

ÚLTIMAS SENTENCIAS EN MATERIA DE CLÁUSULAS  
ABUSIVAS. ESTADO DE LA CUESTIÓN

*LAST JUDGMENTS ON UNFAIR TERMS. STATE OF THE QUESTION*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 580-621*

María José  
REYES LÓPEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 3 de mayo de 2023

**ARTÍCULO APROBADO:** 31 de mayo de 2023

**RESUMEN:** Este trabajo analiza las recientes sentencias del TJUE falladas durante el año 2023 sobre la validez de determinadas cláusulas abusivas, en concreto: honorarios profesionales, moneda extranjera, comisión de apertura e IRPH y su repercusión en la aplicación del derecho nacional.

**PALABRAS CLAVE:** Préstamo hipotecario; cláusulas abusivas; comisión de apertura; IRPH; honorarios profesionales; contratos consumidores; divisa extranjera.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes recent judgements of the European Court of Justice ruled during the year 2023 on the validity of certain unfair terms, specifically: professional fees, foreign currency, opening commission and IRPH and its impact on the application of national law.*

**KEY WORDS:** *Mortgage loan; unfair terms; opening commission; IRPH; professional fees; consumer contracts foreign currency.*

**SUMARIO.-** I. CLÁUSULAS ABUSIVAS.- 1. Introducción.- 2. Cláusulas no negociadas individualmente.- 3. El control de transparencia.- 4. Concepto y presupuestos de las cláusulas abusivas.- 5. Control de abusividad y transparencia material.- 6. Comunicación de la Comisión.- 7. El principio de transparencia reconocido normativamente.- II. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE. 1. Cláusulas abusivas en un contrato de prestación de servicios jurídicos.- A) *La información previa al contrato.*- 2. Cláusulas sobre comisión de apertura.- A) *La STJUE de 16 de marzo de 2023.*-3. Cláusulas indexadas en moneda extranjera.- A) *Regulación en la LCCL.*- 4. Cláusulas sobre el IRPH III. CONCLUSIONES.

---

## I. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

### I. Introducción.

Durante el tiempo que lleva transcurrido este año el TJUE ha publicado tres sentencias y un auto que inciden sobre los intereses económicos de las personas consumidoras. La primera de ellas, la STJUE 12 enero 2023 declara el carácter abusivo de una cláusula en la que una abogada impone los honorarios profesionales a un consumidor basándose en el criterio de minutación por horas en. Las dos restantes, ambas de 16 de marzo, están referidas a la validez de cláusulas contenidas en préstamos hipotecarios, en concreto de la cláusula indexada a moneda extranjera y de la comisión de apertura. Finalmente, el ATJUE se pronuncia nuevamente sobre el IRPH.

No es la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre el carácter de estas cláusulas, cuyo criterio reitera estableciendo pautas sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Tampoco es la primera vez que la influencia del derecho comunitario opera sobre aspectos sustanciales en el ámbito del derecho de consumo, que ha sido el causante de importantes modificaciones en el derecho civil, particularmente en el de la contratación en masa, que necesariamente requiere cuestionar si el consumidor se encuentra en situación de indefensión frente a la parte predisponente. Por ello, realmente su importancia reside en que los tres últimos pronunciamientos vienen a consolidar criterios sobre estas materias que habían resultado controvertidas en el ámbito del derecho interno mientras que el primero de ellos ahonda en la configuración de la relación del abogado con su cliente.

El punto de partida se centra en las dudas que desde siempre ha generado la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Partiendo de esa circunstancia, el presente trabajo se instrumenta en dos partes. En la primera

• **María José Reyes López**

Catedrática de derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: maria.j.reyes@uv.es

de ellas, de alcance general, se concreta el control de transparencia y abusividad, a la luz de los criterios expuestos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) mientras que, en la segunda, se analizan los últimos pronunciamientos del TJUE que inciden en cuatro materias sobre las que se cierne el interrogante de esta última tomando como premisa la primacía del derecho de la UE sobre el derecho interno<sup>1</sup> y el mandato contenido en el art. 4 bis LOPJ<sup>2</sup>.

## 2. Cláusulas no negociadas individualmente.

El concepto de cláusula no negociada trae causa del art. 3.2 de la Directiva 13/93/CEE, que considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular, en el caso de los contratos de adhesión.

El elemento de la predisposición es el factor fundamental que hace que los adherentes a estas cláusulas sean merecedores de una tutela especial que sólo afectará a las cláusulas empleadas en contratos con consumidores o usuarios.

El artículo 80.1 TRLGDCU establece los presupuestos que deben cumplimentar estas cláusulas sin perjuicio de que, como determina el art. 59 TRLGDCU, los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación quedan sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Así pues, sus apartados a) y b) se refieren a la redacción o formulación del contenido contractual, así como al “procedimiento” necesario para que queden incorporadas al contrato. El apartado c), en cambio, contempla el denominado “control de contenido”.

Al tratarse de cláusulas predisuestas se insiste en todos los elementos que puedan facilitar la comprensión al adherente, que prácticamente reproduce el contenido de lo dispuesto en los arts. 5 y 7 LCCG, si bien, así como a todo contrato con condiciones generales se le impone un control de inclusión en los términos previstos en dichos preceptos, cuando se trate de un contrato celebrado con un consumidor procederá realizar además un control de contenido tal y como establecen los artículos 80 y 82 y ss. TRLGDCU, añadiendo otro control previo al de contenido, que es el denominado de transparencia.

1 Criterio reiterado en la STS 24 febrero 2017 (RJ 2017, 602).

2 Art. 4 bis LOPJ: “1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.  
2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”.

De este precepto derivan tres obligaciones que deben reunir las cláusulas predispuestas:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Esta obligación queda vinculada con la redacción de las cláusulas, que exige que estén escritas de forma que puedan ser comprendidas por el consumidor medio sin grandes esfuerzos, para lo que precisa que su redacción sea clara y no induzca a confusión.

Este primer apartado persigue que el consumidor pueda tener un conocimiento acertado de las condiciones del contrato antes de su firma para lo que se exige que se facilite su entrega sin reenvíos a otros textos, sin perjuicio de que se mencione su existencia en el documento contractual. La valoración de esta exigencia de claridad y de comprensibilidad de las cláusulas pactadas es lo que se conoce como control de transparencia, cuyo propósito es que el consumidor tenga un conocimiento real de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato.

Dicha claridad y comprensibilidad en las cláusulas está enfocada fundamentalmente al conocimiento del objeto principal del contrato y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Así lo estableció la STS 9 mayo 2013<sup>3</sup> y ha sido reiterado posteriormente por otras muchas<sup>4</sup>. También dicho pronunciamiento determina que para evitar el control de contenido es necesario superar el segundo control de transparencia también llamado control de comprensibilidad real.

#### b) Accesibilidad y legibilidad

La segunda obligación consiste en la aportación de los documentos necesarios por parte del empresario al consumidor. Estos deben poder conocerse y leerse directamente, lo que impide reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, además de que debe hacerse una referencia expresa de su existencia en el documento contractual, ha de facilitar un ejemplar y constar la aceptación de la otra parte mediante la firma.

De manera explícita se exige que reúnan el requisito de accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún

3 STS 9 mayo 2013, (RJ 2013, 3088).

4 SSTs 9 marzo 2017 (RJ 2017, 977) y 29 enero 2018 (RJ 2018, 199) entre otras.

caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

El modo de procurar la accesibilidad ha de adaptarse a la forma del contrato y al procedimiento empleado para la contratación. La legibilidad afecta al clausulado que se presente por escrito, tanto en contratos que se celebran por escrito como en los orales en los que la información también precise lectura. Además, la información deberá ser legible siempre que se facilite en un “soporte duradero” y ha de facilitarse al menos, en castellano (arts. 60.4 y 98.I TRLGDCU).

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El primero de estos conceptos está vinculado con el modo de imposición del contenido contractual mientras que la valoración de si existe o no proporcionalidad entre los derechos y obligaciones de ambas partes requiere ser ponderado en cada concreta situación.

El primer presupuesto reside en la valoración de un comportamiento dentro de lo que marcan los cánones de lealtad que rigen en las relaciones negociales mientras que el segundo se basará en que la relación establecida no suponga imposiciones que causen perjuicios notorios al consumidor porque las cláusulas del contrato se hayan fijado en interés exclusivo del empresario. En todo caso, cada relación contractual habrá de enjuiciarse en relación con los usos y costumbres, atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa, siendo un criterio determinante que no prevalezca el interés exclusivo del predisponente. Sin embargo, como establecen las SSTS 11 mayo 2022<sup>5</sup> y 18 enero 2022<sup>6</sup> para que la cláusula sea abusiva no es preciso que se aprecie deslealtad o mala fe subjetiva en la entidad predisponente<sup>7</sup>.

### 3. El control de transparencia.

Constatado el hecho de que la transparencia formal no garantizaba que el consumidor dejase de quedar indefenso y, dado que el control de transparencia

5 STS 11 mayo 2022 (RJ 2022, 2185).

6 STS 18 enero 2022 (RJ 2022, 55).

7 Este criterio queda concretado en la STS 11 junio 2020 (Tol 8010223), que señala que “Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato”. Además, identifica perfectamente los dos filtros que deben pasar las estipulaciones predispuestas: “el primero de los filtros mencionados (...), consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración (...)”.

no se define, ni en el TRLGDCU, ni en la LCGC, ni tampoco en la Directiva 93/13/CE, con carácter previo a la doctrina del TJUE, la STS 9 mayo 2013 configuró jurisprudencialmente el principio de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, declarando la falta de transparencia de las cláusulas suelo contenidas en un contrato de préstamo hipotecario.

