá predicarse su nulidad”; y MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. “Información precontractual y transparencia en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2231, 2020, disponible en <https://www.mjusticia.gob.es>, p. 29, quien tras afirmar que “[c]on ambos preceptos [con referencia a los arts. 5 LCGC y 83 TRLGDCU *ex LRCCI*], se vienen a regular las consecuencias que produce que una cláusula predispuesta en contratos con consumidores no supere el *control de transparencia material*: la cláusula será, pues, nula de pleno derecho”, no duda en matizar la anterior afirmación expresando que, en su opinión, estas normas suponen “la admisión de otra regla jurisprudencial, cual es, que la cláusula no transparente no es automáticamente nula, sino que hay que someterla a control de contenido”, ya que “la cláusula no transparente es nula cuando perjudica al consumidor, es decir, cuando en contra de la buena fe causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes”.
66. A los que me refiero con mayor detalle y desarrollo en: “¿Hacia un [errático] control de abusividad...”, cit., pp. 8 y ss.

1.º El primero de ellos es de índole jurisprudencial. Me refiero, en concreto, a la STS de 24 de febrero de 2020 relativa a un contrato de prestación de servicios jurídicos<sup>67</sup>, en la que se afirma (aunque *obiter dicta*) que el párrafo 2.º del art. 83 TRLGDCU, tras la redacción que le ha sido dada por la LRCCI, parece equiparar transparencia con abusividad, haciendo innecesario un posterior control de contenido de las cláusulas no transparentes. En concreto, según las palabras que emplea el TS en esta resolución, “[a] falta, pues, de pacto expreso y conforme a la normativa legal expuesta, cabe concluir que la relación contractual entre las partes, en lo que se refiere a la cuantificación de los honorarios profesionales, no fue transparente, porque no hubo información al respecto. Ahora bien, *teniendo en cuenta que cuando se celebró el contrato no estaba en vigor la actual redacción del párrafo segundo del art. 83 TRLGDCU, que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad*, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; y de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matei*)”<sup>68</sup>.

En la misma dirección se pronuncia, en la jurisprudencia menor, la SAP de Oviedo (Sección 4.ª) de 23 de marzo de 2021, al analizar la cláusula sobre intereses remuneratorios de un contrato de crédito rotativo o revolvente. En lo que aquí interesa, la AP afirma que la cláusula ha de reputarse nula “*si no por aplicación de lo establecido en el actual párrafo 2.º del art. 83 de la LGDCU, que no estaba vigente cuando se celebró el contrato y fue añadido por la Disposición Final 8.ª de la LRCCI, sí en cambio por su carácter abusivo conforme a lo dispuesto a su vez por el art. 8.2 de la LCGC en relación con los arts. 82.1 y 83 de la Ley antes citada*”<sup>69</sup>.

Cierto es que la STS de 12 de noviembre de 2020 parece alejarse del criterio seguido por la de 24 de febrero de 2020, al poner el acento (también *obiter dicta*) en la expresión “perjuicio de los consumidores” incluida de la redacción del art. 83 del TRLGDCU desde su reforma por la LRCCI; lo que abriría la puerta a un ulterior control de abusividad de las estipulaciones no transparentes. Según esta otra STS, “conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto [con alusión al art. 83 TRLGDCU *ex* LRCCI] el *perjuicio de los consumidores* aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes”.

Desde mi punto de vista, esta segunda interpretación del TS debe descartarse. La norma referida me parece clara en el sentido de que, constatada la falta de transparencia material de una cláusula (que, desde luego, normal y típicamente será perjudicial para el consumidor-adherente), dicha estipulación habrá de reputarse nula de pleno derecho. Tan es así que, a mi

67. De la que fue ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro José VELA TORRES.

68. FD 4.º; la cursiva es mía.

69. La cursiva es mía.

juicio, casi sería posible invocar aquí el clásico apotegma “*in claris non fit interpretatio*”, pese a tratarse de un criterio hermenéutico de escasa aplicación práctica<sup>70</sup>.

La interpretación que aquí propongo se presenta, además, como una solución de política legislativa expresamente admitida por la Directiva 93/13/CEE. Así se infiere con meridiana claridad de la Comunicación relativa a las Directrices sobre la interpretación y aplicación de dicha Directiva, en la que se afirma que “[e]l Derecho nacional puede, por ejemplo, establecer igualmente que la falta de transparencia puede llevar directamente a la invalidez de las cláusulas del contrato sin tener que evaluar el carácter abusivo”<sup>71</sup>. En mi opinión, esto es precisamente lo que se ha hecho en nuestro ordenamiento a través de la LRCCI en los términos más arriba expuestos.

2.º El segundo argumento pone el acento en la interpretación que la Comisión Europea ha realizado de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. En concreto, en su Comunicación sobre la interpretación de la referida Directiva a la que acabo de referirme. Este documento interesa aquí porque en él la Comisión realiza unas interesantes consideraciones acerca de la abusividad de una cláusula predispuesta por falta de transparencia, siendo previsible que esta forma de enfocar el asunto esté presente en una futura reforma de la Directiva 93/13/CEE que antes o después habrá de acometerse<sup>72</sup>.

En concreto, dentro del apartado de esta Comunicación intitulado “Pertinencia de la falta de transparencia para el carácter abusivo de las cláusulas contractuales”, tras exponerse (en la dirección seguida por el TJUE) que “[l]a falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva en virtud del art. 3, apdo. 1, de la Directiva 93/13/CEE”, se añade, sin embargo, que “en la medida en que las cláusulas contractuales no sean claras ni comprensibles, es decir, cuando los profesionales no cumplan con la exigencia de transparencia,

70. Conforme con esta interpretación: CÁMARA LAPUENTE, S., “Hacia el carácter abusivo directo...”, cit., p. 39, quien, contrariamente a lo que se dice en esta STS (bien es cierto que *obiter dicta*), afirma expresamente que “conviene no olvidar que la vigente redacción del art. 83 ha descartado claramente tener que recurrir ante cláusulas no transparentes a un ulterior examen de los elementos propios de las cláusulas abusivas [buena fe, desequilibrio de derechos y obligaciones (...)], elevando así el nivel de protección frente a cláusulas no transparentes que se deriva de la jurisprudencia del TJUE y del TS hasta la fecha” (p. 39). En la misma dirección (en los términos expresados *supra*): PEITEADO MARISCAL, P., “Transparencia y abusividad...”, cit. *supra*; MÚRTULA LAFUENTE, V., “La evolución de la jurisprudencia del TJUE...”, cit., p. 87, nota 79; y AGÜERO ORTIZ, A., “Los controles de transparencia y abusividad...”, cit., p. 127, nota 146.

71. Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, en DOUE, 27 de septiembre de 2019, C 323/4.

72. Como apunta CÁMARA LAPUENTE, S., “Hacia el carácter abusivo directo...”, cit., p. 38, a quien sigo en “¿Hacia un [errático] control de abusividad...”, cit., p. 9.

esta circunstancia puede contribuir a concluir que una cláusula contractual es abusiva en virtud del art. 3, apdo. 1, o incluso puede indicar su carácter abusivo”.

En esta misma dirección se afirma más adelante sin ambages que, “dependiendo del contenido de la cláusula del contrato en cuestión y a la luz del efecto de la falta de transparencia, *el posible carácter abusivo de una cláusula contractual puede estar estrechamente relacionado con la falta de transparencia, o incluso indicar esta un carácter abusivo*”<sup>73</sup>. Y lo anterior se completa con la siguiente afirmación: “[e]ste puede ser el caso, por ejemplo, cuando los consumidores no pueden entender las consecuencias de una cláusula o son engañados. De hecho, cuando los consumidores se encuentran en una posición desventajosa a causa de cláusulas contractuales poco claras, ocultas o engañosas, o cuando no se proporcionan las explicaciones necesarias para comprender sus implicaciones, es poco probable que el profesional esté tratando de manera justa y equitativa al consumidor y tomando en cuenta sus legítimos intereses”<sup>74</sup>.

Lo expuesto no puede en modo alguno ocultar que la calidad técnica de la nueva regulación resultante de la LRCCI deja mucho que desear. Desde mi punto de vista, habría sido más aconsejable incorporar a nuestro Derecho una regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes relativas a los elementos esenciales del contrato<sup>75</sup>. O, si se prefiere, una norma que decretara la nulidad de las estipulaciones no negociadas individualmente relativas a los elementos esenciales (u objeto principal y adecuación entre precio y prestación *ex* Directiva 93/13/CEE) que, en contra de las expectativas legítimas y razonables del consumidor, se incorporasen al contrato de modo no transparente. De haberse procedido de este modo, la redacción actual de los arts. 5.5 LCGC y 83 TRLGDCU no suscitaría algunas de las críticas que ha generado en cierta doctrina autorizada. Estas pueden concretarse básicamente en que dichas normas, tal como están redactadas, son susceptibles de interpretarse en el sentido de hacer relevante la transparencia material no solo para las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sino también para las accesorias, lo que,

73. La cursiva se corresponde con la letra en negrita que figura en la Comunicación.

74. Insiste en la relevancia de estas declaraciones contenidas en la Comunicación sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE: SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., “Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13”, en *Revista de Derecho vLex*, 199, diciembre de 2020, pp. 13 y ss., disponible en <https://www.icab.cat/es>, quien termina subrayando que “la abusividad no es un control en sí misma considerada, sino el razonamiento último al que se llega, después del examen que se hace por las dos vías previstas en los artículos 3,1 y 5 de la Directiva 93/13: el examen de desproporción o desequilibrio importante y el examen de transparencia, como conductas antijurídicas y la sanción es la nulidad” (p. 16).

75. Como propuse en “El control de transparencia de condiciones generales...”, cit., pp. 61 y ss.

de llevarse a cabo, constituiría una clara conculcación de la Directiva 93/13/CEE<sup>76</sup>.

Bien es verdad que el argumento normativo al que acabo de referirme puede desaparecer si el legislador español se decanta finalmente por reformar el art. 82.1 TRLGDCU en el sentido que parece tener intención de hacerlo, según se desprende del Anteproyecto de Ley para la concreción del alcance del carácter abusivo de las cláusulas, elaborado por el Ministerio de Consumo<sup>77</sup>. No en vano, este texto prelegislativo pretende someter a control de contenido o abusividad la totalidad de los elementos del contrato, ya sean accesorios o principales, con independencia de que las cláusulas predisuestas que los contengan sean claras y transparentes<sup>78</sup>.

De aprobarse esta propuesta normativa, el Derecho español se distanciaría de los ordenamientos más destacados en el ámbito europeo<sup>79</sup>. Además, se daría un paso al frente en abierta contradicción con el principio de libertad de empresa del art. 38 de la Constitución, que es uno de los pilares fundamentales sobre los que se apoya nuestro sistema económico constitucionalizado<sup>80</sup>.

A lo anterior habría que añadir también la falta de conciliación del referido Anteproyecto con el Derecho positivo vigente, resultante de la aprobación y entrada en vigor de la LRCCI en el sentido al que me he referido con anterioridad. Legislar en beneficio de los intereses económicos de los consumidores y usuarios es un objetivo loable, alentado tanto por el art. 51 de la Constitución (que encomienda a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo su salud, su seguridad y sus legítimos intereses económicos a través de procedimientos eficaces) como por la Unión Europea (que ha obligado al Estado español

---

76. PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre la transparencia material de cláusulas predisuestas...”, cit. *supra*.

77. Anteproyecto de ley por el que se modifica el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la concreción del alcance del control del carácter abusivo de las cláusulas, disponible en <https://www.consumo.gob.es>.

78. En concreto, la nueva redacción que el referido Anteproyecto propone conferir al art. 82.1 TRLGDCU es la siguiente: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente (...), *independientemente del elemento de la relación contractual que se regule en las mismas* [esto es, ya se trate de un elemento principal o accesorio], 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” (la cursiva es mía).

79. Como explican muy bien GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT GOLOBARDES, M., Y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J., “Editorial. Un mal paso”, en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. iii y iv.

80. En la dirección que apunta, entre otros, SUÁREZ PUGA, E., “El legislador insiste en controlar el contenido de las cláusulas que definen los elementos esenciales del contrato”, disponible en <https://almacen.dederecho.org>.

a armonizar su Derecho interno con las numerosas Directivas de consumo emanadas de Bruselas, sometidas a un constante proceso de revisión). Pero es muy censurable hacerlo limitando libertades esenciales de nuestro sistema económico, tales como la libertad de empresa y la libertad de contratación. Y precisamente esto último es lo que, en mi opinión, se desprende del referido Anteproyecto de reforma del TRLGDCU. En consecuencia, no puedo sino desear que la modificación contenida en este texto prelegislativo nunca llegue a ver la luz<sup>81</sup>.

