

Transparencia vs abusividad conforme los dos Autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021, asuntos C-655/20 y C-79/21

Revista de Derecho vLex - Núm. 210, Noviembre 2021

Autor: Jesús M^a Sánchez García

Cargo: Abogado

Id. vLex VLEX-878623375

Link: <https://app.vlex.com/#vid/transparencia-vs-abusividad-conforme-878623375>

Texto

Contenidos

Se hace preciso recordar lo que ya debería ser una obviedad: **el principio de primacía del Derecho comunitario**, que fue afirmado en términos globales por el TJUE en [sentencia de 15 de julio de 1964, C-6/64](#). El mismo TJUE en la [sentencia de 9 de marzo de 1978, C-106/77](#), estableció que el juez nacional tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.

Pese a que el TJUE en sus sentencias de [15 de julio de 1964](#) y [9 de marzo de 1978](#) estableció que el juez nacional tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, existe una **reticencia por una parte de los Tribunales españoles a la hora de aplicar esta primacía del derecho comunitario**, interpretando, a mi entender, erróneamente, de forma restrictiva los **principios de legalidad y seguridad jurídica** previstos en nuestro ordenamiento jurídico interno, sin tener presente que el ordenamiento de la Unión Europea forma parte de nuestro propio ordenamiento jurídico, no solo por el principio de primacía del derecho comunitario, sino por el **control de convencionalidad** (arts. [10,2](#), [93](#) y [96 CE](#)), máxime cuando tanto el propio Tribunal Constitucional, como las distintas Salas del Tribunal Supremo, ya se han pronunciado al respecto analizando la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo y que esa primacía del derecho comunitario viene regulada expresamente en el [artículo 4 bis](#) de la [LOPJ](#).

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"*.

Las nuevas figuras jurídicas de orden público económico comunitario y, especialmente, la transparencia¹ como valor del cambio social y su alcance constitucional y normativo, constituye un **elemento vertebrador de nuevos valores sociales del Siglo XXI**.²

En su sentencia de 22 de junio de 2010, C-188/2010, la Gran Sala del TJUE nos recuerda que *"el Tribunal de Justicia ya ha estimado que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (véanse en especial las sentencias Simmenthal, antes citada, apartados 21 y 24; de [20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer, C-187/00](#), Rec. p. I-2741, apartado 73; de [3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, C-387/02](#), C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565, apartado 72, y de [19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08](#), Rec. p. I-0000, apartado 81)"*.

Especial relevancia merece la sentencia del TJUE de [21 de abril de 2016, asunto C-377/14](#), reiterando en su apartado 62 la **obligación que incumbe al juez nacional de examinar de oficio la vulneración de ciertas disposiciones del Derecho de la Unión en materia de consumidores**. Así en lo que atañe a la [Directiva 93/13/CEE](#), la [sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08](#) (apartado 32), respecto de la [Directiva 85/577/CEE](#), referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la [sentencia de 17 de diciembre de 2009, Martin Martin C-227/08](#) (apartado 29) y en lo relativo a la Directiva 1999/44/CEE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, la sentencia de 3 de octubre de 2013, Duarte Heros (apartado 39).

En el apartado 30 del Auto del TJUE de 4 de febrero de 2021, asunto C-321/20, el Tribunal declaró que *"En este contexto, debe precisarse igualmente que la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva ([sentencia de 19 de abril de 2016, DI, C441/14, EU:C:2016:278](#), apartado 33 y jurisprudencia citada). Por lo tanto, un tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar una norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que esa norma se haya interpretado reiteradamente en un sentido que no es compatible con ese Derecho ([sentencia de 26 de junio de 2019, Addiko Bank, C-407/18, EU:C:2019:537](#), apartado 66 y jurisprudencia citada)"*.

Y ello es relevante porque el propio TJUE en el apartado 68 de su [sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17](#), declara que *"A este respecto, tal como el Abogado General ha manifestado en lo sustancial en el punto 60 de sus conclusiones, no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado*

miembro —como es el Tribunal Supremo— estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de la cláusulas contractuales".