Este segundo filtro consiste en verificar si el consumidor tiene conocimiento real de las consecuencias económicas que se desprenden de la suscripción de dicha cláusula, de forma que cuando no se supere dicho control se tendrá que analizar si la cláusula es abusiva o no. Para ello, se amplió el concepto de transparencia extendiéndolo a la comprensión de los términos en los que estaban redactadas las cláusulas poniendo el punto de atención en si el consumidor entendía el alcance la repercusión económica que suponía su aceptación. Así pues, a la tradicional formulación del principio de protección de los consumidores con base exclusivamente en el control de contenido, es decir, con relación al principio de “equilibrio en las prestaciones”, se añade otra vertiente, propia y diferenciada, un específico control de transparencia en aras a la comprensibilidad real del clausulado predispuesto, a través de nuevos y especiales “deberes de configuración negocial” a cargo del predisponente de incorporar a la reglamentación todos aquellos criterios o elementos necesarios que faciliten, de un modo objetivado y estandarizado, la comprensión material de la reglamentación predispuesta, de forma que se hace preciso analizar si la reglamentación predispuesta “cumplió” con los estándares de transparencia real exigibles, esto es, si resultó clara y comprensible, para cualquier consumidor medio, la transcendencia económica y jurídica que comportaba la ejecución de la cláusula objeto de control.

Como explica dicho pronunciamiento en sus parágrafos 210 y 211, el control de incorporación exige el cumplimiento de los arts. 5.5 y 7 LCGC y 80.I TRLGDCU; esto es, la redacción debe ser clara y sencilla, y la información facilitada al consumidor debe ser accesible y posibilitar el conocimiento de dichas cláusulas por parte del contratante y, una vez superado dicho control debe someterse al “control de transparencia” propiamente dicho, que tiene por objeto “que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica... como la carga jurídica” es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo, que exige que “la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

En este segundo examen, como señala la STS 9 mayo 2013, en su epígrafe 211, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

Dicha resolución establece dos criterios que resumen el rol de la transparencia en los contratos no negociados: a) El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) La declaración de transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Posteriormente este alcance de la transparencia pasó a ser aplicado por el TJUE desde su sentencia de 20 septiembre 2017<sup>8</sup>.

#### 4. Concepto y presupuestos de las cláusulas abusivas.

Son cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato<sup>9</sup>.

En atención a la descripción realizada en el inciso final del decimosexto considerando de la Directiva 93/13/CEE la valoración del actuar por parte del empresario de forma contraria a la buena fe dependerá del cumplimiento por parte de los profesionales de sus obligaciones de manera leal y equitativa respecto a la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta.

El carácter abusivo de una cláusula se vincula a la idea de desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se deriven del contrato. Valorar esta situación requiere someter dicha relación a un control de su contenido que

8 STJUE 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171).

9 Como reitera la STS 15 febrero 2022 (RJ 2022, 1288) estas cláusulas sólo pueden apreciarse en las relaciones entre consumidor y empresario.



deberá hacerse en relación con el marco del contrato en cuestión, así como por las normas derivadas de los usos negociales y de la buena fe entre otros criterios, a lo que debe sumarse, tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. Dicho desequilibrio no necesariamente tiene que proyectarse en aspectos económicos, sino que también puede estar relacionado con los derechos de los consumidores. Al respecto, el TJUE en sus sentencias de 21 de febrero, 14 de marzo, 21 de marzo y 30 de mayo de 2013<sup>10</sup>, reiteró que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor está en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en la capacidad de negociación, como en información. Dicha situación le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en su contenido, revistiendo, conforme al artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y sobre las consecuencias de dicha celebración, debiendo éste decidir si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional, basándose precisamente en esa información. Estas circunstancias habrá que valorarlas teniendo en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. A este respecto, el juez nacional podrá apreciar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual. También la posterior STJUE 16 enero 2014<sup>11</sup> analiza y matiza el concepto de desequilibrio importante, resolviendo en su apartado 22 que, para determinar su existencia, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor por otro pues, como señala en su apartado siguiente “un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o bien que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas esenciales”.

10 SSTJUE 21 febrero 2013 (TJCE 2013, 46); 14 marzo (TJCE 2013, 89), 21 marzo (TJCE 2013, 93) y 30 mayo 2013 (TJCE 2013, 194).

11 STJUE 16 enero 2014 (TJCE 2014, 7).

## 5. Control de abusividad y transparencia material.

A diferencia de lo que sucede con las condiciones generales de la contratación, la valoración de la abusividad de una o varias cláusulas del contrato se centra en un control sobre el contenido de los acuerdos contractuales. Que las estipulaciones no se ajusten al principio de transparencia es el primer presupuesto permite analizar si la cláusula es abusiva o no. Este control sólo se puede aplicar en las relaciones entre consumidor y empresario.

Inicialmente en el derecho interno se cuestionó si el control de abusividad podía recaer sobre el objeto principal del contrato puesto que la normativa interna no recogió el art. 4.3 de la Directiva 93/13/CEE, que excluía dicho control si la cláusula era transparente.

Tras las SSTs 18 junio 2012<sup>12</sup> y 9 mayo 2013 se entendió que la redacción dada en la LCGC y TRLGDCU debía entenderse en el mismo sentido que la directiva; esto es, que la valoración de abusividad no procedería cuando afecte al precio o al objeto principal del contrato siempre que la cláusula fuera transparente. A contrario sensu, cuando la cláusula no sea transparente deberá someterse al control de abusividad. No obstante, el TJUE salvó dicha omisión al declarar en su STJUE 20 septiembre 2017, que “Con carácter preliminar, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la exigencia de redacción clara y comprensible se aplica incluso cuando una cláusula está comprendida en el concepto de “objeto principal del contrato” o en el de “adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra”, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 68). Más recientemente, este mismo criterio fue mantenido en la STJUE 3 marzo 2020, asunto C-125/18, caso Gómez del Moral Guasch<sup>13</sup>, que aclara que “los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro”.

Sobre dichas premisas, el iter jurisprudencial se fraguó sobre la interpretación de los arts. 4 a 8 de la Directiva 93/13/CE, atendiendo de manera prevalente a delimitar los elementos que forman parte del precio y del objeto principal del contrato, así como el alcance del control de transparencia y abusividad en las cláusulas no negociadas.

<sup>12</sup> STS 18 junio 2012 (RJ 2012, 8857).

<sup>13</sup> STJUE 3 marzo 2020 (Tol 7793171).

Con relación a si el precio podía ser objeto de control de transparencia, en un principio se consideró que, en nuestro sistema cabe el control de contenido de los elementos esenciales del contrato, aunque sean claros y comprensibles, como puso de manifiesto la STCE de 3 de junio de 2010<sup>14</sup> aunque no se hubiese transpuesto el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE. La posterior STS 18 junio 2012 modificó dicho criterio, si bien lo hizo, obiter dicta, pasando a entender que el control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato. Sin embargo, la STJUE 21 diciembre 2016<sup>15</sup> rechazó que el control de transparencia material aplicado en la STS 9 mayo 2013 resultase ajeno al control de la Directiva 93/13/CEE<sup>16</sup>. En particular, su apartado 51 declaró que “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”. Dicha sentencia declaró además que el control de transparencia alcanza idénticamente a la documentación precontractual al sostener que “reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”.

La posterior STS de 9 de marzo de 2017<sup>17</sup> vincula la transparencia de la cláusula a la prestación de un consentimiento válido por parte del consumidor, que se evidencia cuando el TS sostiene que “el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento” y, con cita de la STJUE 26 enero 2017<sup>18</sup>, explicita los efectos de que una determinada cláusula, referida al

14 STCE 3 junio 2010 (TJCE 2010, 162).

15 STJUE 21 diciembre 2016 (TJCE 2016, 309).

16 En particular, el apartado 51 de la sentencia declaró que “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”.

17 STS 9 marzo 2017 (RJ 2017, 977).

18 STJUE 26 enero 2017 (TJCE 2017, 31).

objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia<sup>19</sup>.

## 6. Comunicación de la Comisión.

La Comunicación del Consejo de 2019<sup>20</sup> presenta, de manera estructurada, la interpretación que el Tribunal ha proporcionado sobre los conceptos y disposiciones claves de la Directiva 93/13/CEE, a la luz de los asuntos específicos de los que han conocido los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Sirve, por tanto, para reflejar los criterios que el TJUE ha ido fijando sobre aspectos interpretativos de la Directiva 93/13/CEE, al mismo tiempo que es ilustrativa del iter jurisprudencial seguido en cada cuestión<sup>21</sup>.

Esta Comunicación define las funciones atribuidas a la transparencia, resumiéndolas en las tres siguientes: i) las cláusulas que no estén redactadas de forma clara y comprensible se interpretarán de la forma más favorable para el consumidor. ii) el objeto principal o la adecuación del precio y la retribución establecidos en el contrato están sujetos a una evaluación de conformidad con el artículo 3, apartado 1, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. iii) el incumplimiento de la exigencia de transparencia puede ser un elemento de la evaluación del carácter abusivo de una determinada cláusula contractual y puede ser un elemento indiciario.

## 7. El principio de transparencia reconocido normativamente.

La configuración expuesta del control de transparencia se ha visto recogida en el art. 9 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que recoge que “los prestamistas o, en su caso, los intermediarios de crédito vinculados o sus representantes designados facilitarán en todo momento, en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito” y, en

19 “...62 (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra -cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva-, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible”. En este mismo sentido se pronunciaron anteriormente las SSTJUE 30 abril 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, (EU:C:2014:282), apartado 41 y 9 julio 2015, Bucura, C-348/14, (EU:C:2015:447), apartado 50.

20 Como antecedentes de esta Comunicación hay que citar el informe del control de adecuación de 2017, que recomendaba, entre otras cuestiones, abordar el ámbito de aplicación de las exenciones para cláusulas relacionadas con el precio y el objeto principal a través de una guía específica de la Comisión. Posteriormente, la Comunicación de la Comisión «Un Nuevo Marco para los Consumidores» de 11 de abril de 2018 anunció que la Comisión adoptaría una guía sobre la Directiva 93/13/CEE en 2019 para aclarar las cuestiones que iban planteando en la aplicación de la Directiva, que es la existente al no haber sido renovada.

21 ORDUÑA MORENO, J.: “Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH”, *Revista de Derecho vLex*, número 198, noviembre 2020.

el art. 14, que establece las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Igualmente, el art. 83.2 TRLGDCU sanciona que las cláusulas deberán ser transparentes.