## 2. ARGUMENTO DOGMÁTICO: LA ESTRECHA CONEXIÓN ENTRE TRANSPARENCIA MATERIAL Y CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

Expuesto el argumento normativo, paso ahora a abordar el dogmático, al que le doy este nombre, aun consciente de no ser el más apropiado, por girar en torno a la teoría general o dogmática del contrato en estrecha conexión con el fundamento del control de transparencia material. Al respecto, he de comenzar señalando que, según la Comunicación sobre las Directrices de interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE, las cláusulas relativas al objeto principal del contrato aluden a las estipulaciones “que establecen las obligaciones esenciales del contrato y, como tales, lo caracterizan”, a diferencia de las cláusulas “simplemente accesorias” que no forman parte del concepto de objeto principal del contrato<sup>82</sup>.

81. Como afirmo en mi trabajo “¿Hacia un [errático] control de abusividad...”, cit., *passim*, donde sostengo que este texto prelegislativo ha de ser censurado y rechazado con firmeza; sobre este Anteproyecto v. también: MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Control de abusividad sobre cualquier elemento del contrato: el fin de las conjeturas”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 23 de 2021, pp. 5 y 6; y GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT GOLOBARDES, M., Y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J., “Editorial...”, cit., p. ix. Los últimos autores citados resumen las razones contrarias a que este Anteproyecto llegue finalmente a ver la luz del modo siguiente: “En las líneas anteriores hemos desgranado una serie de razones que permiten concluir que el Anteproyecto no solo es innecesario, sino gravemente contraproducente y perjudicial para la sociedad y la economía españolas. También para la calidad y eficiencia de la administración de justicia y del sistema jurídico en su conjunto. Nos aparta de la solución ampliamente mayoritaria en Europa, especialmente entre las grandes economías y sistemas legales del continente. No contribuye a aclarar y despejar dudas sobre la situación legal española que, simplemente, no existen hoy por hoy. Creará una grave inseguridad jurídica para las empresas y las transacciones económicas poniendo en riesgo de revisión decisiones empresariales básicas -precio y calidad de bienes y servicios- y ello sin mejorar la protección y el bienestar de los consumidores. Por último, es de esperar que genere importante litigación, dados los precedentes de la judicialización masiva de cuestiones sobre cláusulas abusivas en España, agravando seriamente la precaria situación de la justicia civil en nuestro país. Por todas las razones anteriores [concluyen], lo aconsejable es que el Anteproyecto sea abandonado o, en todo caso, sirva como cauce para introducir expresamente en el TRLGDCU la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13, en sintonía con otros países de nuestro entorno (Francia, Italia, Reino Unido). Un mal paso es peor que quedarse quieto, incluso que dar un paso atrás”.

82. Apdo. 3.2.1 de la Comunicación; aclarado esto, la Comunicación indica que para determinar si una estipulación se refiere o no al objeto principal del contrato se ha de

Por tanto, a la vista de esta noción de objeto principal del contrato, en un préstamo bancario, por ejemplo, serían estipulaciones relativas a dicho extremo las que delimitan la obligación de la entidad financiera de entregar una determinada cantidad de dinero y las que concretan la obligación del cliente-prestatarario de devolver dicha cantidad en los plazos convenidos y con los correspondientes intereses que se hubiesen acordado. El diferente tratamiento que se da a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato frente a las accesorias está más que justificado<sup>83</sup>:

1.º Cuando el consumidor celebra un contrato a través de condiciones generales y/o clausulados predispuestos, centra su atención en las estipulaciones constitutivas del objeto principal del contrato que celebra, respecto de las cuales la competencia funciona, al menos en principio, de manera razonablemente eficiente. Si, por ejemplo, advierte que en el contrato de préstamo que le oferta una determinada entidad bancaria los intereses a pagar son muy elevados, se decantará por otra alternativa del mercado que le resulte menos onerosa. De ahí que estas cláusulas no se sometan a control de contenido o abusividad. Su no sometimiento a dicho control se explica por tratarse de estipulaciones conocidas y consentidas por el adherente en el momento de emitir su consentimiento negocial, de forma similar a las cláusulas que son incorporadas a un contrato como fruto de una negociación individual.

2.º Sin embargo, las cláusulas sobre cuestiones accesorias y no principales no son tenidas en cuenta por el consumidor a la hora de contratar, pues las estipulaciones que las contienen no se leen ni, consecuentemente, se conocen y comprenden con anterioridad a la celebración del negocio. Razón por la cual el control de contenido o abusividad se erige para este tipo de estipulaciones en el mecanismo idóneo dispuesto por el legislador con vistas a remediar los posibles abusos que a través de ellas puedan cometer los predisponentes en detrimento de los adherentes. En consecuencia, el consumidor celebra el contrato sabiendo que si algunas de dichas cláusulas accesorias contuvieran reglas contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de derechos y obligaciones de las partes, las mismas carecerán de validez por no superar el control de contenido o abusividad. Por ello, a diferencia de las cláusulas relativas a los elementos esenciales, estas otras estipulaciones no son equiparables a las resultantes de un proceso de negociación individual.

A fin de comprender mejor las ideas precedentes, cabría afirmar que, en lo que concierne a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, el mensaje que el legislador envía al consumidor podría concretarse

---

considerar “la naturaleza, la estructura y las disposiciones del contrato y su contexto jurídico y fáctico”.

83. Al respecto: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predisuestas que describen...”, cit., *passim*; PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13...”, cit. *supra*.

en el conocido eslogan “busca, compara y si encuentras algo mejor, cómpralo”. En cambio, el mensaje del legislador relativo a las estipulaciones accesorias de los contratos celebrados a través de condiciones generales y clausulados predispuestos sería muy distinto y podría formularse del modo siguiente: “No malgastes tu tiempo en leer y comprender este tipo de cláusulas; te compensa mucho más confiar en que si hubiera alguna o algunas que merecieran considerarse abusivas, por contravenir las exigencias de la buena fe objetiva mediante la generación de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, dichas estipulaciones serán nulas y se tendrán, sin más, por no puestas”<sup>84</sup>.

Aclarado lo anterior, la cuestión que procede ahora abordar consiste en tratar de dilucidar si resulta o no coherente con la teoría general del contrato y, en especial, con el fundamento dogmático del control de transparencia material, someter a control de contenido o abusividad las cláusulas predispuestas relativas al objeto principal del contrato que incumplen las exigencias de la transparencia material. Aunque soy consciente de que este asunto es controvertido, al no existir sobre él una respuesta unívoca en nuestra comunidad jurídica (en el sentido más arriba expuesto), entiendo que esta cuestión se hace acreedora de una respuesta negativa por las razones que a continuación expongo, que han de añadirse al argumento normativo más arriba analizado<sup>85</sup>.

