

Comentarios a la enmienda 137 al Proyecto de Ley por la que se regulan los servicios de atención a la clientela

Revista de Derecho vLex - Núm. 226, Marzo 2023

Autor: Jesus M^a Sánchez García

Cargo: Abogado

Id. vLex VLEX-926574585

Link: <https://app.vlex.com/vid/comentarios-enmienda-137-proyecto-926574585>

Texto

Contenidos

- [Introducción.](#)
- [Transparencia vs abusividad.](#)
- [La sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08.](#)
- [El Auto del TJUE de 28 de febrero de 2023.](#)
- [La reforma del artículo 82 del TRLGCYU con la introducción de un nuevo apartado 3, que deja sin efecto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13.](#)
- [Conclusión.](#)

Introducción

El Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú PodemGalicia en Común, han presentado la **enmienda 137 al Proyecto de Ley por la que se regulan los servicios de atención a la clientela** (pgs. 89 y 90 de las enmiendas e índices de enmiendas publicado en el DOCG número 104-3 de 21 de noviembre de 2022), por el que a través de la disposición final primera se propone la modificación del RDL 1/2007, añadiendo un apartado 3 al artículo 82 con el siguiente redactado:

«Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 82, que queda redactados como sigue. 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente, independientemente del elemento de la relación contractual que se regule en las mismas, 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.»

Sin duda esta modificación legal está motivada en la mejor de las intenciones, pero, en mi opinión, puede provocar el efecto contrario que se pretende, al poder generar **inseguridad jurídica y más litigiosidad**.

Y digo que esta reforma puede provocar el efecto contrario que se pretende, porque no tiene en cuenta los principios y categorías jurídicas que ha ido construyendo el TJUE en la interpretación de la [Directiva 93/13](#).

Para abordar una reforma legislativa tan importante, hay que testar el contexto actual y requiere una **metodología correcta** y un componente conceptual que la sustente. Sin esos presupuestos previos está asegurado el error y el incremento de la litigiosidad.

Como en la reforma de una vivienda, hay que saber los pilares que la sustentan y en la materia que se aborda hay que conocer los pilares en los que se sustenta el derecho europeo comunitario, especialmente la doctrina fijada por el TJUE en la interpretación de la [Directiva 93/13](#) y el núcleo duro de la misma, que lo conforman los artículos 3 al 6 y, especialmente, el artículo 4,2, que constituyen normas de orden público comunitario e imperativas.

A través del presente artículo intentaré explicar metodológicamente el **error conceptual** en el que se puede incurrir con la reforma legislativa que se pretende, al introducir un nuevo apartado tercero al [artículo 82](#) del [TRLGCIU](#), pretendiendo derogar el [apartado 2](#) del artículo [4](#) de la [Directiva 93/13](#) y con ello toda la jurisprudencia comunitaria del principio de transparencia, construida en base a los artículos 4,2 y 5 de la Directiva, que tan fundamental y esencial ha resultado para favorecer los derechos de los consumidores en la contratación predispuesta.

Transparencia vs abusividad

Como es sabido el TJUE en su [sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08](#), apartado 52, declaró que *"dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la [Directiva 93/13](#) otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público"*.

Desde que el TJUE dictara su primera [sentencia de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98](#) (mediante una cuestión prejudicial planteada por el Magistrado D. José María Fernández Seijo), analizando la [Directiva 93/13](#), se han dictado multitud de sentencias por el TJUE interpretando la citada Directiva, elaborando durante estos años un **control específico de las cláusulas predispuestas**, que no se contenía inicialmente cuando se promulgó la [Directiva 93/13/CEE](#), desarrollando una concepción funcional y operativa de las cláusulas incorporadas en la contratación predispuesta y que la [Directiva 93/13](#) sanciona con la abusividad y su correspondiente nulidad, cuando se incumple su reglamentación.