## II. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE.

### I. Cláusulas abusivas en un contrato de prestación de servicios jurídicos.

La relación que se establece entre el abogado y su cliente ha quedado enmarcada como una prestación de servicios, en la que el letrado se compromete a la realización de actividades de gestión, asesoramiento o defensa ante los tribunales, entre otras, a cambio de una contraprestación, denominados honorarios profesionales, cuyo pago corresponde hacer a este último. De ahí, que esta relación contractual quede sujeta en principio a las disposiciones contenidas en los arts. 1544 y 1546 del CC, sin perjuicio de lo obsoleto de esta regulación y de su insuficiencia para afrontar las cuestiones que deriven de dicho vínculo<sup>22</sup>. Con el fin de remediar dicha situación, la jurisprudencia ha intentado dar respuesta combinando esta prestación de servicios con el mandato o, en su caso, reconduciéndolo a los contratos de gestión<sup>23</sup>, como recuerda la STS 6 junio de 2018<sup>24</sup>, que, con cita de la sentencia de 22 de abril 2013<sup>25</sup>, declara que: “La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato. En todo caso, y por lo que interesa a este estudio, esta modalidad de arrendamiento de servicios es un contrato bilateral y oneroso, por lo que se presume retribuido. Los abogados tienen absoluta libertad para que, dentro de la autonomía de la voluntad, pactar la remuneración por el servicio contratado, en la forma y por el importe acordado con su cliente. El arrendamiento de servicios, como casi todos los contratos, se puede perfeccionar verbalmente, y ello no afecta al devengo de los honorarios.

El desarrollo tecnológico también se ha hecho sentir en estos servicios que pueden contratarse por Internet en el caso de que el prestador de servicios establezca sus servicios a través de una plataforma online, que obliga a cumplimentar la normativa dispuesta en la LSSICE y, en el caso de que el cliente tenga la condición de consumidor, habrá que sumar la normativa específica de

22 PARDO GATO, J.R., *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 230.

23 CRESPO MORA, M.C., “Protección del consumidor de servicios jurídicos”. *Revista de Derecho Civil*, núm. 1 enero-marzo, 2021, p. 94.

24 STS 6 junio 2018 (RJ 2018, 3157).

25 STS 22 abril 2013 (RJ 2013, 3690).

protección a los consumidores y usuarios dado que estos contratos suelen utilizar cláusulas no negociadas individualmente.

A raíz básicamente de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior estas prestaciones empezaron a visibilizarse desde el prisma de la normativa de protección de los consumidores<sup>26</sup> a lo que vino a dar el espaldarazo final la STJUE 15 enero 2015<sup>27</sup>, que estableció que debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos que quedan afectos a la normativa de protección al consumidor. De ello deriva que el profesional quede obligado a suministrar a su cliente con carácter previo una información que sea suficiente para que éste pueda no sólo conocer las cláusulas del contrato que suscribe sino asimismo que faculte para poder percatarse de las consecuencias económicas y jurídicas que se desprenden desde su aceptación. Además, reconoció que la hoja de encargo puede llegar a ser conceptuada como un contrato de adhesión, sometido por tanto a los controles de la Directiva 93/13/CEE.

En ese caso, al igual que ocurre con el supuesto de hecho de la STJUE 12 enero 2023, se planteó por parte de los tribunales lituanos una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, ocasionada por un litigio iniciado por un abogado contra su cliente, en reclamación del pago de honorarios.

Dicho letrado había celebrado tres contratos tipo de prestación de servicios jurídicos con su cliente, de carácter estrictamente personal y, a título oneroso. En concreto, el contenido de los contratos se cernía, entre otros, a la interposición de un procedimiento de divorcio, partición de bienes y fijación de lugar de residencia de un menor; así, un contrato para la defensa de sus intereses en el procedimiento de anulación de una operación promovida por la Sra. Siba y un contrato para la interposición de recurso de apelación ante el Klaipėdos Apygardos Teismas (Tribunal Regional de Klaipėda, Lituania). Dichos contratos no especificaban sin embargo ni las modalidades de pago de los honorarios, ni los plazos en que deberían pagarse, ni tampoco los servicios jurídicos a prestar y el coste que correspondía a ellos. Ante el impago de los honorarios, el abogado interpuso las correspondientes demandas de reclamación de cantidad ante los tribunales lituanos, que dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial.

En dicho pronunciamiento el Tribunal establece cuatro precisiones. En primer lugar, determina que el cliente es persona física que actúa para fines privados por lo que tiene la consideración de consumidor y el abogado la de profesional, sin

26 Dicha Directiva define como servicio: cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado.

27 La anterior STJUE 29 de marzo 2011 (TJCE 2011, 82) no se pronunció sobre esta materia, sino que, por el contrario, obligó a aplicar las tarifas máximas a abogados italianos por ser preceptivo.

que ello quede desvirtuado por el carácter público de la actividad de los abogados, dado que, el art. 2 c), de la Directiva 93/13/CEE se refiere a la actividad profesional “ya sea pública o privada”. En segundo lugar considera que en los contratos realizados entre abogado y cliente existe un principio de desigualdad entre los “clientes-consumidores” y los abogados, a causa, en especial, de la asimetría de la información de que disponen esas partes puesto que los abogados tienen “un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente, de modo que éstos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les prestan; en tercer lugar, que el contrato de arrendamiento de servicios profesionales celebrado entre las partes no se documente por escrito no es óbice para que se le aplique la normativa protectora de los consumidores y, por último determinó que la hoja de encargo puede ser considerada como un contrato de adhesión si concurren los requisitos exigidos por la legislación comunitaria por lo que no existe obstáculo para que se apliquen a la misma los filtros y controles de la Directiva 93/13/CEE.

También el derecho interno adaptó la relación abogado-cliente a los cambios normativos que se produjeron fundamentalmente tras la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Dicha regulación, por tratarse del ejercicio de una actividad que afecta a un colegio profesional hay que completarla con lo dispuesto en el art. 25 del RD 135/2021, de 2 de marzo que regula el Estatuto de la Abogacía, que establece que el abogado tiene derecho a una contraprestación por sus servicios, así como al reintegro de los gastos ocasionados. Dicha norma establece asimismo que la cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el profesional de la abogacía con respeto a las normas deontológicas y sobre defensa de la competencia y competencia desleal.

La STS de 8 de abril de 2011<sup>28</sup> fue el primer pronunciamiento de este tribunal que declaró que la relación abogado cliente es una relación de consumo si este último actúa al margen de su actividad profesional y, por tanto, quien solicita los servicios profesionales de un abogado tiene la condición de consumidor y está amparado por las correspondientes normas que le protegen como tal.<sup>29</sup> Aunque reconoce que lo acordado por los interesados lo fue en virtud del principio de autonomía de la voluntad declara que este principio se desenvuelve con las limitaciones propias que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos que también recoge la normativa propia de la protección de los consumidores y usuarios, con lo que se trata de evitar que se

28 STS 8 abril 2011 (RJ 2011, 3153).

29 AYALA MUÑOZ, J.M.: La sujeción de los servicios concertados entre abogados y clientes a la directiva de cláusulas abusivas. Comentario de la STJUE de 15 de enero de 2015, *Diario La Ley*, núm. 8511, 31 de marzo de 2015.

produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que resultan del acuerdo retributivo.

En el concreto caso se entendió que lo que se convino en el contrato penalizaba de forma clara y grave al cliente desde el momento en que era la voluntad del profesional la que imponía de forma encubierta los requisitos del servicio jurídico que prestaba el bufete con el fin de impedir que el cliente resolviera unilateralmente el contrato, con evidente y grave limitación de su derecho de defensa, porque solo era posible hacerlo mediante el desembolso de una indemnización desproporcionalmente alta que no tiene como correlativo un pacto que ampare su situación en el supuesto de que quisiera resolver el contrato, sea cual sea el motivo y en qué momento<sup>30</sup>. Anteriormente la SAP Barcelona 8 marzo 2011<sup>31</sup> incide en varias cuestiones sobre la forma de estipular los honorarios del letrado. Un primer aspecto está referido a la falta de información de la hoja de encargo, de la que señala que, debería subrayar que la primera entrega de dinero cumple la función de mera provisión de fondos, y aclarar de entrada cuáles son los factores (valor del patrimonio conyugal partible o de las atribuciones patrimoniales alimenticias y compensatorias fijadas en el convenio) que eventualmente puedan originar una modificación al alza de esos honorarios mínimos iniciales. El segundo de ellos, en la prohibición de reenvíos a otros textos de los que no tenga conocimiento el consumidor. En concreto, la hoja de encargo prerredactada por la letrada reenviaba a las normas orientadoras ICAB del que su clienta adherente no tenía la menor noticia pero que tiene una importancia capital en la determinación del precio del arriendo de sus servicios profesionales puesto que la LGDCU presume que un consumidor medio no es capaz de comprender directamente el contenido -económico en este caso- de un contrato si no se le facilita previa o simultáneamente a su conclusión el texto o documento al que el clausulado contractual remite expresamente. La posterior SAP Salamanca de 11 de marzo de 2013<sup>32</sup> también declara el carácter abusivo de una cláusula en la hoja de encargo profesional que establecía la forma de pago de los honorarios y la obligación del cliente de abonarlos en su totalidad aun en el caso de que decidiera prescindir de los servicios profesionales por cambiar de letrado durante la tramitación de la primera instancia. Se consideró que, al actuar el cliente en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, el contrato debe ser

30 El objeto de la litis era la reclamación de honorarios que tenía su base en un contrato de arrendamiento de servicios profesionales celebrado entre el Bufete Carlos María, en el que está integrado el hoy actor, Don Carlos María, y el padre de la demandada, Don Anselmo, ya fallecido, para la defensa de los intereses Don. Anselmo en el proceso divisorio de la herencia de Doña Manuela en el que se incluía la cláusula siguiente: "si por cualquier circunstancia Don Anselmo decidiera prescindir de los servicios de Abogados, los honorarios quedarán fijados en el quince por ciento del valor de su participación en la herencia, según la valoración más alta de la que se tenga conocimiento y serán satisfechos en el momento de retirada del asunto".

31 SAP Barcelona 8 marzo 2011 (JUR 2011, 180420).

32 SAP Salamanca 11 marzo 2013 (JUR 2013, 136478).



analizado desde la perspectiva de la normativa de derechos de consumidores y usuarios y, en particular, conforme a la LGDCU.