Como he venido sosteniendo³ la **posición doctrinal y jurisprudencial basada en los controles de incorporación, transparencia y contenido**, en la contratación predispuesta, y que tuvo su origen en la conocida [sentencia del TS de 9 de mayo de 2013](#) (Roj: STS 1916/2013), derivada de la acción colectiva solicitando la nulidad de las cláusulas suelo, está superada por la propia jurisprudencia del TJUE.

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, 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), 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.

Una de las claves para entender ese proceso evolutivo, dinámico y funcional configurado por el TJUE respecto de la [Directiva 93/13](#), 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**".

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 mi opinión, como he expuesto anteriormente, 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 (sentencias del TJUE de [20 septiembre 2018, asunto C-448/17](#), ap. 61 y [3 marzo 2020, asuntos 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

21 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 \(Roj: STS 5966/2012\)](#), 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, **se hace imprescindible analizar la Comunicación de la Comisión de la Directrices de la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13**, mediante un parámetro metodológico de la evolución interpretativa del TJUE, con una interpretación extensiva, de esa nueva categoría jurídica comunitaria de la abusividad, que comporta la sanción de la cláusula predispuesta, 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, conforme a los parámetros que ha ido delimitando el TJUE, 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, conforme la doctrina comunitaria.

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

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, cuando en función de las circunstancias propias del caso y conforme los criterios que ha proporcionado el Tribunal de Luxemburgo, la cláusula en cuestión no cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas en la [Directiva 93/13](#) y en el anexo de ésta.

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](#)), puede dar lugar a que se declare abusiva la cláusula predispuesta y corresponde al juez nacional determinar, si dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por la [Directiva 93/13](#).⁴

La [Ley 5/2019, de 15 de marzo](#), reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante [LCCI](#)), a través de sus disposiciones finales cuarta y novena, modifica, respectivamente los artículos 5 de la [Ley 7/1998, de 13 de abril](#), sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante [LCGC](#)) y el artículo 83 del Texto Refundido de la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#) (en adelante [TRLUCU](#)).

A través de la [disposición final cuarta](#) se modifica el apartado 5 del artículo 5, de la [LCGC](#), que queda con la siguiente redacción: «*La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.*»

Y a través de la disposición final octava, se añade un nuevo párrafo al artículo 83 del [TRLUCU](#), quedando con la siguiente redacción:

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

Al respecto debemos recordar que el TJUE en su [sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08](#), resolviendo la cuestión prejudicial planteada por la Sala 1ª del TS respecto de las cláusulas de redondeo, nos recuerda en su apartado 39 que "por consiguiente, no puede de modo alguno deducirse de la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, que el Tribunal de Justicia considerase que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva constituía una disposición imperativa y vinculante, que los Estados miembros debían obligatoriamente incorporar como tal a sus ordenamientos. Por el contrario, el Tribunal de Justicia se limitó a declarar que, para garantizar en concreto los objetivos de protección de los consumidores perseguidos por la Directiva, toda adaptación del Derecho interno a dicho artículo 4, apartado 2, debía ser completa, de modo que la prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas se refiere únicamente a las redactadas de manera clara y comprensible", afirmando en su apartado 40 que: "De todo lo anterior se deriva 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".

La Sala 1ª del TS en su [sentencia número 121/2020 de 12 de febrero \(Roj: STS 504/2020\)](#), de la que ha sido Ponente el Magistrado D. Pedro José Vela, analiza el control de transparencia en un contrato de prestación de servicios jurídico, pronunciándose (aunque *obiter dicta*) respecto del control de transparencia, tras la reforma del artículo 83 del [TRLUCU](#), en el punto 3 del fundamento de derecho cuarto de la sentencia de 12 de febrero de 2020, el TS resolvió que: "a falta, pues, de pacto expreso y conforme a la normativa legal expuesta, cabe concluir que la relación contractual entre las partes, en lo que se refiere a la cuantificación de los honorarios

profesionales, no fue transparente, porque no hubo información al respecto. Ahora bien, teniendo en cuenta que cuando se celebró el contrato no estaba en vigor la actual redacción del [párrafo segundo](#) del art. [83 TRLCU](#), que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, [SSTJUE de 30 de abril de 2014, C- 26/13](#) , Kásler; y de [26 febrero de 2015, C-143/13, Matei](#))".⁵