Para entender adecuadamente la construcción jurídica de ese control específico que ha

elaborado el TJUE, se hace preciso acudir (DOUE 27/9/2019) a la Comunicación de la Comisión de las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la [Directiva 93/13/CEE](#) del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (2019/C 323/04) (en adelante "la Comunicación"), que elabora un detallado análisis de todas las sentencias y autos dictados por el TJUE en la cuestiones prejudiciales que se le han ido planteado, desde la primera [sentencia de 27 de junio de 2000](#) hasta el año 2019, fecha de elaboración del mismo. Sin duda en estos dos últimos años el TJUE ha seguido desarrollando y muy profusamente esos principios de la Directiva comunitaria.

Tres notas son claves para entender ese proceso evolutivo, dinámico y funcional configurado por el TJUE respecto de la [Directiva 93/13](#) y que vienen perfectamente delimitadas en el párrafo primero de la introducción de la Comunicación.

La primera y esencial, como elemento definidor y vertebrador de la doctrina elaborada por el TJUE es que "**La [Directiva 93/13/CEE](#) del Consejo es una Directiva basada en principios**".

La segunda, es que "**protege a los consumidores contra las cláusulas abusivas en todos los tipos de contratos celebrados entre empresas y consumidores**".

Y, la tercera, que "**es un instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior**".

Y si revelador es el párrafo primero de la introducción de la Comunicación, que nos recuerda que es una Directiva basada en principios, más revelador es el párrafo segundo de la Comunicación, al declarar como el TJUE ha desarrollado durante sus 26 años de aplicación (actualmente 27) muchos de los principios generales establecidos en la [Directiva 93/13/CEE](#): "**Desde su adopción hace 26 años, la [Directiva 93/13/CEE](#) ha sido interpretada a través de numerosas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («Tribunal»), en particular cuestiones prejudiciales, a través de las cuales el Tribunal ha desarrollado muchos de los principios generales establecidos en la [Directiva 93/13/CEE](#).**"

Una parte de nuestros Tribunales y de la doctrina sigue analizando la reglamentación de la contratación predispuestas sobre las bases que sentó la sentencia del [TS de 9 de mayo de 2013](#), respecto de los controles de incorporación, transparencia y contenido, pero esos principios estancos, en nuestra opinión, han quedado desnaturalizados porque el TJUE ha desarrollado unos novedosos principios generales en base a la [Directiva 93/13/CEE](#).

Probablemente ello sea debido a que nos hemos centrado en un análisis casuístico de los temas que se han ido resolviendo, algunos de ellos con una interpretación restrictiva y no extensiva como viene exigiendo el TJUE ([STJUE 20 septiembre 2018, asunto C-448/17](#), ap. 61 y [3 marzo 2020, asunto C-125/18](#), ap. 50), sin analizar metodológicamente, como exige la Ciencia Jurídica, esa evolución jurisprudencial de los principios contenidos en la [Directiva 93/13](#) y desarrollado por el TJUE durante estos últimos 27 años, **principios y nuevas categorías jurídicas de ámbito supranacional**, que deben ser interpretados, como ya apuntó acertadamente la propia Sala 1ª del [TS en su sentencia de 18 de junio de 2012](#), a través de sus respectivos ámbitos delimitadores de control; por cierto, en una época en que la Sala 1ª fijaba doctrina jurisprudencial, en asuntos de interés general, que tanta seguridad jurídica generaba, reduciendo la litigiosidad.

Para comprender el desarrollo de esos principios, como decíamos, se hace imprescindible **analizar la Comunicación, mediante un parámetro metodológico de la evolución interpretativa del TJUE, con una interpretación extensa**, de esa nueva categoría jurídica comunitaria de la abusividad, que no es un control en sí mismo, sino la sanción por el incumplimiento de la reglamentación prevista en la [Directiva 93/13](#), mediante el cauce de comprobar si el predisponente cumple con el deber de transparencia o el justo equilibrio de las prestaciones, que surgen, ambos, del principio de buena fe y la vulneración de cualquiera de esos comportamientos conlleva la sanción de nulidad de la cláusula, por ser la misma abusiva.