Las sentencias expuestas están referidas no obstante a cláusulas abusivas contenidas en la hoja de encargo. Aunque la prestación de estos servicios se puede realizar de forma verbal, la forma más recomendable y segura para ambas partes en orden a concretar las obligaciones y forma de pago es suscribir este documento. Suele realizarse antes de la firma del contrato y se va convirtiendo en una práctica muy recomendable y cada vez más empleada. Constituye, de hecho, el documento más habitual por el que el profesional de la abogacía y el cliente materializan la relación contractual de arrendamiento de servicios en el que se determinan las condiciones esenciales de la prestación que también deben superar el deber de transparencia. Su regulación queda contemplada en los artículos 27, 28 y 48.4 del Estatuto General de la Abogacía Española, que hacen hincapié en la información del encargo profesional y en la facilitación de modelos de hojas de encargo por los Colegios de Abogados y en el artículo 15 del Código Deontológico de la Abogacía Española, que determina su contenido mínimo. También la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia en su art. 37 declara el derecho del ciudadano tanto a conocer anticipadamente el coste aproximado de la intervención del profesional y la forma de pago como a recibir de abogados y procuradores un presupuesto previo que contenga estos extremos. Asimismo, el Código Deontológico de la Abogacía Española, en el art. 12.2.b establece la obligación del abogado de poner en conocimiento del cliente el importe aproximado de los honorarios, o de las bases para su determinación, y las consecuencias que puede tener una condena en costas. Esta norma pretende imponer como buena práctica profesional que los honorarios sean libremente convenidos entre las partes y no impuestos por el abogado con posterioridad a la prestación del servicio.

No obstante, también es habitual que la retribución que debe pagar el cliente al abogado no quede determinada en el momento en que se llegue a un acuerdo entre ambos sino que se concrete una vez realizada la actividad con independencia del resultado obtenido sin que ello no presuponga inexistencia de precio puesto que como tiene declarado la jurisprudencia basta que sea determinable<sup>33</sup>. Ello es debido entre otras circunstancias a la dificultad que entraña describir todas las actuaciones necesarias, así como la duración que puede llevar cada una de ellas.

En las situaciones en las que la relación de estos servicios profesionales sea considerada un acto de consumo, a la normativa que encuadre su marco regulador habrá que adicionarle las disposiciones contenidas en el TRLGDCU en las distintas fases del proceso contractual. Estas se reducen a la fase previa de perfección del

33 BUSTO LAGO, J.M., "El contrato de arrendamiento de servicios", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 3694.

contrato en la que se debe informar al cliente de las actuaciones que se van a seguir, de su coste y del tiempo que previsiblemente se puede emplear en ello, la posterior fase de aceptación y perfección del contrato y, finalmente una tercera en la que el cliente deberá cumplir su obligación de pagar la totalidad del coste de los honorarios o la parte que se adeude en el caso de haber hecho entregas de cantidades anticipadas a cuenta.

En la primera etapa de formación del contrato la información que se suministre al cliente es decisiva en la configuración del carácter transparente de las cláusulas.

#### **A) La información previa al contrato.**

El derecho de información como derecho básico de los consumidores y usuarios queda enunciado en el art. 8 y desarrollado en el art. 60 TRLGDCU. Dicho precepto establece que antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del mismo, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, siendo relevante poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada, información sobre el precio completo, incluidos los tributos, aunque si por la naturaleza del servicio el precio no pudiera calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, será necesario informar acerca de la forma en que se determinará el precio así como de todos los gastos adicionales, los cuales, de conformidad con el art. 60 bis TRLGDCU, deben ser concertados y consentidos. A falta de información precontractual relevante ésta se integrará, atendiendo al principio de buena fe objetiva y en beneficio del consumidor.

En coherencia con lo expuesto hay que entender que la entrega del presupuesto por parte del empresario o profesional al cliente antes de la ejecución del contrato no solo afecta a la seguridad de las relaciones jurídicas en el tráfico mercantil, sino que viene impuesta en la normativa de protección de los consumidores. De ello deriva que los honorarios constituyen el precio del contrato de arrendamiento de servicios profesionales y, al ser parte esencial del mismo, no cabe un control de contenido sobre su abusividad a tenor de lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sino que lo que procede es realizar un control de transparencia y solo en el caso de que no se superase, cabría dar pase a este último control.

En el ámbito interno los pronunciamientos judiciales se han mostrado favorables a verificar si se ha cumplimentado convenientemente el derecho de información por parte del profesional si bien cabe subrayar que no en todos los casos litigiosos las prestaciones han sido cuantificadas previamente en una hoja de encargo. Esta circunstancia es la que concurrió en el supuesto fallado en la STS 24

febrero 2020<sup>34</sup>. Ante la reclamación por los honorarios no satisfechos por parte del abogado a su cliente por considerarlos abusivos, el TS, tras declarar que se trata de una relación sujeta a la normativa de protección del consumidor y, ante la inexistencia de la hoja de encargo, entendió que la relación contractual entre las partes no fue transparente porque no hubo información sobre las cuestiones referidas a la cuantificación de los honorarios profesionales. Entendió sin embargo que, aunque no fuera transparente no era abusiva por considerar que no causaba un grave desequilibrio entre las partes, ni existía manifiesta mala fe por parte del letrado, al no resultar la cuantía excesiva y haberse ajustado a los criterios orientativos establecidos en los baremos profesionales y tratarse de pautas de mínimos mientras que en la reciente STS 16 de marzo 2023 sanciona el recurso a dichas guías por entender que afectan a la libre competencia en el mercado. Con relación al derecho de información se centra en lo dispuesto en tres preceptos del TRLGDCU. El primero de ellos, sobre el contenido del art. 60 TRLCU señala que exige que en la información precontractual que debe suministrarse al consumidor se proporcione información sobre el precio, aunque su apartado 2 c) contempla la imposibilidad de calcularlo razonablemente de antemano, en cuyo caso habrá de informarse al consumidor de la forma en que se determinará. Respecto al art. 60 bis del mismo texto legal dispone que cada pago adicional debe concertarse y consentirse expresamente por el consumidor. Y, por último, que del art. 65 deriva que los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante. Para objetivar esa buena fe a que se refieren tanto el art. 65 TRLCU como el art. 1258 CC resulta útil acudir a normas de disciplina corporativa, como el Estatuto General de la Abogacía, cuyo art. 13.9.b) establece la obligación del abogado de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo, el importe aproximado, en cuanto sea posible, de los honorarios, o de las bases para su determinación. Norma que, de forma evidente, pretende imponer como buena práctica profesional que los honorarios sean libremente convenidos entre las partes y no impuestos por el abogado con posterioridad a la prestación del servicio o al Código Deontológico de la Abogacía Española. Lo expuesto induce a concluir que, cuando no exista contrato escrito ni hoja de encargo donde se indique la retribución del abogado o los criterios para su cálculo, de los arts. 60 y

34 STS 24 febrero 2020 (RJ 2020, 486). DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L.: “La determinación de los honorarios profesionales del abogado”, *CESCO*, 22 de junio de 2020. La SAP Valencia, 8 de mayo 2015, advirtió que contratar los servicios de un abogado sin presupuesto previo por escrito u hoja de encargo, no es la práctica que más se compeadece con las normas de protección de consumidores y usuarios, por la falta de transparencia que conlleva, teniendo en cuenta, además, el derecho de información que recoge la legislación de consumidores y usuarios sobre los precios de los servicios profesionales cuya prestación sea requerida por un consumidor. También en este mismo sentido, la SAP Ourense 18 mayo 2022, considera que el contrato de arrendamiento de servicios celebrado verbalmente es abusivo por adolecer de la más básica y elemental transparencia al no existir pacto, ni información previa, ni siquiera aproximada, relativa a la cuantificación de los honorarios y cobrarse después una cantidad excesiva, atendiendo a la complejidad del asunto y a la dedicación.

65 TRLGCU se desprende que: i) el abogado debe informar a su cliente antes del inicio de la relación contractual sobre el importe de los honorarios que va a percibir por su actuación profesional; ii) la omisión de información precontractual sobre el precio se integrará, conforme al principio de la buena fe objetiva, en beneficio del consumidor. Tomando en este caso en consideración que el trabajo consistió en la dirección jurídica de dos procedimientos civiles complejos en todos sus trámites, incluyendo la ejecución en uno de ellos, los elevados intereses económicos en conflicto y que los honorarios minutados por el letrado se adaptaban a las normas colegiales, que le hace presumir que no son excesivos puesto que corporativamente tienen el carácter de mínimos, considera que la fijación de la retribución profesional, aunque no fuera transparente, no resulta abusiva, porque no causa un grave desequilibrio entre las partes ni manifiesta mala fe por parte del letrado. Refuerza por último esta apreciación con la consideración de que la aplicación de las normas legales no hubiera conducido a un resultado diferente respecto al importe de los honorarios y que, al haberse ajustado el profesional a los mínimos corporativamente previstos, se podría presumir razonablemente que la consumidora habría aceptado esa cuantía.

Por último, la STJUE 12 enero 2023<sup>35</sup>, el primero de los pronunciamientos judiciales fallados en 2023, declara la falta de transparencia por omisión de información de una cláusula insertada en un contrato de prestación de servicios de profesionales en el que se había establecido una cláusula en virtud de la cual se indicaba que el cliente se obligaba a pagar a razón de 100 euros la hora a su abogado, ya fuera por consultas o se tratarse de actuaciones judiciales ante los tribunales. En concreto, dicho fallo responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania que debía actuar por el litigio presentado por una letrada contra su cliente, por impago de sus honorarios profesionales basados en el criterio de minutación por hora. El problema se suscitó, porque la profesional no informó al cliente del número aproximado de horas necesarias para la ejecución de los servicios y, además, no facturó la totalidad de los servicios prestados hasta el final, cuando concluyó su ejecución. Fue durante la tramitación del procedimiento judicial incoado por el impago del cliente cuando se planteó la posibilidad de que la cláusula relativa al precio se tratara de una estipulación no transparente.

El Tribunal planteó en concreto, si una cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos que no ha sido objeto de negociación individual y que se refiere al precio de esos servicios y a su forma de cálculo está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 se pregunta si el consumidor medio está en condiciones de comprender las consecuencias económicas de la cláusula que prevé una tarifa de honorarios por hora, que fue

35 STJUE 12 enero 2023 (TJCE 2023, 17). C-395/21).

redactada de forma clara desde un punto de vista gramatical. Las mismas dudas le suscita la cláusula relativa a la forma de pago, pues no prevé la presentación por parte del letrado de informes sobre los servicios prestados, ni la periodicidad del pago de estos.