A mi juicio, las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no son susceptibles de control de contenido o abusividad por cuanto que los adherentes dirigen (o deben dirigir) su atención cuando contratan precisamente a dichas estipulaciones. Esta es la razón por la que estas cláusulas han de ser verdaderamente transparentes, esto es, efectivamente conocidas

84. PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13...”, cit. *supra*.

85. Efectivamente, como señalo en el texto, este asunto es controvertido. Entre la doctrina privatista que admite el control de contenido o abusividad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, cabe mencionar (por su autoridad) al profesor PANTALEÓN, que concibe el control de transparencia material como “un genuino control de contenido o abusividad, que se caracteriza por aplicarse a condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente definitorias del objeto principal del contrato (excluidas, pues, en la terminología del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, las referidas a la adecuación entre prestación y contraprestación, porque en una economía de mercado no cabe control judicial general de la justicia de los precios). Un control de abusividad [añade PANTALEÓN] que se caracteriza por aplicarse, en concreto y en lo esencial: a las cláusulas que establecen, a favor del empresario, formulas claramente desequilibradas de determinación de su prestación o de la contraprestación del consumidor; a aquellas que atribuyen al empresario facultades exorbitantes de modificar unilateralmente en su beneficio la contraprestación a realizar por el consumidor o la prestación a realizar por él; y a aquellas que establecen limitaciones o excepciones inusitadas al que es, en el tipo de contrato de que se trata, el contenido natural o usual de las repetidas prestación o contraprestación (que son las que, cuando no son materialmente transparentes para el consumidor, suelen calificarse de cláusulas sorprendentes)”: v. “Sobre la transparencia material de cláusulas predispuestas...”, cit. *supra* (la cursiva es mía); ÍDEM, “Sobre el artículo 4.2 de la Directiva...”, cit. *supra*.



y comprendidas por los adherentes en el momento de emitir sus consentimientos negociales. Solo así no resultarán desvirtuados aquellos factores esenciales que conforman el reducto de contractualidad sobre el que ha de girar el consentimiento de los contratantes. De modo que si se no llegan a ser transparentes, la consecuencia jurídica ha de ser su calificación como abusivas y nulas de pleno derecho. Y es que, como sostiene la mejor doctrina privatista, la transparencia es esencial para “garantizar las elecciones de los consumidores en aquello cuya elección se confía al mercado”, con clara alusión a los elementos esenciales u objeto principal del contrato<sup>86</sup>.

Por tanto, desde mi punto de vista, el control de transparencia material se presenta como una manifestación expresa de la protección del consentimiento negocial, lo que posee especial relevancia para resolver la cuestión que aquí se aborda relativa a las consecuencias derivadas de la falta de transparencia material de una cláusula predispuesta. Ciertamente es que la aceptación de esta idea o premisa relativa a la estrecha conexión apreciable entre transparencia material y consentimiento contractual puede conducir a soluciones jurídicas diferentes. En efecto, cabe, por un lado, sostener que las cláusulas no transparentes (o sorprendentes) plantean un problema de consentimiento viciado, que puede reconducirse bien a la figura del error parcial o a la del dolo incidental. Pero también es posible ver en las estipulaciones no transparentes (o sorprendentes) un problema de falta de consentimiento, al considerar que dichas estipulaciones no forman parte de la oferta negocial, merced a su inclusión furtiva en el contrato por el predisponente<sup>87</sup>.

Las consecuencias prácticas de seguir una u otra tesis son diferentes. Si el problema de la no transparencia material se reconduce a un caso de consentimiento viciado (error parcial o dolo incidental), para dejar sin efecto las estipulaciones no transparentes, el adherente tendrá que ejercitar una acción de anulabilidad en el plazo de cuatro años fijado por el Código Civil. En cambio, si la no transparencia material se concibe como un supuesto de falta de consentimiento (por entender no incluida la cláusula no transparente en la oferta de contrato), la apreciación del carácter no transparente de las estipulaciones podrá realizarse de oficio por el juez<sup>88</sup>.

De todos modos, en lo que aquí especialmente interesa, ambas formas de concebir la transparencia material conducen a un mismo resultado que no es otro que la ilicitud automática de la cláusula no transparente, en el sentido de que bastará al juez con constatar que las estipulaciones no

86. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al art. 82 TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 726.

87. Ampliamente, y con cita de la doctrina que defiende cada una de estas soluciones, v. la exposición que realicé en mi trabajo “El control de transparencia de condiciones generales...”, cit., pp. 33 y ss.

88. *Ibidem*, pp. 38 y ss.

transparentes afectan al objeto principal del contrato para reputarlas directamente ilícitas (tanto si esa constatación se realiza a instancia de parte o de oficio). Así ha de ser por cuanto que, en mi opinión, la referencia para juzgar la ilicitud de estas estipulaciones no transparentes no debe consistir en el modelo legal de regulación justa derivado del Derecho dispositivo, los usos y la buena fe (art. 1258 del Código Civil), sino en el consentimiento negocial del adherente o, si se prefiere, en las expectativas legítimas y razonables que éste se hizo a la hora de contratar a la vista del contexto general en el que se desarrolló la operación contractual<sup>89</sup>.

Además, la configuración del control de transparencia como la llave del control de contenido implica conferir a los jueces la facultad de declarar válidas y eficaces en algunos casos estipulaciones no superadoras del control de transparencia. De hecho, esto es lo que ha ocurrido precisamente en la STS de 12 de noviembre de 2020 relativa al índice IRPH. En ella, pese a declararse falta de transparencia material de algunas estipulaciones relativas al objeto principal del contrato, estas son sometidas a control de contenido, decantándose finalmente el TS por reputarlas no abusivas y, por tanto, lícitas y vinculantes.