La [Directiva 93/13](#) no preveía expresamente el **control de transparencia** de una forma autónoma, habiendo desarrollado el TJUE a través del principio del deber de información, para que la cláusula sea clara y comprensible, ese nuevo principio de transparencia, adquiriendo carta de categoría jurídica a través de la propia doctrina jurisprudencial del TJUE, mediante un proceso evolutivo y vertebrador de esos principios durante los últimos años, tanto del fundamento de buena fe, como del desequilibrio o cláusula desproporcionada, que ya conocíamos y desarrollando, no obstante, en toda su extensión el principio de transparencia, que lo ha incluido dentro del principio de buena fe, que desemboca su incumplimiento en la sanción de abusividad.

Y es un proceso evolutivo porque el propio TJUE señaló que la [Directiva 93/13](#) era de principios y los ha desarrollado de forma autónoma, ligado al principio de buena fe, como un control autónomo, cuya sanción conduce a la abusividad de la cláusula, bien por incumplir el predisponente el principio de transparencia, bien por incumplir el justo equilibrio de las prestaciones.

Ambos comportamientos (falta de transparencia o justo equilibrio de las prestaciones) son vulneradores del principio de buena fe, que, en última instancia, justifica la calificación de la cláusula predispuesta como abusiva.

Lo que fundamenta el control de abusividad es el quebranto del principio de buena fe, bien porque la cláusula no es clara y comprensible o porque provoca un desequilibrio entre las dos partes, pudiendo llevar cualquiera de ellos a la abusividad.

En definitiva, el TJUE ha configurado un nuevo paradigma del control de abusividad de una cláusula predispuesta, como resultado de calificar antijurídicamente la conducta del predisponente, bien por falta de información, exigido por el control de transparencia (que la cláusula sea clara y comprensible), bien por haber quebrantado un deber de guardar el equilibrio en la cláusula desproporcionada, siendo la abusividad la sanción de la conducta del predisponente.

El **deber de transparencia** es un deber de información y la vulneración de ese deber especial, cuando afecta a un elemento esencial del contrato (art. [4,2 Directiva 93/13](#)), debe comportar la abusividad, porque se incumple la buena fe (ver más extensamente el artículo de Javier Orduña, "[Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH](#)", publicado en la Revista de Derecho vLex, número 198, noviembre 2020).

El análisis que la Comunicación realiza del desarrollo de estos principios de la [Directiva 93/13](#) a

través de la jurisprudencia del TJUE, nos revela este nuevo paradigma, llegando a la conclusión que los mimbres jurisprudenciales comunitarios que tenemos son incontestables.

Conforme al apartado 1, a) del [artículo 2](#) de la [Directiva 93/13](#) se entiende por "cláusulas abusivas", las cláusulas de un contrato tal y como quedan definidas en el artículo 3.

El [artículo 3](#) de la [Directiva 93/13](#) dispone que "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente, a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

El [artículo 3](#) de la [Directiva 93/13](#) lo hemos de poner en relación con los considerados 6, 9, 10, 11 y 13 de la Directiva.

Para la Comunicación (pg. 9), el TJUE ha calificado repetidamente la protección en virtud de la [Directiva 93/13/CEE](#) como un asunto de «interés público». "Como se expresa en el [artículo 114](#) del Tratado de Funcionamiento de la UE ([TFUE](#)), la base jurídica de la [Directiva 93/13/CEE](#), así como en el [artículo 169](#) del [TFUE](#) y en el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la Directiva 93/13/CEE proporciona un alto nivel de protección de los consumidores".

En el apartado 3 de la **Comunicación** (pg. 20) hace un análisis de la "**valoración general del carácter abusivo y exigencia de transparencia**", poniendo en relación el [artículo 3](#) con los artículos [4](#) y [5](#) de la [Directiva 93/13](#).