El Tribunal considera en primer lugar que se trata de una cláusula predisuelta por lo que procede incluirla dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, que es determinante de su sometimiento al control de incorporación y transparencia. Sobre este primero matiza que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, “no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de esas cláusulas en un plano formal y gramatical,” para pasar a entender siguiendo los criterios prefijados en la comunicación de la comisión que, al estar basada la protección en la idea de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, debe interpretarse de manera extensiva la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia. De ahí, que pase a valorar si se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar las consecuencias financieras, por entender que el consumidor debe disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. Constata también el Tribunal la dificultad que entraña en ocasiones que el profesional pueda prever, desde la celebración del contrato, el número exacto de horas necesarias para prestar tales servicios y, en consecuencia, el coste total efectivo de estos, por lo que entiende que la observancia por parte de un profesional de la exigencia de transparencia contemplada en los arts. 4 y 5 de la Directiva 93/13 “debe apreciarse tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor”, para determinar que, aunque no puede exigírsele al profesional que informe al consumidor sobre las consecuencias económicas finales de su contratación, que dependen de acontecimientos futuros, imprevisibles e independientes de la voluntad de ese profesional, está obligado a comunicar al cliente la información necesaria para que éste, antes de la celebración del contrato, pueda “tomar su decisión con prudencia y con pleno conocimiento, por una parte, de la posibilidad de que se produzcan tales acontecimientos, y por otra parte, de las consecuencias que estos pueden acarrear en cuanto a la duración de la prestación de servicios jurídicos de que se trate.”. Considera, asimismo, asumiendo el criterio establecido desde la STJUE 14 marzo 2013<sup>36</sup>, que en la valoración del carácter abusivo o no de la cláusula debería también sopesarse si el consumidor la hubiera suscrito si se hubiese incorporado a una cláusula particular (ap. 69).

36 STJUE 14 marzo 2013 (ECLI:EU:C: 2013:164).

En la misma línea seguida en pronunciamientos anteriores reitera que este pacto, aun formando parte del objeto principal del contrato, no debe considerarse abusivo por el mero hecho de no cumplir el requisito de transparencia establecido en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva a menos que el Derecho nacional donde se aplique al contrato de que se trate lo haya previsto expresamente. Su relevancia en este caso es indiscutible porque el Código civil lituano proporciona un mayor nivel de protección que el ofrecido por la Directiva 93/13 (de acuerdo con su art. 6.2284, ap. 6, por lo que la estimación de falta de transparencia de una cláusula contractual conduce automáticamente a su declaración de abusividad. Es por ello que dicho órgano pregunta sobre los efectos que cabe atribuir a la declaración del carácter abusivo de una cláusula ante la duda de la sanción a aplicar dado que la nulidad del contrato de prestación de servicios jurídicos daría lugar a la consiguiente restitución del consumidor a la situación en la que se habría encontrado si no hubiera existido nunca dicha cláusula provocando el enriquecimiento injusto del consumidor, quien no pagaría los honorarios pese a la ejecución íntegra de los servicios por parte del profesional. Y, es en este extremo en el que el TJUE no duda en recomendar que la declaración de nulidad se debe llevar a sus últimas consecuencias lo que supone permitir la aplicación de la sanción dispuesta en el derecho lituano conforme a la cual, la cláusula que tarifica los servicios del abogado por hora, además de no transparente es abusiva, por lo que la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de derecho, haciendo llegar los efectos de esta última a la posición en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva (epígrafes 58 y 59).

## 2. Cláusulas sobre comisión de apertura.

Las entidades de crédito suelen cobrar una comisión a los clientes por la formalización de préstamos, primordialmente de carácter hipotecario. Dicha retribución recibe el nombre de comisión de apertura.

La comisión de apertura es una estipulación por la que el prestatario debe abonar al prestamista una cantidad fija o un determinado porcentaje de la cuantía total del préstamo, en una sola vez y en el momento de suscripción del contrato de préstamo hipotecario. Esta cantidad tiene como finalidad cubrir los gastos administrativos y de gestión derivados de la operación mercantil<sup>37</sup>. Su regulación se encuentra contenida en el art. 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre,

37 El artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios dispone que: «las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos». MATE SATUÉ, L.C., “¿Ha resuelto la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario la litigiosidad de las cláusulas abusivas?”, *Diario La Ley*, núm. 9605, 1 de abril de 2020.

de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que dispone que: “las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”.

Tradicionalmente esta cláusula ha suscitado dos dudas. La primera, si el montante cobrado estaba justificado por la realización de un servicio prestado por las entidades bancarias; la segunda, si forma parte del precio. Ambas cuestiones han sido resueltas por el TJUE, pero la solución fallada en la reciente STS 29 mayo 2023 lejos de facilitar un criterio uniforme va a obligar a seguir atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular.

#### **A) La STJUE de 16 de marzo de 2023.**

No es ésta la primera vez que el TJUE se ha pronunciado sobre la comisión de apertura. Anteriormente lo hizo en su sentencia de 16 de julio de 2020<sup>38</sup>, que se oponía al criterio mantenido por el TS de que la comisión de apertura constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato de préstamo o crédito hipotecario y que, en consecuencia, forma parte del objeto principal del contrato, por cuanto la normativa nacional la define como la retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito u otros servicios similares, pero siempre inherentes a la actividad del prestamista. En concreto, el TJUE señaló en el apartado 64 de dicha sentencia, que una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este. Asimismo, en su STJUE 3 septiembre 2020<sup>39</sup> especificó que el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la “comisión” o los “gastos de apertura. Pero el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen<sup>40</sup>.

En el litigio principal, el prestatario ejerció frente a CaixaBank acción de nulidad de la cláusula de comisión de apertura incluida en un contrato de crédito con garantía hipotecaria y la restitución de la cantidad abonada en tal concepto. Estimada la demanda en ambas instancias, el Tribunal Supremo acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales sobre si

38 STJUE 16 julio 2020 (TJCE 2020, 182).

39 STJUE 3 septiembre 2020 (TJCE 2020, 183).

40 STJUE 3 octubre 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, (EU:C:2019:820), apartado 43.

la referida comisión forma o no parte del objeto principal del contrato y si puede ser o no perjudicial para el consumidor.

El TJUE especifica los elementos que debe comprobar el juez nacional para concluir que la cláusula que establece la comisión de apertura de un préstamo o crédito hipotecario es clara y comprensible, en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas:

i) Evaluar las consecuencias económicas que se derivan para el consumidor de dicha cláusula, lo que conllevará que pueda entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella.

(ii) Verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

(iii) Comprobar que la entidad financiera ha suministrado la información obligatoria conforme a la normativa nacional y si la ha incluido en su oferta o publicidad previa en relación con el tipo de contrato suscrito

(iv) Valorar la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo, en la medida en que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.

Para constatar tales elementos, la STJUE facilita diversos instrumentos de comprobación:

(i) El prestamista no tiene obligación de precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de la comisión de apertura, pero la naturaleza de tales servicios debe poder entenderse razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto (apartado 32).

(ii) Ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer preceptivamente conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida sobre esa modalidad contractual (apartados 42 y 43). De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.

(iii) De dicha información, el juez debe poder deducir que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas derivadas de la cláusula y de entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida.

(iv) Ha de valorarse la ubicación y estructura de la cláusula en el contrato (apartado 46).



Conforme a los criterios expuestos, el TJUE reitera que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE se opone a una jurisprudencia nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares y considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del “objeto principal del contrato” a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio.

El Tribunal de Justicia dictamina que, habida cuenta de la obligación de interpretar de manera estricta el art. 4.2 de la Directiva 93/13, no puede considerarse que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito porque resultaría contrario a dicha obligación de interpretación estricta incluir en el concepto de “objeto principal del contrato” todas las prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal y que, por ello, son de carácter accesorio.

En cuanto a la exigencia de transparencia que figura en el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE, el juez competente deberá comprobar que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él de la cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen. En esa valoración deben tomarse en consideración, en particular, el tenor de la cláusula, la información ofrecida por la entidad financiera al prestatario y la publicidad que dicha entidad realice en relación con el tipo de contrato suscrito, todo ello teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Finalmente, respecto al posible perjuicio del consumidor por el desequilibrio que la cláusula genere entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, el Tribunal señala que no incide negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo<sup>41</sup>.

La importancia en este caso de la declaración de que la comisión de apertura no forma parte del precio incide en que, al tratarse una cláusula no esencial al contrato deberá someterse a los controles de incorporación y de contenido. Por consiguiente, habrá que valorar si el consumidor pudo percatarse de las

41 LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo”, *Diario La Ley*, núm. 10273, 24 de abril de 2023.

actuaciones y servicios que la imposición de dicha comisión conlleva, así como de las actuaciones que la ejecución de dicha prestación requiere, y que fue debidamente informado. En caso contrario, el montante de dicha comisión quedará excluido del control de abusividad. La repercusión práctica por tanto es relevante.