Esta forma de argumentar no llega a convencerme. A mi juicio, puede ser discutible que los índices IRPH sean o no materialmente transparentes. Pero una vez declarado que no lo son, procede decretar directamente su ilicitud (por abusivos). De ahí que me parezca más convincente el razonamiento esgrimido por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas en su Voto Particular. En él dicho Magistrado constata un perjuicio para el consumidor consistente en la alteración sorpresiva del acuerdo económico que creía haber alcanzado a partir de la incompleta información contractual que le suministró el predisponente, lo que le privó de la facultad de comparar dicha oferta con otras del mercado. Según sus palabras, “es evidente el perjuicio causado al consumidor, en cuanto que por falta de información suficiente no ha podido comparar con otras ofertas del mercado, por lo que se le privó del ejercicio de un legítimo derecho de opción, del que quedó desposeído por la falta de transparencia”<sup>90</sup>.

89. En este sentido: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas abusivas y elementos esenciales...”, cit. *supra*; ÍDEM, “Cámara, en InDret sobre la sentencia del TJUE...”, cit., *supra*; ÍDEM, “A las cláusulas predisuestas que regulan los elementos esenciales...”, cit., *supra*; PAGADOR LÓPEZ, J., “Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales...”, cit., pp. 405 y ss. A la vista de lo declarado por la Comisión en su Comunicación sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE, afirma SÁNCHEZ GARCÍA que “[l]o que fundamenta el control de abusividad es el quebranto del principio de buena fe, bien porque la cláusula no es clara y comprensible o porque provoca un desequilibrio entre las dos partes, pudiendo llevar cualquiera de ellos a la abusividad”; para sostener más adelante que “[e]l deber de transparencia es un deber de información y la vulneración de ese deber especial, cuando afecta a un elemento esencial del contrato (art. 4,2 Directiva 93/13), debe comportar la abusividad, porque se incumple la buena fe”: “Transparencia vs abusividad conforme a los principios...”, cit., p. 5.

90. Conformes, *ad ex.*, BURRERO DEL CASTILLO, D., “El juicio de abusividad subsiguiente al control de transparencia de las cláusulas IRPH”, 23 de febrero de 2021,

Si el consumidor-adherente no ha consentido sobre algunos extremos relativos a los elementos esenciales del contrato (que conforman el reducto de contractualidad sobre el que ha de versar el consentimiento libre de las partes), por haberle sido hurtado por el predisponente su conocimiento y comprensión, dichos extremos quedan fuera o al margen del acuerdo alcanzado por los contratantes, pudiendo ser categorizados como materia *extra contractus*. Así ha de ser por cuanto que sobre los elementos esenciales del contrato siempre ha de existir un acuerdo individual entre los contratantes. De modo que de no existir dicho acuerdo en relación con una parte de esos elementos, el contrato no podría considerarse válido y eficaz en lo que a ellos se refiere, por haber quedado fuera o extramuros de la negociación<sup>91</sup>.

Se explica así que no parezca razonable legitimar al juez para entrar a valorar las cláusulas no transparentes que conforman esa materia *extra contractus*, con vistas a dilucidar si son o no abusivas, con la posibilidad de declararlas lícitas e imponerlas al consumidor como si verdaderamente hubiesen sido consentidas por él de forma plena y libre. Como afirma el Magistrado Arroyo Fiestas en el Voto Particular antes referido, “[n]o es la Sala la que debe valorar cuál índice le resultaba más interesante a la parte demandante, sino que era el consumidor quien debía tomar dicha decisión con la información que no se le facilitó”.

En cuestiones atinentes al reducto de contractualidad del contrato, el juez solo está legitimado a intervenir cuando una ley expresamente se lo permite. Este es el caso, por ejemplo, de la LRU de 1908, de gran actualidad en los últimos años como instrumento de protección de los consumidores de créditos rotativos o revolventes, que faculta al juez a declarar ilícito (por usurario) un determinado tipo de interés<sup>92</sup>. Y lo mismo puede decirse de la

---

disponible en <https://www.revistalatoga.es>; ORDUÑA MORENO, F. J., “Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH”, en *Revista de Derecho vLex*, 198, noviembre de 2020, pp. 1 y ss., disponible en <https://www.zs.asociados.com>. Sin embargo, valora positivamente la STS de 12 de noviembre de 2020: AGÜERO ORTIZ, A., “Los controles de transparencia y abusividad...”, cit., pp. 139 y 140.

91. En palabras de ALFARO, “sobre los elementos esenciales del contrato debe existir siempre un acuerdo individual entre el empresario y el cliente porque, en otro caso, no estaríamos ante un contrato válido en el sentido del artículo 1261 CC porque no habría concurrido el consentimiento de ambas partes sobre el objeto y la causa del mismo”: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentarios al art. 1”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DíEZ-PICAZO, L. (Dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 133.
92. Aunque no puede ocultarse que las SSTs en las que se ha aplicado la LRU de 1908 a estos créditos han sido objeto de crítica por parte de la doctrina. En concreto, se han considerado equivocadas por no aplicar el requisito subjetivo necesario para determinar si un interés es o no usurario, al que se refiere el art. 1 de la LRU en los siguientes términos: “habiendo motivos para estimar que (el contrato de préstamo) ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”. Desde esta perspectiva, se cuestiona que en estas sentencias el TS haya podido incurrir en una fijación judicial de precios, al no aplicar el requisito subjetivo de la usura y declarar que esta existe solo en

Ley de 13 de julio de 1998 de venta a plazos de bienes muebles, cuyo art. 11 faculta a los jueces, de forma excepcional y cuando concurren causas justificadas (paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad, etc.), a modificar el acuerdo alcanzado por las partes en relación con los plazos de pago y las posibles cláusulas penales que se hubiesen pactado<sup>93</sup>.

Esto que acaba de exponerse no ha de conducir irremediamente a la nulidad de todas las cláusulas relativas a los referidos extremos que no pasan el filtro de la transparencia material, lo que podría resultar en ciertos casos desfavorable para el consumidor; especialmente cuando se trate de estipulaciones que no le son perjudiciales, en el sentido que apunta la STS 367/2011, de 8 de junio (RJ 2011, 4399), cuando afirma que “la falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a que el consumidor no pueda hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones pueden tener en su posición económica o jurídica en el desarrollo del contrato, las mismas pueden no tener efectos negativos para el adherente”. Al respecto, no debe olvidarse que, tratándose de cláusulas inocuas, el consumidor siempre cuenta con la posibilidad de no solicitar la nulidad<sup>94</sup>.