En tal sentido la Comunicación nos detalla (pg. 21), siguiendo la evolución jurisprudencial del TJUE que:

*"El artículo 3, apartado 1, contempla la **valoración general del carácter abusivo de las cláusulas contractuales** utilizadas por los profesionales. Esta valoración general debe reflejarse en las normas de los Estados miembros y las autoridades deben aplicarla caso por caso al evaluar cláusulas individuales.*

*Además de la valoración general establecida en el artículo 3, apartado 1, el apartado 3 hace referencia a un **anexo que contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas contractuales** que pueden ser declaradas abusivas.*

*Por otra parte, la [Directiva 93/13/CEE](#) contempla una **exigencia de transparencia** para los profesionales que utilicen cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Dicha exigencia se muestra en el hecho de que las cláusulas contractuales deban estar (redactadas) en un lenguaje claro y comprensible ([artículo 4, apartado 2](#), y [artículo 5](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#)) y en el requisito de que los consumidores deban tener la oportunidad real de conocer las cláusulas del contrato antes de la conclusión de este [punto 1, inciso i), del anexo, y considerando 20]".*

Recordemos que, si bien el anexo de la [Directiva 93/13](#) contiene una lista gris, en nuestro País, la lista contenida en los [artículos 84 a 90](#) del [TRLGCYU](#) es una lista negra, como ya declaró la Sala 1ª del TS en su [sentencia de 15 de abril de 2014](#) ([Roj: STS 2388/2014](#), FD, 3-3).

En la página 22 de la Comunicación, se hace un detallado resumen de la exigencia de

transparencia en las cláusulas predispuestas:

"Con arreglo a la [Directiva 93/13/CEE](#), la exigencia de transparencia tiene tres funciones:

- Según la segunda frase del artículo 5, las cláusulas que no estén redactadas de forma clara y comprensible se interpretarán de la forma más favorable para el consumidor.*
- En virtud del artículo 4, apartado 2, 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*
- 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."*

El TJUE ha proporcionado aclaraciones sobre los requisitos de transparencia que deben cumplir los profesionales y sobre los criterios para la valoración general del carácter abusivo. En la subsección 3.3 se puede encontrar más información sobre la transparencia, mientras que la subsección 3.4 proporciona más información sobre la valoración general del carácter abusivo.

Al mismo tiempo, el Tribunal ha insistido repetidamente en que, si bien su función es brindar directrices sobre la interpretación de la transparencia y el carácter abusivo, corresponde a las autoridades nacionales, en particular a los órganos jurisdiccionales nacionales, evaluar la transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales específicas a la luz de las circunstancias particulares de cada caso.

En la página 25, en el apartado 3.3.1 nos resume la exigencia de la transparencia conforme al principio desarrollado por el TJUE:

"La exigencia de transparencia de la [Directiva 93/13/CEE](#) se aplica a todos los tipos de cláusulas contractuales (no negociadas individualmente dentro del ámbito de aplicación de la [Directiva 93/13/CEE](#)).

*El Tribunal ha interpretado en sentido amplio el requisito establecido en el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 según el cual las cláusulas contractuales deben redactarse de manera clara y comprensible. A este respecto, el Tribunal también ha tenido en cuenta que, según el punto 1, letra e), del anexo de la [Directiva 93/13/CEE](#), el hecho de que los consumidores no tuvieran una **oportunidad real de familiarizarse con las cláusulas del contrato es una indicación de su carácter abusivo.***

*El Tribunal se ha basado el artículo 4, apartado 2, y el [artículo 5](#), refiriéndose a veces también al considerando 20 y al anexo de la [Directiva 93/13/CEE](#), en particular al punto 1, letras i) y j), para **definir las normas de transparencia**, incluidos los requisitos de información, que van más allá de los aspectos mencionados anteriormente. A este respecto, el Tribunal también utiliza el término «requisito de transparencia sustantiva». Según el Tribunal, la transparencia requiere que las cláusulas contractuales sean más que inteligibles formal y gramaticalmente e implica que los consumidores deban poder evaluar las consecuencias económicas de una cláusula o un contrato (Por ejemplo: asunto C-186/16, *Andriuc*, apartados 44 y 45, que aparecen aquí citados. Se pueden encontrar declaraciones similares, por ejemplo, en los asuntos C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 71 y 72, C-191/15, *Verein für Konsumentenforschung*/*

Amazon, apartado 68, y C-96/14, Van Hove, apartado 40 con referencias adicionales)

«44. Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del [artículo 4, apartado 2](#), de la [Directiva 93/13/CEE](#), el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, **en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva [...] (Referencias a los asuntos C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartados 71 y 72, y C-348/14, Bucura, apartado 52)».**

«45. Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él [...] (Referencias a los asuntos C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartado 75, y C-96/14, Van Hove, apartado 50)».