Sin embargo, hasta la reciente STS 29 mayo 2023 el TS había mantenido el criterio de que el montante correspondiente al importe de la comisión de apertura forma parte del precio, por lo que queda sometido al régimen dispuesto en el apartado 1<sup>o</sup> del artículo 4 argumentando que el pago de esta comisión queda contemplado actualmente en la LCCI y que su cuantía se fija con relación a la TAE, de lo que deriva que su pago se considera esencial y en contraprestación a los servicios prestados por la entidad bancaria, de forma única y al inicio de dicha relación. Asimismo, ha dejado establecido que no es necesario que la entidad prestadora del servicio demuestre que ha sido realizado, siendo suficiente únicamente que el consumidor conozca su existencia y su imposición, así como los criterios determinantes de su fijación. En efecto, dicha STS (Pleno) 23 enero 2019<sup>42</sup> determinó que la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia. Dicha sentencia además resolvió los pronunciamientos judiciales contradictorios entre las Audiencias Provinciales<sup>43</sup> y consideró que la comisión de apertura junto con el interés remuneratorio constituye el precio del contrato<sup>44</sup>, por lo que, como afecta a un elemento esencial de éste, la comisión será válida siempre y cuando resulte transparente. Declara igualmente tras establecer el tratamiento legal diferenciado entre la comisión de apertura y el resto de comisiones bancarias, que no se trata de la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. En cuanto a la prueba concluyó que no podía exigirse a la entidad bancaria que, para justificar el cobro de la comisión de apertura, tuviera que probar, en cada préstamo, la existencia y coste de las actuaciones que integran esta comisión: estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca..., que en su mayoría son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento y son imprescindibles para la concesión del préstamo, esto es, son inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. Consideró además que la exigencia de prueba de la equivalencia entre la comisión de apertura y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del

42 STS (Pleno) 23 enero 2019 (Tol 7009161).

43 A favor de la nulidad de la comisión de apertura se consideraba que adolecía de falta de reciprocidad con base en el artículo 87.5 del TRLGDCU, SAP Soria, Sección 1<sup>a</sup>, 15 de enero de 2018. Otras sentencias estimaron que los servicios cuyo coste se repercutía son inherentes a la operativa bancaria y no debían atribuirse al prestatario: AAP Zaragoza de 5 de enero de 2017 o que el importe de la comisión no resultaba proporcional a los gastos derivados del estudio, tramitación y concesión del préstamo: SAP Asturias, de 2 de junio de 2017. MATE SATUÉ, L.C., “¿Ha resuelto”, cit.

44 PANTALEÓN PRIETO, F.: “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)”, *El almacén del derecho*, sep. 14, 2020.

préstamo habría supuesto controlar la adecuación entre el precio o la retribución y los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida.

Sin embargo, tras la STJUE 16 marzo 2023, el TS se ha visto obligado a pronunciarse en los mismos términos que el primer órgano en el recurso de casación interpuesto y origen de la cuestión de prejudicialidad, resuelta el 16 de marzo de 2023, pasando a resolver que la comisión de apertura no forma parte del precio por ser un elemento esencial, en contra del criterio mantenido y, como tal, queda exenta del control de abusividad siempre que se trate de una cláusula transparente<sup>45</sup>. Establece no obstante dos precisiones. La primera de ellas, que su imposición no supone en principio un desequilibrio económico para el consumidor; la segunda, que no se puede esbozar un criterio general unívoco sobre su carácter abusivo o no porque habrá que valorar su conveniencia en cada caso en particular.

En cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura entiende que la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones, sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito. Sigue entendiendo que también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente aparte de integrar uno de los conceptos integrantes de la TAE. En concordancia con ello, en el concreto caso fallado declara la no abusividad de la comisión de apertura por corresponderse además con un servicio efectivamente realizado.

### 3. Cláusulas indexadas en moneda extranjera.

Sobre los efectos que produce la declaración de una cláusula abusiva en un contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera se ha pronunciado recientemente la STJUE 16 marzo 2023, que consolida los criterios establecidos en anteriores pronunciamientos. De manera similar a las anteriores sentencias, el tribunal pone el acento en verificar si el consumidor recibió la información suficiente para conocer las consecuencias económicas que debía asumir tras su aceptación.

El requisito de la transparencia tiene especial importancia cuando afecta a las cláusulas contractuales referidas al funcionamiento de los mecanismos de conversión de moneda que se aplican a los préstamos hipotecarios indexados en una moneda extranjera y a los intereses y comisiones adeudados, incluida su

45 SÁNCHEZ GARCÍA, J.M.: "La comisión de apertura en los contratos de préstamo al consumo", *Revista de Derecho vLex*, núm. 228, mayo 2023.

adaptación, en virtud de un acuerdo de crédito al consumo. En estos casos, como indica la Comunicación de la Comisión, el Tribunal ha especificado los requisitos de transparencia aún más. En tales situaciones, el Tribunal exige que el profesional establezca las posibles variaciones en el tipo de cambio y los riesgos inherentes a la obtención de un préstamo en una moneda extranjera y solicita a los órganos jurisdiccionales nacionales que verifiquen si el profesional ha comunicado al consumidor toda la información pertinente que le permita evaluar sus obligaciones financieras. Es también de interés conocer si el profesional le dio suficiente atención a dicha información fundamental.

La particularidad de este préstamo reside en que se utiliza como referencia la divisa de un país cuyo interés es más bajo que el euro y en la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario<sup>46</sup>. A pesar sin embargo de esas posibles ventajas este último se encuentra con que el montante global puede sufrir oscilaciones dependientes de la fluctuación de la moneda extranjera.

Al igual que sucedía respecto a la STJUE comentada anteriormente existió un criterio que se fue consolidando desde la STJUE 3 diciembre 2015<sup>47</sup>, que declaró el carácter abusivo de esta cláusula, a la que siguió la de 20 septiembre 2017<sup>48</sup>, que proclamó la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas. El Tribunal consideró que una cláusula contractual, incorporada en un acuerdo de préstamo denominado en una moneda extranjera, según la cual el préstamo debe devolverse en la misma moneda en que se celebró, establece una obligación esencial que caracteriza a ese contrato. Por tanto, queda clara su relación con el “objeto principal del contrato” en el sentido del artículo 4, apartado 2, por lo que no puede considerarse abusiva la cláusula que la establezca siempre que esté redactada de forma clara y comprensible. Finalmente estableció que ese desequilibrio debe valorarse en el momento de la celebración del contrato teniendo en cuenta si el consumidor, en el marco de una negociación individual, aceptaría una cláusula de este tipo. Este fallo propició el cambio de criterio en la doctrina del TS hasta esa fecha.

La posterior STJUE 9 julio 2020<sup>49</sup>, determinó que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que no ha sido objeto de negociación individual, pero que refleja una

46 SAP Barcelona 18 septiembre 2015 (JUR 2015, 265536).

47 STJUE 3 diciembre 2015 (TJCE 2015, 435).

48 STJUE 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171).

49 MARTÍNEZ GÓMEZ, S.: “El TJUE vuelve a pronunciarse sobre los préstamos denominados en divisa extranjera: no puede ser objeto de control de transparencia la cláusula que recoge el principio del nominalismo monetario”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 21 julio 2020.

norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplica entre las partes contratantes cuando estas no hayan pactado otra cosa, no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha directiva.

Con relación a la interpretación de esta cláusula, el TJUE adopta una postura extensiva sobre alcance de la claridad y comprensión, defendiendo que la primera no debe limitarse a su aspecto formal y gramatical, sino que debe alcanzar la operatividad del contrato, que supone que el examen debe ampliarse al contenido. En este caso no debe ceñirse solo a la información sobre el mecanismo del cambio de divisa, sino que las instituciones financieras deben facilitar información suficiente a los prestatarios para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes y comprender al menos los efectos en una cuota de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del estado miembro del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero.

Contando con dichos antecedentes, la STJUE 16 marzo 2023<sup>50</sup> consolida el iter jurisprudencial expuesto, cuyo supuesto de hecho es el siguiente: El 4 de junio de 2007, M. B., U. B. y M. B. celebraron, como consumidores, con el predecesor legal de X, un banco, un contrato de préstamo hipotecario con una duración de 360 meses y por un importe de 339 881,92 eslotis polacos (PLN), indexado a una moneda extranjera, a saber, del franco suizo (CHF). En virtud de lo estipulado en ese contrato, tanto las cuotas mensuales como el saldo adeudado de dicho préstamo se calculan en francos suizos y se pagan en eslotis polacos, según el tipo de cambio de venta CHF-PLN aplicable a cada una de las cuotas mensuales.

Los prestatarios alegan ante el órgano jurisdiccional remitente que las cláusulas de dicho contrato relativas al mecanismo de indexación son abusivas porque, ante la falta de estipulaciones específicas en el contrato, el banco ha fijado discrecionalmente el tipo de cambio utilizado para el cálculo de las cuotas mensuales del préstamo. En vista de ello, M. B., U. B. y M. B. solicitan la supresión de esas cláusulas del contrato, alegando que las cuotas mensuales deberían calcularse en eslotis polacos y que el tipo de interés aplicable tendría que estar basado en el LIBOR. A este respecto, precisaron que aceptarían la anulación del contrato por el órgano jurisdiccional remitente.

Teniendo en cuenta esta doctrina comunitaria, la STS 15 noviembre 2017<sup>51</sup> determinó abusiva la cláusula si se priva al consumidor de información esencial sobre la carga económica que haya de soportar en caso de fluctuación de la divisa. La información que el predisponente tenía que poner a disposición del consumidor en el momento de la perfección del contrato era la relativa a la

50 STJUE 16 marzo 2023 (JUR 2023, 114688).

51 STS 15 noviembre 2017 (JUR 2017, 288339).

posible evolución de los tipos de cambio de la divisa, pero, sobre todo, la del principal cuando se referenciase a una moneda distinta a la habitual del prestatario. Lo puso de manifiesto fijando la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios y destacando la diferencia entre las cláusulas contractuales que estipulan que el préstamo debe devolverse en la misma moneda extranjera en que se concedió y las cláusulas contractuales en virtud de las cuales un préstamo denominado en moneda extranjera debe reembolsarse en la moneda nacional según el tipo de cambio de venta aplicado por el banco. A este respecto, es irrelevante si el importe del préstamo se pone a disposición del consumidor en moneda local y no en la moneda estipulada en el contrato. Por el contrario, el Tribunal consideró que una cláusula que defina el mecanismo de conversión de moneda se considera una disposición accesoria. Partiendo de estos elementos determinó que “la entidad financiera no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a poner en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa”. No basta por tanto con que la cláusula se haya incorporado de modo no transparente al contrato, es necesario que, además, la cláusula sea perjudicial para el adherente. Esta situación ocurre cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Por último, el Tribunal ha aclarado que la adecuación del precio o de la retribución se excluye de la evaluación del carácter abusivo solo si las cláusulas pertinentes establecen una retribución real por un producto o servicio entregado o prestado.

Esta STS 15 noviembre 2017 asume los criterios expuestos, considerando que esta modalidad no es un instrumento financiero por lo que queda excluido de la ley del mercado de valores si bien se le exige la adecuación a las normas de transparencia que serán objeto de control de abusividad. Posteriormente, la STS 31 octubre 2018, al igual que la STS 14 marzo 2019, 17 julio y 14 noviembre siguen el mismo criterio hasta llegar a la reciente STS 28 marzo 2023<sup>52</sup>. Se trata esta última de una sentencia del Pleno que viene a ratificar los criterios anteriores incidiendo nuevamente en la cuestión de si el consumidor ha recibido información suficiente que le permita percatarse de las consecuencias económicas que supone la aceptación de dichas cláusulas. El supuesto está basado en los hechos que se exponen a continuación.