---

función de la presencia del requisito objetivo, de naturaleza esencialmente económica (al respecto, entre otros: CARRASCO PERERA, A. F. y AGÜERO ORTIZ, A., “Sobre la usura...”, cit., pp. 73 y ss.; MONSALVE DEL CASTILLO, R. y PORTILLO CABRERA, E., “Comentario...”, cit., CASTILLO MARTÍNEZ, C., “Doctrina legal...”, cit., pp. 757 y ss.). Las siguientes palabras de RUIZ ARRANZ sintetizan muy bien la crítica al TS a la que me refiero: “La usura clásica es un expediente excepcional de control de precios basado en la conducta inmoral de quien se aprovecha de la situación angustiada o la desesperación de otro. Por eso, los elementos subjetivos del artículo 1 LRU son importantes en la declaración de usura del préstamo. El actual desarrollo jurisprudencial de la usura (a raíz de los litigios en materia de tarjetas de crédito *revolving*) ha mutado por completo el supuesto de hecho de la usura. Ahora basta con los elementos objetivos (interés elevado y desproporcionado) para reputar usurario un contrato. Este proceder difumina la usura y la separa del contexto explicativo de su propia Ley (...). El elemento subjetivo es necesario para no ensanchar indebidamente los contornos de la usura hacia el control de precios” (RUIZ ARRANZ, A., “Una nueva concepción para la usura: presupuestos y restitución”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, 2021, p. 236).

93. Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

94. Como apunta (a mi juicio, acertadamente) CÁMARA LAPUENTE, S., “Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas...”, cit., p. 39, quien añade que incluso existe jurisprudencia que le permite oponerse a la protección que le ofrece la Directiva 93/13 si la considera contraria a sus intereses. Por ello, desde mi punto de vista, no es aceptable la opinión de quienes esgrimen como argumento contrario a la tesis de la abusividad (y subsiguiente nulidad) automática de la cláusula materialmente no transparente, el dato de que hay cláusulas no transparentes en sentido material que, sin embargo, no son perjudiciales para el consumidor. Este es el caso, *ad ex.*, de MARTÍNEZ ESPÍN, P., *El control de transparencia de condiciones generales...*, cit., pp. 252 y 253, quien menciona expresamente las “cláusulas techo” como ejemplo de este tipo de estipulaciones no perjudiciales para el adherente. En mi opinión, si un consumidor encuentra sorpresivamente en su contrato

Como se sabe, en un sistema de Derecho privado como el nuestro, el contrato afectado por un verdadero vicio del consentimiento negocial solo puede ser atacado jurídicamente mediante el ejercicio de una acción procesal a instancia de parte. Razón por la cual no parece censurable privar al juez que conozca de una controversia relativa a cláusulas no transparentes o sorprendentes (afectantes, tal como yo las concibo, al consentimiento del adherente como un supuesto de dolo incidental) de la facultad de declarar de oficio su abusividad o ilicitud. Si la autoridad judicial carece de dicha facultad cuando el contrato está afectado por un verdadero vicio del consentimiento de los tipificados en el Código Civil, no parece criticable que tampoco la posea cuando se trata de hacer frente a una maniobra por la que una cláusula relativa al objeto principal del contrato es introducida de forma furtiva por el predisponente dentro del clausulado predispuerto<sup>95</sup>.

Por otra parte, de acogerse la tesis del dolo incidental (que personalmente a mí es la que más me convence) el control de transparencia permitiría la conservación del contrato en cuyo condicionado general o predispuerto se insertan estipulaciones incumplidoras de la transparencia material. El artículo 1270 CC dispone, en concreto, que “el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”, lo que se interpreta como el deber del predisponente de colocar al adherente en la situación en la que se habría encontrado si la maquinación insidiosa (esto es, la cláusula no transparente) no hubiera tenido lugar. En muchos casos este resultado podrá lograrse con la supresión de la cláusula sorprendente. En otros, sin embargo, será necesario atribuir nuevos derechos al adherente o privar de ciertas facultades al predisponente<sup>96</sup>.

Para finalizar un último apunte. Si lo que acabo de expresar es referido a las estipulaciones sobre el objeto principal del contrato, las mismas consideraciones (y aún con más razón si cabe) son predicables de las cláusulas relativas a la adecuación entre precio y prestación. A este otro tipo de estipulaciones alude la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices de interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE cuando afirma que “con arreglo al art. 4, apdo. 2, la evaluación del carácter abusivo puede incluir también una evaluación de la adecuación del precio y de la retribución o, como se indica en el considerando 19, de *la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación* solo cuando las cláusulas en cuestión no sean transparentes”<sup>97</sup>.

---

una cláusula techo que le beneficia, le bastará con no instar su nulidad ante los tribunales.

95. Como ya sostuve en “El control de transparencia de condiciones generales...”, cit., p. 40.

96. Así me pronuncié en el trabajo cit. *supra*, en nota precedente, p. 38, siguiendo a los profesores PANTALEÓN PRIETO y ALFARO ÁGUILA-REAL.

97. Apdo. 3.2.2 de la Comunicación; y a esto se añade que, en cambio, “el carácter abusivo de otros aspectos relacionados con el precio o la retribución, como la posibilidad

Se trata, por ejemplo, de estipulaciones tales como las que establecen los honorarios a pagar por el consumidor a un determinado profesional liberal por una determinada prestación estandarizada de su actividad; o las que fijan el precio a abonar por el consumidor por la adquisición de una unidad de medida de determinadas cosas genéricas<sup>98</sup>. En mi opinión, es absolutamente inadmisibles que en nuestro Derecho este tipo de cláusulas sean sometidas a un control de contenido o abusividad. La razón no es difícil de explicar. El juez no está facultado para enjuiciar el equilibrio económico del contrato. Su cometido queda reducido únicamente al análisis del equilibrio jurídico de la relación contractual. Así lo constató, con gran claridad, la STS de 18 de junio de 2012 a la que me referí más arriba. En ella (recuérdese) el TS se hizo eco de una idea fundamental de nuestro Derecho patrimonial privado, cual es la ausencia de criterios jurídicos que permitan calificar un precio determinado como justo o injusto.

También expresan de forma muy clara la idea precedente los redactores de los Principios de Derecho Europeo de Contratos en el “Comentario” del art. 4:110, al señalar que jueces y árbitros tienen prohibido “juzgar la relación entre el precio y el objeto principal”, teniendo vetada la aplicación de la doctrina del *iustum pretium* del Derecho canónico<sup>99</sup>. Y en la misma dirección cabe también invocar el art. II.-9:402(2) del Marco Común de Referencia, en cuyo “Comentario” se señala, por un lado, que un control judicial del precio y de la calidad de los bienes y servicios es incompatible con los principios básicos de una economía de mercado, y, por otro, que para que sea factible llevar a efecto un control de la calidad y el precio es necesario contar con criterios jurídicos que no existen, salvo en casos muy excepcionales<sup>100</sup>.