Esta amplia interpretación de la transparencia implica que los profesionales deben proporcionar información clara a los consumidores sobre las cláusulas del contrato y sus implicaciones/consecuencias antes de la celebración del contrato. El Tribunal ha enfatizado repetidamente la importancia de dicha información para que los consumidores puedan comprender el alcance de sus derechos y obligaciones en virtud del contrato antes de estar sujetos a este. El Tribunal, por ejemplo, en el [asunto C-186/16, Andriuciuc](#), apartado 48) ha declarado que:

«[...] es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia 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 [...] (Referencias a los asuntos C-92/11, RWE Vertrieb, apartado 44, y C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo y otros, apartado 50)».

Especialmente relevante es el apartado 3.4.6 de la Comunicación (pgs. 34 y 35), en la que se hace constar que:

"La falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva en virtud del [artículo 3, apartado 1](#), de la [Directiva 93/13/CEE](#). Esto significa que, aun estableciendo que una cláusula cubierta por el artículo 4, apartado 2, «no es clara ni comprensible», su carácter abusivo debe todavía evaluarse con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3, apartado 1. Por el contrario, la falta de transparencia no es un elemento indispensable en la evaluación del carácter abusivo en virtud del artículo 3, apartado 1, por lo que también las cláusulas contractuales que son perfectamente transparentes pueden

ser abusivas en virtud del artículo 3, apartado 1, a la luz del desequilibrio inherente a su contenido.

*Sin embargo, en la medida en que las cláusulas contractuales no sean claras ni comprensibles, es decir, **cuando los profesionales no cumplan con la exigencia de transparencia, esta circunstancia puede contribuir a concluir que una cláusula contractual es abusiva** en virtud del artículo 3, apartado 1, o incluso puede indicar su carácter abusivo. El punto 1, letra i), del anexo, en general, y su punto 1, letra j), con especial atención a los cambios unilaterales en las cláusulas del contrato, confirman que la falta de transparencia puede ser decisiva para que las cláusulas sean consideradas abusivas.*

Varias resoluciones judiciales se refieren a la falta de transparencia como un elemento (importante) en la evaluación del carácter abusivo, al menos de ciertos tipos particulares de cláusulas contractuales o hacen referencia a la falta de transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales de forma conjunta."

Por ejemplo, el [asunto C-191/15](#), Verein für Konsumenteninformation/Amazon, apartado 65: «Incumbe al juez nacional determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, una cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia». Véase también los [asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17](#), Abanca Corporación Bancaria y Bankia, apartado 50, y el asunto C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartado 40. [Asunto C-92/11](#), RWE Vertrieb, apartado 47: «Una cláusula tipo que permita tal adaptación unilateral debe satisfacer, no obstante, las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que imponen las citadas Directivas»).

El **objetivo principal** de la Comunicación es presentar, 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. Y una lectura adecuada de la misma me lleva a la conclusión de que conforme a la concepción dinámica que ha desarrollado el TJUE de estos nuevos principios, la declaración de abusividad de una cláusula incorporada en un contrato predispuesto es mucho más sencilla de realizar, ya que se parte de un fundamento común que es el incumplimiento de la buena fe, bien por quebrantar el deber de información, por no ser la cláusula clara y transparente; bien por quebrantar la reglamentación equilibrada, que es lo que se conoce como cláusula desproporcionada.

Son **dos exámenes de legalidad bien diferenciados**, el examen de transparencia y el examen de desequilibrio, en contra de la buena fe, cuyo resultado final será la sanción de abusividad, porque la abusividad no es un control, es la calificación que le damos, una vez hecho el examen de transparencia o el examen de desproporción (deber de reglamentación justa y proporcionada que tiene el predisponente).

Por tanto, la abusividad no es un control en sí misma considerada, sino el razonamiento último al que se llega, después del examen que se hace por las dos vías previstas en los artículos 3,1 y 5 de la Directiva 93/13: el **examen de desproporción o desequilibrio importante** y el **examen de transparencia**, como conductas antijurídicas y la sanción es la nulidad.