D. Fidel interpuso una demanda contra Bankinter S.A. en la que, sucintamente, solicitó la nulidad de las cláusulas relativas a divisas del préstamo hipotecario que había concertado con Bankinter el 7 de julio de 2008, por error en el

52 STS 28 marzo 2023 (JUR 2023, I52096).

consentimiento y por ser una condición general de la contratación que no reúne el requisito de transparencia, y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de tales cláusulas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por considerar concurrente el error vicio del consentimiento. Bankinter apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Apreció que la acción de nulidad por error vicio no podía ser estimada porque quedaba referida solo a algunas cláusulas del contrato y no al contrato en su totalidad y que tampoco podía prosperar la acción de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas relativas a las divisas porque Bankinter había informado a los prestatarios de los riesgos asociados a esas cláusulas, en concreto: del riesgo de incremento de la cuota de amortización y de que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar no disminuyese. Alega que la información que el consumidor debe recibir del profesional para que pueda considerarse que la cláusula no negociada está redactada de forma clara y comprensible no es solo la que se desprende de los términos en que está redactada la cláusula, sino que es también, por lo general, la información suministrada con suficiente antelación a la celebración del contrato. Sin embargo, el TS valora que no se cumplimentó debidamente el deber de información al no advertir al prestatario sobre los riesgos de las cláusulas, al considerar que estas desplazan un riesgo asociado al riesgo de cambio, que en principio afectaría al prestamista haciéndolo recaer en el prestatario, que, habiendo prestado una garantía hipotecaria que era suficiente cuando se celebró el contrato, puede verse compelido a prestar garantías complementarias. Entiende además que estas cláusulas tienen un carácter desproporcionado pues la consecuencia jurídica, que era el posible vencimiento anticipado si no se ampliaba la garantía, no se adecuaba con la ventaja que el banco obtiene de las cláusulas, que aun sin ampliación sigue disponiendo del *ius vendendi* propio de la garantía hipotecaria y la posibilidad de ejercitar la acción ejecutiva en caso de impago. Respecto de este último extremo, el Supremo declara también la nulidad de las estipulaciones del préstamo que otorgan al prestamista la facultad de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran en un 10% del límite en ese momento del préstamo y dar por vencido anticipadamente el préstamo en caso de que el contravalor del capital pendiente de amortizar excediera del límite pactado.

La facultad que se otorga a la prestamista de exigir al prestatario la ampliación de la garantía se basa en la insuficiencia sobrevenida de la hipoteca constituida en garantía del préstamo por el aumento del contravalor en euros del capital pendiente de amortizar causado por la fluctuación de la divisa, con independencia de que el prestatario pague regularmente las cuotas del préstamo y preserve la integridad y el valor del inmueble hipotecado, lo que supone una variante de la materialización del riesgo de tipo de cambio, la de su incidencia sobre la

suficiencia de la cobertura. Por ello, para que el consumidor prestatario conozca y comprenda dicha cláusula es insuficiente la información sobre la posibilidad de que, en caso de apreciación de la divisa elegida, aumente el importe de la equivalencia en euros de las cuotas y del capital pendiente de amortizar. La información que debe recibir ha de referirse al riesgo específico de que la hipoteca constituida para garantizar el préstamo, como consecuencia del incremento de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar, resulte una garantía insuficiente al quedar parte de la deuda por encima del límite de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada. Teniendo todo ello en cuenta, el tribunal declara que la entidad bancaria demandada debió informar claramente al potencial cliente, antes de suscribir el préstamo, del riesgo que le supondría una depreciación importante de la moneda de curso legal en España respecto de la divisa en que se concedió el mismo, concretado en la pérdida de la vivienda hipotecada si no pudiese ampliar las garantías prestadas, ni pagar inmediatamente el capital pendiente de amortizar y los intereses del préstamo declarado vencido anticipadamente. Al no haberlo hecho así, las cláusulas litigiosas son nulas por falta de transparencia pues provocan un riesgo para el consumidor de empeoramiento de su situación económica o jurídica que este no podía razonablemente prever sin una información precontractual adecuada.

### **A) Regulación en la LCCI**

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. en su disposición final 8 viene a añadir un segundo párrafo al art. 83 TRLGDCU con el siguiente tenor literal: “Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”, que también se reitera en el segundo párrafo del art. 5.5 LCGC que incorpora con el siguiente tenor: “...Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Con ambos preceptos, 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.

Esta regla no estaba contenida en nuestro derecho positivo con lo que el legislador ha venido a consagrar en la ley una solución que hasta la fecha tan solo había sentado la jurisprudencia. A la par que supone también 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. En efecto, 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.



Ante la dificultad de acreditar que el prestamista ha cumplido enteramente con el deber de información en el supuesto de que las explicaciones hubieran sido otorgadas de forma verbal. La Ley 5/2019 solventa este problema al exigir en su art. 14.I.II que la manifestación sea firmada por el prestatario. Es cierto que este documento firmado por el prestatario no acredita per se que la cláusula en cuestión supere el control de transparencia material, pues el hecho de que el prestatario declare que ha recibido la información requerida por la ley y que el prestamista le ha explicado el contenido de los documentos informativos no significa que los haya comprendido y pudiera ser además que esa manifestación firmada sea un documento prerredactado por el prestamista que quizá el consumidor ni haya leído.

El art. 20 recoge por vez primera el tratamiento para los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera estableciendo para los contratos suscritos con consumidores en el momento de solicitar el cambio el derecho del prestatario a convertir el préstamo a una moneda alternativa que será:

a) la moneda en que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo, o

b) la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de celebración del contrato de préstamo o sea residente en el momento en que se solicita la conversión.

El tipo de cambio debe ser el vigente en la fecha en que se solicite la conversión, salvo que contractualmente se establezca otra cosa. Este tipo de cambio, salvo que el contrato de préstamo disponga otra cosa, será el publicado por el Banco Central Europeo en la fecha en que se solicite la conversión.

También el art. 14.4 LCCI contempla de forma específica los conceptos que debe incluir la comisión de apertura en el préstamo en divisa extranjera, que hace extensiva a cualquier comisión por "cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo".

#### **4. Cláusulas sobre el IRPH.**

El índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH) se corresponde con un tipo de interés aplicable a los préstamos a interés variable. Concretamente, tiene su origen en la ya derogada Ley 26/1988, 29 julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, si bien posteriormente se recoge en la

Circular 5/1994, 22 de julio del Banco de España y se habilita por la Orden 5 mayo 1994.

Inicialmente, la jurisprudencia menor se mostró favorable a la admisión de este tipo de referencia en los préstamos hipotecarios siendo el argumento principal que no se trataba de una condición general de la contratación en la medida que se encontraba definido y regulado legalmente siendo distinta la cuestión de si la cláusula que incluía este índice de referencia podía constituirse en una condición general y, en la medida que afecte al objeto principal del contrato, estar sometida al control de transparencia<sup>53</sup>.

El Tribunal Supremo, acogiendo el criterio mayoritario, en STS Pleno, 14 diciembre 2017<sup>54</sup>, concluyó que la cláusula referida a los intereses del préstamo hipotecario que contenía el IPRH superaba el control de transparencia. Dicho fallo, sobre el IRPH Cajas ponía de manifiesto por un lado, que no podía controlarse el carácter abusivo de la condición general de la contratación que incorporase el IRPH pues se trataba de una disposición administrativa supletoria, de forma que es la Administración Pública quién controla que exista un equilibrio entre obligaciones y derechos de las partes<sup>55</sup>. Por otro lado, destacaba que lo único que pueden controlar los Tribunales es que la cláusula en la que aparezca el IPRH esté redactada de forma clara y comprensible de forma que permita al consumidor hacerse una idea cabal de la trascendencia económica y jurídica que pueda tener el IRPH en el contrato en cuestión<sup>56</sup>. Y, en este caso concreto, el Alto Tribunal proclama que: “al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo”. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial al TJUE, que obligó de nuevo al TJUE a pronunciarse en su sentencia de 3 de marzo de 2020<sup>57</sup> en la que, sanciona la falta de transparencia del IRPH Cajas por

53 GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La legalidad del IRPH: Pasado y presente”. *RCDI*, núm. 790, pp. 715 a 749, 2022.

54 STS, Pleno, 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5167).

55 “... en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública. 4. En suma, ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC, ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH-Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales” (F.J. 6<sup>o</sup>).

56 Es decir, “para determinar la transparencia de la cláusula, (...) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable” (F.J. 6<sup>o</sup>).

57 STJUE 3 marzo 2020 (TJCE 2020, 3).

omisión de un requisito informativo -la evolución del Índice los dos años anteriores a concertar el contrato-. En ella se interesa si resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE someter o no, al control de transparencia contenido en la propia directiva, una cláusula de un préstamo hipotecario referenciado con el IRPH suscrita por un consumidor estableciendo, en clara contraposición a lo establecido por el Tribunal Supremo, que se puede hacer un control de transparencia sobre la cláusula que incorpora el IRPH y, por lo tanto, se puede aplicar la Directiva 93/13/CEE.

En ella, el TJUE determina tres criterios fundamentales:

1.- La normativa nacional no obligaba a utilizar en los préstamos con tipo de interés variable un índice de referencia oficial, por lo que la aplicación del índice IRPH no era imperativa y, por lo tanto, debe someterse a la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

2.- Los tribunales españoles serán los encargados de asegurarse de que las cláusulas que se refieran al IRPH sean claras y comprensibles.

3.- Las cláusulas que fijen en los contratos de préstamo hipotecario un tipo de interés variable no solo deberán ser comprensibles en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dichas cláusulas para sus obligaciones financieras.