En definitiva, hemos de concluir que no existen criterios jurídicos adecuados para guiar a un juez en la tarea de determinar si son o no abusivas las cláusulas predisuestas que fijan la correspondencia entre precio y prestación (en la dirección ya indicada en varios asuntos por el TJUE). Pero tampoco los hay de carácter económico, pues “no hay precios adecuados,

---

de cambios unilaterales del precio o el mecanismo para su ejecución, debe evaluarse incluso si las cláusulas en cuestión son totalmente transparentes”.

98. PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre el art. 4.2 de la Directiva...”, cit., *supra*.

99. BARRES BENLLOCH, M. P., EMBID IRUJO, J. M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 387.

100. BLANDINO GARRIDO, M. A., “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”, en VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. 1, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, p. 648. También, entre otros: PAZOS CASTRO, R. “Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, enero-marzo de 2017, pp. 175 y 176.

ni correspondencias adecuadas entre precio y calidad de un bien o servicio”<sup>101</sup>. Además, una norma que instaurara el control judicial de los precios y las prestaciones sería contraria a la libertad de empresa y a la economía de mercado consagradas en los Tratados Europeos y, en el ámbito interno, no superaría las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad inherentes a un control de constitucionalidad de una norma que repercute de forma directa y clara en las libertades de empresa y de contratación<sup>102</sup>.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La jurisprudencia (europea y española) ha venido construyendo el llamado control de transparencia material al aplicar el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE a diversos tipos de cláusulas predispuestas insertas en contratos financieros. Entre el considerable número de cuestiones abiertas y controvertidas que suscita esta modalidad de control, ocupa un lugar destacado la relativa a las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Dos son las principales soluciones que al respecto se han venido defendiendo en nuestra comunidad jurídica:

1.<sup>a</sup> La primera consiste en entender que dicha falta de cumplimiento comporta la apertura del control de contenido o abusividad; de modo que nada se apone a la existencia de cláusulas materialmente no transparentes que merecen considerarse lícitas por no comportar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

2.<sup>a</sup> La segunda, por el contrario, se inclina por defender que una estipulación no transparente en sentido material ha de reputarse necesariamente ilícita, sin necesidad de someterla a control de contenido o abusividad con vistas a determinar si conculca o no las exigencias derivadas de la buena fe en sentido objetivo.

En las páginas precedentes se ha defendido argumentativamente la segunda solución, pese a no ser la seguida en la actualidad ni por la jurisprudencia ni por un cualificado sector de la doctrina privatista. Como ha podido comprobarse, esta forma de enfocar y entender el asunto se ha apoyado fundamentalmente en los dos argumentos siguientes:

1.º El primero tiene carácter normativo y pone el acento en la existencia en nuestro Derecho de una normativa que conduce a dicho resultado: los arts. 5 de la LCGC y 83 del TRLGDCU, tras la redacción que a ambos les ha sido dada por la LRCCI. En ambos preceptos se dispone que las cláusulas predispuestas que se incorporan al contrato de manera no transparente en perjuicio del consumidor se consideran nulas de pleno derecho.

101. GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT GOLOBARDES, M., y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J., “Editorial...”, cit., p. v.

102. SUÁREZ PUGA, E., “El legislador insiste en controlar...”, cit. *supra*.

2.º El segundo es calificado (tal vez impropiaemente) de dogmático, dada su estrecha relación con la teoría general o dogmática del contrato en conexión con el fundamento del control de transparencia material. A través de él se centra la atención en la estrecha conexión apreciable entre la transparencia material y el consentimiento del adherente, defendiéndose que sobre los elementos esenciales del contrato siempre ha de existir un acuerdo individual entre los contratantes, de modo que de no existir dicho acuerdo en relación con una parte de dichos elementos, el contrato no podría considerarse válido y eficaz en lo que a ellos se refiere.

Lo anterior explica que no se considere razonable legitimar al juez para entrar a valorar las cláusulas no transparentes que conforman esa materia *extra contractus*, con vistas a determinar si son o no abusivas, con la posibilidad de declararlas lícitas e imponerlas al consumidor como si hubiesen sido verdaderamente consentidas por él. Antes al contrario, parece preferible sostener que dichas estipulaciones son ilícitas *per se*.

Bien entendido que lo anterior no ha de conducir irremediamente a la nulidad de todas las cláusulas que no pasan el filtro de la transparencia material, lo que podría resultar desfavorable para el consumidor en casos de estipulaciones inocuas. Al respecto, no debe olvidarse que, tratándose de este tipo de cláusulas, el consumidor siempre cuenta con la posibilidad de no solicitar su nulidad. Es más, existe incluso jurisprudencia que le reconoce la facultad de oponerse a la protección que le proporciona la Directiva 93/13/CE cuando la considere contraria a sus intereses.

Básicamente esta es mi forma de entender esta compleja cuestión que, como es natural, someto a cualquier otra opinión más autorizada y mejor fundada que la mía, consciente de que se trata de un asunto controvertido al que cabe ofrecer soluciones diversas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A., “Análisis jurisprudencial de la evolución del control de transparencia de las cláusulas suelo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 36, 2020, pp. 90 y ss.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentarios al art. 1º”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Díez-PICAZO (Dirs.): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 100 y ss.

- “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”, disponible en <http://almacenederecho.org> (última consulta el 17-3-2022)
- “Cámara, en InDret sobre la sentencia del TJUE sobre retroactividad de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo”, disponible



- en <http://derechomercantil.espana.blogspot.com> (última consulta el 17-3-2022).
- “Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato”, en <http://derechomercantil.espana.blogspot.com.es> (última consulta el 17-3-2022).
  - “A las cláusulas predispuestas que regulan los elementos esenciales del contrato no se le aplica el Derecho de las condiciones generales ni el derecho de las cláusulas abusivas”, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es> (última consulta el 17-3-2022).
- AGÜERO ORTIZ, A., “Los controles de transparencia y abusividad de las cláusulas relativas a índices de referencia”, en ÁLVAREZ LATA y PEÑA LÓPEZ (Dir.): *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Ed. Aranzadi, 2021, pp. 121 y ss.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO, S., “El control de abusividad de los elementos esenciales del contrato” disponible en <https://www.hayderecho.com> (última consulta el 17-3-2022).
- ARIAS, S., “Diferencia entre control de incorporación y control de transparencia de las condiciones generales de la contratación”, disponible en <https://www.iberley.es> (última consulta el 17-3-2022).
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho Privado*, núm. 1, 2019, pp. 33 y ss.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., *Tarjetas y créditos revolving o rotativos: la usura y el control de transparencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020.
- BARRES BENLLOCH, M. P., EMBID IRUJO, J. M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- BLANDINO GARRIDO, M. A., “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”, en VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. I, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 573 y ss.
- BURRERO DEL CASTILLO, D., “El juicio de abusividad subsiguiente al control de transparencia de las cláusulas IRPH”, disponible en <https://www.revista.latoga.es> (última consulta el 17-3-2022).
- BUSTO LAGO, J. M., “Las funciones notariales y registrales y el control de transparencia del préstamo hipotecario”, en ÁLVAREZ LATA y PEÑA LÓPEZ (Dir.): *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Ed. Aranzadi, 2021.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Cátedra Garrigues-Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.