En el esquema funcional de la jurisprudencia del TJUE el incumplimiento de la buena fe (transparencia o desequilibrio importante) conduce a la calificación de cláusula abusiva.

Por tanto, la abusividad en sí misma considerada no es un control nuevo añadido, sino la sanción a un comportamiento contrario a la buena fe.

Principio el de la buena fe, que viene igualmente regulado en nuestro [Código Civil](#) en los artículos 7 y 1258, cuyo incumplimiento comporta la nulidad del negocio jurídico.

Las nuevas figuras jurídicas de orden público económico comunitario, principio de efectividad y, especialmente, la transparencia como valor del cambio social y su alcance constitucional y normativo, constituyen un elemento vertebrador de nuevos valores sociales del Siglo XXI.

Por eso lo que procede es regular el principio de transparencia, mediante la elaboración de una nueva y actualizada [Ley de Condiciones Generales de la Contratación](#), en la que se recojan todos y cada uno de esos principios que ha ido configurando el TJUE, en torno a ese principio vertebrador que es el principio de efectividad.

La sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08

La Sala 1ª del TS planteó ante el TJUE la cuestión prejudicial derivada de la acción colectiva que tenía pendiente de resolver sobre las cláusulas de redondeo en un préstamo con garantía hipotecaria.

En la citada [sentencia de 3 de junio de 2010](#), el TJUE declaró que:

"1) Los artículos [4, apartado 2](#), y [8](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

2) Los [artículos 2 CE](#), [3 CE](#), apartado 1, letra g), y [4 CE](#), apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos [4, apartado 2](#), y [8](#) de la [Directiva 93/13](#) según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

Es cierto que el TJUE en su [sentencia de 3 de junio de 2010](#), en su apartado 39 afirmó que el [artículo 4, apartado 2](#) de la [Directiva 93/13](#) no constituye una disposición imperativa y vinculante que los Estados miembros deban incorporar como tal a sus ordenamientos y que el apartado 40

de la sentencia afirma que *"no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, **normas más estrictas** que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección"*.

Por último, es importante tener presente lo que por parte del TJUE se afirma en la [sentencia de 3 de junio de 2010](#) y concretamente en sus apartados 41 y 42:

"41. Pues bien, por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la [Ley 7/1998](#) no ha incorporado el artículo 4, apartado 2, al ordenamiento interno.

42 En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".

El Auto del TJUE de 28 de febrero de 2023

El TJUE ha dictado el Auto de 28 de febrero de 2023, resuelve la cuestión prejudicial que había planteado la Magistrada del Juzgado de 1ª Instancia número 17 de Palma de Mallorca, sobre el **índice IRPH en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria**.

Lo relevante de esta resolución es su apartado 51 en el que se afirma:

*"51 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos [3, apartado 1](#), y [4](#) de la [Directiva 93/13](#) deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensibile, **a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5**, le incumbe examinar si tal cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, [C421/14](#), [EU:C:2017:60](#), apartado 67)".*

En su apartado 52 el Auto comentado resuelve:

"52 Debe asimismo recordarse que, con arreglo al [artículo 3, apartado 1](#), de la [Directiva 93/13](#), las cláusulas de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

Y en los apartados 54 a 59 el TJUE reitera la doctrina que ha ido desarrollando desde que dictara su primera [sentencia de 27 de junio de 2000](#), en la interpretación de la [Directiva 93/13](#),

desarrollando esas **nuevas categorías jurídicas y principios sobre transparencia, desequilibrio y buena fe**, resolviendo al respecto que:

"54 En ese contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos [3, apartado 1](#), y [5](#) de la [Directiva 93/13](#), determinar si, dadas la circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, [C70/17](#) y [C179/17](#), [EU:C:2019:250](#), apartado 50 y jurisprudencia citada).

55 Al referirse a los conceptos de «buena fe» y de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el [artículo 3, apartado 1](#), de la [Directiva 93/13](#) delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, [C415/11](#), [EU:C:2013:164](#), apartado 67 y jurisprudencia citada).