Respecto a la cuestión de si el juez puede sustituir el índice IRPH por el índice legal aplicable si no hubiera acuerdo entre las partes, el TJUE determina que la referencia al IRPH no es consecuencia de una disposición legal o reglamentaria imperativa, por lo que no se puede concluir que las entidades de crédito estuvieran obligadas a incluirlo en sus préstamos hipotecarios. A estos efectos, el TJUE declaró que resultaba idóneo que los elementos necesarios para configurar el IRPH se encontrasen disponibles para cualquier consumidor al estar publicados en la Circular 8/1990, así como que la normativa vigente al momento de concertar el préstamo obligase a las entidades a mostrar la evolución que había tenido el IRPH Cajas en los dos últimos años, y el último valor disponible, por lo que entendió que la cláusula IRPH será transparente "si permite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda comprender el funcionamiento del modo de cálculo y de valorar sus consecuencias económicas".

En cuanto a las consecuencias de su declaración de abusividad por falta de transparencia señala que la eliminación de la cláusula relativa al IRPH podría tener consecuencias muy perjudiciales para el consumidor habida cuenta de la pérdida del plazo y consiguiente devolución de todas las cantidades. Por dicha razón el TJUE manifiesta que cuando el contrato no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula, no se opone a que el juez nacional pueda sustituir el índice de referencia por otro índice legal aplicable en defecto de pacto. Finalmente, y por lo que se refiere a la superación del control de transparencia: un primer parámetro de transparencia vendría constituido por la publicación del IRPH en el BOE, que permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades. De este modo, esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH. El segundo parámetro, establecido por el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020<sup>58</sup>, era la información que la entidad prestamista facilitó al consumidor sobre la evolución pasada del índice. En concreto, debía comprobarse el cumplimiento por parte de la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional, de cuál había sido la evolución del IRPH de las Cajas de Ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamos y del último valor disponible. Esta obligación fue posteriormente matizada en el ATJUE de 17 noviembre 2021<sup>59</sup> al declarar que: “en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial”.

Con estos antecedentes, el Tribunal Supremo tuvo que matizar el criterio inicial mantenido en la STS 14 diciembre en tres sentencias del Pleno de 12 de noviembre de 2020<sup>60</sup> en las que asumió que la falta de información sobre el índice IRPH a los consumidores conllevaba una falta de transparencia, pero no determinaba su nulidad. No obstante, en ningún caso concluyó la abusividad de un índice sancionado y recomendado por la Administración<sup>61</sup>. La referenciación del préstamo hipotecario al IRPH salva el control de transparencia y no puede ser declarado abusivo por no concurrir desequilibrio ni mala fe.

58 STJUE 3 marzo 2020 (Tol 7793171). GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La legalidad” cit.

59 ATJUE 17 noviembre 2021 (Tol 8642979).

60 SSTS Pleno 12 noviembre 2020; SSTS 595/20020 (RJ 2020, 3963); 596/2000 (RJ 2020, 42279); 598/20203 (RJ 2020, 4567).

61 GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La legalidad del IRPH: Pasado y presente”, cit. p. 717.

Posteriormente tres SSTs 27 enero 2022<sup>62</sup> corroboran este mismo criterio. Pero además sigue precisando que, aun en el supuesto de que la ausencia de información directa sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores determinara la falta de transparencia de la cláusula cuestionada, ello no implica necesariamente su nulidad. Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad y reitera el criterio manifestado en la STS 14 diciembre 2017, posteriormente revocado en pronunciamientos posteriores, de que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no puede vulnerar por sí mismo la buena fe, que se complementaría con el hecho de que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

Reitera asimismo que para apreciar si hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque para el cálculo del IRPH se toman en consideración no solo los préstamos con Euribor, sino también los referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, así como los diferenciales, de forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solvencia del deudor, calidad de las garantías concurrentes -fiducias-, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc). Y, señala que, en el caso de existir desequilibrio, deberá ser valorado en el momento de suscripción del contrato ya que la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante y que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros, no supone desequilibrio causante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. Por último, en sintonía con el criterio expuesto en la STS 6 noviembre 2020<sup>63</sup> recuerda que no se ha justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado en todo

62 STS 27 enero 2022 (RJ 2022, 553).

63 STS 6 noviembre 2020 (RJ 2020, 3857).

caso por la Administración Pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

Finalmente, en el caso que ha dado lugar al ATJUE 28 febrero 2023<sup>64</sup> se solicitó al Tribunal que formulase aclaraciones sobre los criterios de transparencia que se deben aplicar en un contrato de préstamo hipotecario para la inclusión de un índice para el tipo de interés aplicable establecido por un banco nacional.

Dicho auto resuelve en concreto la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia número 17 de Palma de Mallorca, sobre el índice IRPH en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. El órgano jurisdiccional remitente preguntó cuál es, según los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 93/13, la información precontractual que el profesional debe facilitar al consumidor para que este pueda evaluar las consecuencias económicas de su obligación contractual.

Tomando como doctrina la expuesta en la STJUE 3 marzo 2020<sup>65</sup>, determina que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Dicho pronunciamiento precisa además que los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de facilitar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución pasada del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, llevando a cabo una comparación con, al menos, un índice diferente, como el euríbor; siempre que esta normativa y esta jurisprudencia nacionales permitan al juez comprobar que, habida cuenta de la información públicamente disponible y accesible y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estaba en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de una cláusula que fija un tipo de interés variable sobre sus obligaciones financieras. Dictamina asimismo que, en el caso de que el juez nacional no pudiera sustituir

<sup>64</sup> ATJUE 28 febrero 2023 (ECLI:EU:C: 2023:134).

<sup>65</sup> Gómez del Moral Guasch (C 125/18, EU:C:2020:138), apartado 56.

una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En concreto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que podría exceder de la capacidad económica del consumidor; y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca. Y concluye entendiendo que, en una situación en la que el contrato puede subsistir sin la cláusula controvertida, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE no permite que un juez nacional modifique el contenido de esta cláusula por el mero hecho de que la supresión de dicha cláusula no reportaría un beneficio económico al consumidor. Por el contrario, cuando un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia ha admitido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, aplicando principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización<sup>66</sup>.

### III. CONCLUSIONES.

La transparencia tiene como elemento esencial la información. Que una cláusula sea transparente implica que el consumidor comprenda real y materialmente las consecuencias, obligaciones, carga económica efectiva y jurídica que la suscripción de esa estipulación le impone. Esta es la apreciación en la que inciden los pronunciamientos expuestos para valorar si el consumidor tuvo los elementos suficientes para percatarse de las consecuencias que conlleva la aceptación de determinadas presupuestos llevando incluso hasta sus últimas consecuencias sus decisiones con soluciones que podrían calificarse de poco ponderadas, como sucede en la primera STJUE 12 enero 2023, con relación a la sanción por falta de información de la cláusula que fijaba los honorarios profesionales en atención al número de horas dedicadas sin establecer criterios que pudieran orientar al cliente del alcance al que podía ascender dicha remuneración.

66 SSTJUE 30 abril 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, (EU:C:2014:282), apartados 80 y 83; 26 marzo 2019; Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C 70/17 y C 179/17, (EU:C:2019:250), apartado 56; 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C 125/18, (EU:C:2020:138), apartado 61, y 25 noviembre 2020, Banca B., C 269/19, (EU:C:2020:9549), apartado 32.

El principio de transparencia según establece el TJUE requiere que las cláusulas contractuales no solo se redacten de manera clara y comprensible, sino que sean más que inteligibles formal y gramaticalmente de forma que permitan a los consumidores evaluar las consecuencias que derivan de su adscripción como paso previo antes de la formalización del contrato. Este alcance de la información debe ser entendido en sentido amplio de forma que al consumidor no solo le llegue la aportación precontractual, sino que, como se valora en la STJUE 16 marzo 2023, a propósito de la validez de una cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera, debe estar informado debidamente durante toda la vigencia del contrato de la evolución de la divisa en el mercado para que el momento en el que decida proceder al cambio de divisa resulte el idóneo para él.

El contenido de la información queda ponderado cuando se utilizan referencias a los índices oficiales porque constituyen criterios de fácil acceso y conocimiento que permiten que el consumidor medio y normalmente informado pueda conocer, como reitera el ATJUE de 28 de febrero de 2023. Finalmente, aunque la estipulación de la comisión de apertura se considera inherente a los contratos de crédito inmobiliario, el TJUE ha entendido en su sentencia de 16 de marzo de 2023, que no constituye parte del precio.

A ninguno de los criterios expuestos es ajena la doctrina fijada por el Tribunal Supremo sobre estas cláusulas, antes bien, siempre se ha mostrado sumamente respetuoso a su interpretación, más dudoso puede resultar sin embargo el entendimiento que dispensará a la validez de las comisiones de apertura que se imponen como resultado, entre otros factores, del estudio de la solvencia económica del consumidor antes de resolver la concesión de un crédito.



## BIBLIOGRAFÍA

AYALA MUÑOZ, J.M.: “La sujeción de los servicios concertados entre abogados y clientes a la directiva de cláusulas abusivas. Comentario de la STJUE de 15 de enero de 2015”. *Diario La Ley*, núm. 8511, 31 de marzo de 2015.

BUSTO LAGO, J.M.: “El contrato de arrendamiento de servicios”, en AA.VV. *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 3694.

CRESPO MORA, M.C.: “Protección del consumidor de servicios jurídicos”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 1 enero-marzo, 2021, p. 94.

DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., “La determinación de los honorarios profesionales del abogado”, *CESCO*, 22 de junio de 2020.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La legalidad del IRPH: Pasado y presente”, *RCDI*, núm. 790, pp. 715 a 749, 2022.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo”, *Diario La Ley*, núm. 10273, 24 de abril de 2023.

MARTÍNEZ GÓMEZ, S.: “El TJUE vuelve a pronunciarse sobre los préstamos denominados EN divisa extranjera: no puede ser objeto de control de transparencia la cláusula que recoge el principio del nominalismo monetario”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 21 julio 2020.

MATE SATUÉ, L.C.: “¿Ha resuelto la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario la litigiosidad de las cláusulas abusivas?”, *Diario La Ley*, núm. 9605, 1 de abril de 2020.

ORDUÑA MORENO, J.: “Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 198, noviembre 2020.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)”. *El almacén del derecho*, sep 14, 2020.

PARDO GATO, J.R.: *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 230.

SÁNCHEZ GARCÍA, J.M.: “La comisión de apertura en los contratos de préstamo al consumo”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 228, mayo 2023.