- “Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes”, en *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, número relativo al I Congreso sobre el principio de transparencia en la contratación predispuesta y su proyección como valor transversal de la sociedad, disponible en <https://vlex.es> (última consulta el 17-3-2022).
  - “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo. No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 98 y ss.
  - “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (*Caja de Madrid*, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2013, vol. 5, núm. 2, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es> (última consulta el 17-3-2022).
- CARRASCO PERERA, A. F. y AGÜERO ORTIZ, A., “Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. *Syigma Mediatris*: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 2016, pp. 73 y ss.
- CASADO NAVARRO, A., “El control de transparencia como llave del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas”, en *La Ley Mercantil*, núm. 11, 2015, pp. 50 y ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C., “Doctrina legal sobre el crédito revolving. Comentario a la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, núm. 149/2020, de 4 de marzo”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 757 y ss.
- DELGADO TRUYOL, A., “Un monstruo llamado transparencia material”, disponible en <https://www.hayderecho.com> (última consulta el 17-3-2022).
- GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT GOLOBARDES, M., y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J., “Editorial. Un mal paso”, en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. i y ss.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ-SILOSA, V., “Deber de transparencia de la cláusula multidivisa en el préstamo hipotecario”, en ATÁZ LÓPEZ y GARCÍA PÉREZ, *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ed. Aranzadi, 2019, pp. 371 y ss.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. “Información precontractual y transparencia en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2231, 2020, pp. 3 y ss., disponible en <https://www.mjusticia.gob.es> (última consulta el 17-3-2022).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, 2019, p. 361 y ss.

- MARTÍNEZ ESPÍN, P., *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- “¿Qué pasó con las cláusulas suelo? Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 1 y ss.
  - “Control de abusividad sobre cualquier elemento del contrato: el fin de las conjeturas”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 23 de 2021, p. 1 y ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al art. 82 TRLGDCU”, en AA.VV. (dir. S. CÁMARA LAPUENTE), *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 768 y ss.
- MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, en *InDret*, núm. 2 de 2018, pp. 1 y ss.
- “La necesaria distinción entre los controles de transparencia formal y material de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados”, en *Revista Española de Seguros*, núm. 189-190, 2022.
  - “¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predisuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?”, en *La Ley Mercantil*, núm. 87, enero de 2022, pp. 1 y ss.
  - “Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 2017, pp. 1151 y ss.
- MONSALVE DEL CASTILLO, R. y PORTILLO CABRERA, E., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2020, de 4 de marzo. Usura en el interés remuneratorio aplicable a tarjetas de crédito de pago aplazado”, disponible en <https://www.boe.es> (última consulta el 17-3-2022).
- MÚRTULA LAFUENTE, V., “La evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas de intereses y su interpretación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE”, en ÁLVAREZ LATA y PEÑA LÓPEZ (Dirs.): *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- NAVAS NAVARRO, S., “Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 2015, pp. 130 y ss.
- ORDUÑA MORENO, F. J., “Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH”, en *Revista de Derecho vLex*, 198, noviembre de 2020, pp. 1 y ss., disponible en <https://www.zsasociados.com> (última consulta el 17-3-2022).

- PAGADOR LÓPEZ, J., “Título III. Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (Dirs.): *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRLGDCU*, Ed. Iustel, Madrid, pp. 1306 y ss.
- “Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala Primera] de 3 de junio de 2016”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 301, 2016, pp. 405 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13”, 9 de marzo de 2020, disponible en <https://almacenederecho.org> (última consulta el 17-3-2022).
- “Sobre la transparencia material de cláusulas predispuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*”, disponible en <https://almacenederecho.org> (última consulta el 17-3-2022).
- PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- “Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, enero-marzo de 2017, pp. 163 y ss.
- PEITEADO MARISCAL, P., “Transparencia y abusividad. La STS 538/2019, de 11 de octubre”, disponible en <https://adarvecorporacion.com> (última consulta el 17-3-2022).
- PEÑA LÓPEZ, F., “El consumidor vulnerable en el mercado financiero”, en ÁLVAREZ LATA y PEÑA LÓPEZ (Dirs.): *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Ed. Aranzadi, 2021.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, núm. 3 de 2013, pp. 1 y ss.
- *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- POPPER, K., *La Lógica de la investigación científica* (trad. por SÁNCHEZ ZABALA), Ed. Tecnos, Madrid, 1962.
- *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* (trad. por MÍQUEZ), Ed. Paidós, Buenos Aires, 1979.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 235 y ss.

- “Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del TS”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, núm 783, 2021, pp. 610 y ss.
  - “Créditos revolving: usura y transparencia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2021, pp. 2517 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F. “Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho mercantil al finalizar el siglo XX”, en SÁNCHEZ CALERO (Coord.), *Perspectivas actuales del Derecho mercantil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., “Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13”, en *Revista de Derecho vLex*, 199, diciembre de 2020, pp. 1 y ss., disponible en <https://www.icab.cat/es> (última consulta el 17-3-2022).
- SORIANO GARCÍA, J. E., *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.
- SUÁREZ PUGA, E., “El legislador insiste en controlar el contenido esencial de los contratos”, 13 de septiembre de 2021, disponible en <https://almacenederecho.org> (última consulta el 17-3-2022).
- VELA TORRES, P. J., “Condiciones generales en el contrato de seguro. Cláusulas lesivas por desnaturalización del objeto”, disponible en <https://www.sepin.es> (última consulta el 17-3-2022).
- VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación: el estado actual de la cuestión”, disponible en <https://idibe.org> (última consulta el 17-3-2022).