56 De lo anterior se desprende que el concepto de buena fe es inherente al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual.

57 Por lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias tal desequilibrio se causa «contrariamente a las exigencias de la buena fe», habida cuenta del decimosexto considerando de la [Directiva 93/13](#), el Tribunal de Justicia ha indicado, en su jurisprudencia, a los órganos jurisdiccionales nacionales que estos deben comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, [C621/17](#), [EU:C:2019:820](#), apartado 50, y de 7 de noviembre de 2019, Profi Credit Polska, [C419/18](#) y [C483/18](#), [EU:C:2019:930](#), apartado 55 y jurisprudencia citada).

58 En relación con el examen del desequilibrio importante causado por cláusulas que prevén, a cargo del consumidor, gastos distintos de los intereses, tal examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base 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. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, 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, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, [C621/17](#), [EU:C:2019:820](#), apartado 51).

59 Además, del [artículo 4, apartado 1](#), de la [Directiva 93/13](#) se desprende que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración de este, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (sentencia de 3 de octubre de 2019,

Kiss y CIB Bank, C621/17, [EU:C:2019:820](#), apartado 52".

La reforma del artículo 82 del TRLGCYU con la introducción de un nuevo apartado 3, que deja sin efecto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13

Los partidos proponentes de la reforma justifican la misma en base a que:

"JUSTIFICACIÓN:

En virtud de la [Ley 7/1998](#), de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, se traspuso a la normativa nacional el [artículo 4](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#) del Consejo, 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El Proyecto de [Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación](#) elaborado por el Gobierno y remitido a las Cortes Generales incluía la trasposición expresa del artículo 4.2 de la Directiva, al proponer la incorporación como párrafo quinto del entonces [artículo 10 bis](#) de la [Ley 26/1984 de 19 de julio](#) General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actual [artículo 82](#) del texto refundido de la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#)) lo siguiente: «Tal apreciación no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible».

No obstante, durante la tramitación parlamentaria del citado Proyecto de Ley, en la Sesión de la Comisión de Justicia e Interior celebrada el 10 de febrero de 1998 se aprobó por unanimidad la enmienda n.º 71 al Proyecto, por la que se proponía la supresión del citado párrafo quinto del artículo 10 bis del Proyecto de Ley.

Durante el debate parlamentario que tuvo lugar entonces se entendió que el objeto principal de un contrato y el precio también podían ser abusivos, como era el caso entonces de algunos contratos de préstamo con tipos TAE de más del 30%, por lo que no poder entrar a valorar el carácter abusivo de estos elementos suponía una gran indefensión de los consumidores y usuarios.

En consecuencia, la [Disposición adicional primera](#) de la [Ley 7/1998](#), de 13 de abril, no incluyó, por voluntad expresa del legislador, la excepción incluida en el [artículo 4.2](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) consideró que la no incorporación a la normativa española del [artículo 4.2](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#) era compatible con el derecho de la Unión, al tratarse de una Directiva de mínimos, pudiéndose elevar la protección del consumidor (STJUE de 3 de junio de 2010, en el asunto [C-484/08](#) Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid).

Partiendo de esta voluntad expresa del legislador español y del aval del TJUE, el Tribunal Supremo, en las [SSTS de la Sala Primera 401/2010, de 1 de julio](#); [663/2010, de 4 de noviembre](#); y [861/2010, de 29 de diciembre](#), entendió que, al no encontrarse incorporado de forma expresa el [artículo 4.2](#) de la [directiva 93/13/CEE](#) a la normativa nacional, debía aplicarse la normativa en vigor, que no diferenciaba entre los distintos elementos del contrato a la hora de poder llevar a cabo el análisis del carácter abusivo de las cláusulas.

No obstante, sin modificación legislativa mediante, esta interpretación del alto Tribunal varió a partir de 2012, en su Sentencia 406/2012, 18 de junio de 2012, interpretando, de forma contraria a la voluntad del legislador, que el [artículo 4.2](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#) se encuentra implícitamente transpuesto en la normativa española. Esta ha sido la interpretación seguida por el Tribunal Supremo hasta la fecha, limitando de forma considerable la protección de los derechos de las personas consumidoras.