Y como establece la

[sentencia de la Sala 1ª del TS de \(Ponente D. Pedro José Vela\) de 23 de julio de 2020 \(Roj: STS 2626/2020\)](#): *"La consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula (previa su declaración de falta de transparencia, por afectar a un elemento esencial del contrato, como es el precio), es su nulidad de pleno derecho, como establecen inequívocamente los arts. 8.2 [LCGC](#) y [83 TRLCU](#) (art. 10 bis [LDCU](#), en la fecha de suscripción del contrato). Y esta nulidad de pleno derecho es insubsanable, porque el consumidor no puede quedar vinculado por la cláusula abusiva, según determina el art. 6.1 de la [Directiva 93/13](#). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea (por todas, sentencias [654/2015](#), de 19 de noviembre, y [558/2017](#), de 16 de octubre, y las que en ellas se citan, tanto de esta sala como del TJUE).*

En la configuración de este nuevo paradigma del control de abusividad de una cláusula predispuesta, conforme a los principios que el TJUE ha venido desarrollando en la interpretación y aplicación de la [Directiva 93/13/CEE](#), son muy importantes los recientes Autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona, [asunto C-655/20](#) y el Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Ibiza, [asunto C-79/21](#).

En el apartado 32 del [asunto C-655/20](#) y 35 del [asunto C-79/21](#), el TJUE reitera su competencia respecto de la interpretación del concepto de cláusula abusiva, definido en el artículo 3, apartado 1 de la [Directiva 93/13](#) y en el anexo de esta y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de esta Directiva, debiendo el juez nacional pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias del caso concreto.

Y en ese contexto el TJUE en el apartado 36 del [asunto C-79/21](#) resuelve que 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 las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por la [Directiva 93/13](#).

En el apartado 37 del [asunto C-655/20](#) y 33 del [asunto C-79/21](#), el TJUE declara que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere por sí sola, carácter abusivo en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la [Directiva 93/13](#).

Y nos recuerda el TJUE en el apartado 37, del asunto C-79/1, que la [Directiva 93/13](#) al referirse a los conceptos de "buena fe" y de "desequilibrio importante" en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1 de la [Directiva 93/13](#) delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no se haya negociado individualmente, para afirmar en el apartado 38 del asunto C-89/21 que: **"De ello se desprende que el concepto de "buena fe" es inherente al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual"**.

Por tanto, sostener que no procede realizar el juicio de abusividad si hay una presunción previa de buena fe, es contraria a la doctrina comunitaria.

Como afirma el TJUE en el apartado 43 del [asunto C-79/21](#): *"el artículo 3, apartado 1 de la [Directiva 93/13](#), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que considera que la falta de buena fe del profesional es un requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control del contenido de una cláusula no transparente de un contrato celebrado con un consumidor. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, debe considerarse que el profesional actuó de buena fe al elegir un índice previsto por la ley y si las cláusulas que incorpora tal índice puede causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*.

En el apartado 39 del [asunto C-79/21](#), el TJUE reitera su doctrina interpretativa sobre en qué circunstancias tal desequilibrio se causa "contrariamente a las exigencias de buena fe", resolviendo que: *"habida cuenta del decimosexto considerando de la [Directiva 93/13](#), el Tribunal de Justicia ha indicado, en su jurisprudencia, a los órganos jurisdiccionales 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 este tipo en el marco de una negociación individual** (veáanse, en este sentido, las sentencias de [3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820](#), apartado 50 y [7 de noviembre de 2019, Profi Credit Polska, C-419/28](#) y C-483/18, [EU:C:2019:930](#), apartado 50 y jurisprudencia citada"*.

Y en el apartado 42 del [asunto 655/20](#) y 40 del [asunto C-79/21](#), el TJUE declara que la existencia de un posible "desequilibrio importante" no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación total 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, ya 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 derechos o de la imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

No cabe duda, que la **asimetría que se produce en la contratación predispuesta**, es esencial para analizar ese desequilibrio importante y se incumple el apartado 1 del artículo 3 de la [Directiva 93/13](#) cuando el predisponente impone una cláusula que el adherente, probablemente,

no hubiera aceptado en el marco de una negociación individual.