La presente enmienda pretende, por tanto, generar seguridad jurídica sobre el alcance del control de abusividad de las cláusulas contractuales, explicitando la voluntad expresa del legislador, que deberá ser tenida en cuenta en la interpretación normativa".

El legislador puede desde luego **modificar el [artículo 82 del TRLGCU](#)**, conforme a los parámetros marcados por el TJUE en su [sentencia de 3 de junio de 2010](#), pero lo que no puede hacer es regular el precio mediante el análisis de abusividad de una cláusula contractual, si previamente no hay una disposición legal que fije el precio de un producto financiero determinado.

No olvidemos que conforme al apartado 72 del Auto de 28 de febrero de 2023, "*...el objetivo de la [Directiva 93/13](#) no es el de procurar una ventaja económica a los consumidores, sino el de protegerlos contra las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los profesionales (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de noviembre de 2019, Kanyeba y otros, [C349/18](#) a [C351/18](#), [EU:C:2019:936](#), apartado 63 y jurisprudencia citada).*

Y el análisis de las cláusulas incorporadas en un contrato predispuesto, consiste en establecer mecanismos que aseguren que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo, permitiendo analizar si la cláusula concreta cumple con las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por la [Directiva 93/13](#).

La nulidad de la cláusula declarada abusiva, en principio no comporta la nulidad del contrato, como acertadamente nos recuerda la reciente sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, asunto C-6/23, debiendo, en principio, procederse a la expulsión de la cláusula declarada abusiva y, en caso, de no poder subsistir el contrato y siempre que el consumidor lo acepte, a la integración del contrato a través de diversas alternativas.

En la **justificación de la propuesta de modificación** legislativa se afirma que:

"Durante el debate parlamentario que tuvo lugar entonces se entendió que el objeto principal de un contrato y el precio también podían ser abusivos, como era el caso entonces de algunos contratos de préstamo con tipos TAE de más del 30%, por lo que no poder entrar a valorar el carácter abusivo de estos elementos suponía una gran indefensión de los consumidores y

usuarios".

Sin duda **cabe un marco mayor de protección del consumidor** e incluir dentro del juicio de abusividad el elemento principal, siempre que el ámbito de ese juicio de abusividad se establezca de modo pleno, de acuerdo con los principios que establece el TJUE. En ningún caso cabe aplicar un juicio sobre la retribución o el precio del contrato. Es esencial tener presente que el juicio de abusividad es la sanción que se proyecta sobre una cláusula concreta, que no permite, con carácter general, establecer el precio de la retribución del contrato, sino a la concreta relación negocial en donde se sanciona la cláusula abusiva.

Conclusión

Lo deseable sería que el legislador modificara la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, regulando una **horquilla máxima** entre el tipo medio aplicado para los créditos al consumo y, especialmente, el crédito revolving y el **tipo máximo** que las entidades financieras puedan pactar con sus clientes, tal y como tienen regulado varios de nuestros países vecinos, que establecen una limitación alrededor del 30% superior al tipo medio, habiéndose perdido una gran oportunidad con la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolving, máxime cuando el artículo 31 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Crédito al Consumo de la Comisión Europea, prevé que los Estados miembros *"podrán introducir límites máximos adicionales para las líneas de crédito renovable"*.

Y al mismo tiempo **se elabore una nueva y actualizada**

[Ley de Condiciones Generales de la Contratación](#), en la que se recojan todos los principios y categorías jurídicas que el TJUE ha ido desarrollando desde la primera [sentencia de 27 de junio de 2000](#), hasta la actualidad, en la interpretación y aplicación de la [Directiva 93/13](#), respondiendo a las cuestiones prejudiciales que los Tribunales de la Unión Europea le han ido planteando, tal y como reiteradísimas veces ha venido reivindicando el Catedrático de Derecho Civil y exmagistrado de la Sala 1ª del TS, que, por otra parte, fue el Ponente de la conocida [Sentencia de 18 de junio de 2012 del TS](#).