Esencialmente importante considero lo dispuesto por el TJUE en el apartado 52 del [asunto C-655/20](#), porque despeja cualquier duda interpretativa sobre si la decisión de preguntar al consumidor, cuando el contrato no puede subsistir sin la cláusula considerada abusiva, es una facultad del tribunal que puede o no hacer uso de ella, declarando el TJUE al respecto que: *"el artículo 6, apartado 1 de la [Directiva 93/13](#) debe interpretarse en el sentido que **obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor** la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula"*.

Por tanto a través del Auto de 17 de noviembre de 2021, [asunto C-655/20](#), apartado 52, el TJUE establece la obligación al juez nacional de ofrecer al consumidor la posibilidad de decidir sobre si desea sustituir la cláusula u optar por la anulación del contrato y este derecho que el TJUE confiere al consumidor no es baladí, ya que si éste hace uso del mismo, puede optar por la nulidad de ese contrato, por lo que él mismo deviene nulo e ineficaz y, por tanto, desaparece cualquier obligación de garantía solidaria o fianza de terceros, incluida la posibilidad de disponer libremente del bien hipotecado, si estamos ante un préstamo con garantía hipotecaria.

También el TJUE en sus dos Autos de 17 de noviembre de 2021, nos recuerda que para cumplir con la exigencia del principio de transparencia cuando afecta a un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario (apartados 29 del [asunto C-655/20](#) y 28 del [asunto C-79/21](#)) la cláusula contractual 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, constituyendo elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales, relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

Y si bien es cierto que tanto en el apartado 34 del [asunto C-655/20](#), como en el apartado 30 del [asunto 79/21](#), el TJUE declara que el artículo 5 de la [Directiva 93/13](#) y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, 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, no es menos cierto, que el propio TJUE nos recuerda que ello es así, *"siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera 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 dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras".

Y esa exigencia de transparencia, en cuanto al nivel de información, debe ser interpretada de manera extensiva, como declara el TJUE en su [sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13](#): *"Por el contrario, como ya se ha recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, toda vez que el sistema de protección establecido por la [Directiva 93/13](#) 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 transparencia debe entenderse de manera extensiva".*

Como declara la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/17 en su apartado 54: *"De ello se deduce, como el Abogado General ha señalado en los puntos 78, 80 y 82 de sus conclusiones, que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato".*

En el contexto expuesto y respecto del índice IRPH, **cobra especial importancia, tanto en el plano formal de la legislación aplicable, como en plano material de la comprensibilidad de la posición jurídica y económica del consumidor**, lo dispuesto como advertencia en la [Circular 5/1994, de 22 de julio](#) (BOE número 184 de 3 de agosto de 1994), tanto respecto del Anexo IX, como de su Exposición de Motivos que en su párrafo cuarto advierte que: *"los tipos de referencia escogidos, son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE, de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría, según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas. A título orientativo, la Circular adjunta (Anexo IX) una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad. En rigor, esta tabla no es útil para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorros, por las peculiaridades de su confección".*

[1] Orduña Moreno, J, Sanchez Martín, C y Guillen Catalan, R: "Transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Editorial Aranzadi, 12 septiembre 2019.

[2] Sánchez García, J: "I Congreso para Abogados de Derecho de Consumo ICA Granada: mesa Redonda: ambito procesal del derecho de consumo: 3. Vademecum procesal, aplicación práctica".

[3] Sánchez García, J: "Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la [Directiva 93/13](#)". Revista de Derecho vLex, número 199, Diciembre 2020.

[4] Orduña Moreno, J: "doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH". Revista de Derecho vLex, número 198, noviembre 2020.

[5] Sánchez García, J: "El control de transparencia y el juicio de abusividad tras la reforma operada por la [LCCI](#) del [artículo 83](#) del [TRLUCU](#)" Revista de Derecho vLex - Número 190, marzo 2020.