

¿*In medio virtus*? A favor del canon jurisprudencial objetivo del “consumidor medio” para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas*

In medio virtus? In favour of the objective case-law test of the ‘average consumer’ for the review of the transparency of non-negotiated terms

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Recibido: 18.06.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8908

Resumen: Desde su misma génesis jurisprudencial, en 2013 y 2014, el control de transparencia de las cláusulas no negociadas ha sido configurado con carácter abstracto y objetivo. Así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no ha abandonado ese parámetro, fundado en el “consumidor medio” y no en el consentimiento del concreto contratante, el Tribunal Supremo español (TS), en los últimos años ha denegado protección por ese control a “personas con conocimiento experto” en un específico tipo de contrato (frecuentemente préstamos hipotecarios), como ha ocurrido con ciertos empleados de entidades financieras y abogados especializados. Este ensayo examina el origen de la noción de “consumidor medio” y su trasplante al ámbito de la interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, traza las diversas etapas, tendencias y divergencias en la jurisprudencia del TJUE y del TS y ofrece nuevos argumentos sobre la conveniencia de mantener en este ámbito ese estándar objetivo, en línea con la interpretación transversal del concepto en varias Directivas de protección de los consumidores que recientemente está manteniendo el TJUE. Asimismo, a la luz de las conclusiones presentadas en 2024 por los Abogados Generales del TJUE en dos importantes asuntos pendientes de fallo (el asunto C-450/22, *Caixabank et al.*, y el asunto C-646/22, *Compass Banca*), esta contribución analiza si la noción de consumidor medio, racional y proactivo, podría modularse con las teorías del análisis socio-económico del comportamiento humano para integrar ciertas vulnerabilidades en el estándar medio.

Palabras clave: Consumidor medio, consumidor vulnerable, consumidor, cláusulas abusivas, transparencia, Derecho de consumo, prácticas comerciales desleales, consentimiento, error, cláusulas suelo, préstamos hipotecarios.

Abstract: From its very inception in case law, in 2013 and 2014, the control of transparency of non-negotiated terms has been shaped in an abstract and objective manner. Whereas the Court of Justice of the European Union (CJEU) has not abandoned this parameter, based on the “average consumer” and not on the consent of the specific contracting party, the Spanish Supreme Court (TS or “Tribunal Supremo”), in recent years, has denied protection through this test to “persons with expert knowledge” in a specific type of contract (frequently mortgage loans), as has occurred with certain employees of financial

*Este trabajo forma parte del proyecto de I+D+i PID2021-124191OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 FEDER, UE, titulado *Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales*, del que el autor es IP.

institutions and specialised lawyers. This essay examines the origin of the notion of “average consumer” and its transplant to scope of the Unfair Contract Terms Directive, traces the various stages, trends and divergences in the case law of the CJEU and the TS and offers new arguments on the convenience of maintaining the objective standard in this field, in line with the transversal construction of the concept in various consumer protection directives that the CJEU is recently upholding. Furthermore, in the light of the conclusions presented in 2024 by the Advocates General of the CJEU in two important pending cases (C-450/22, *Caixabank et al.*, and C-646/22, *Compass Banca*), this contribution analyses whether the notion of the average, rational and proactive consumer could be modulated by theories of socio-economic analysis of human behaviour to integrate certain vulnerabilities into the average standard.

Keywords: Average consumer, vulnerable consumer, consumer, unfair terms, transparency, Consumer Law, unfair commercial practices, consent, mistake, floor clauses, mortgage loans.

Sumario: I. *Gratulatio*. II. Planteamiento (en tiempos de posible mudanza). III. Origen y desarrollo de la noción legal de “consumidor medio” (TJUE y Directiva 2005/29/CE). 1. La jurisprudencia europea que acuñó el concepto y sus ámbitos iniciales (publicidad, etiquetado, marcas). 2. La plasmación del concepto en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (el consumidor medio y el vulnerable). 3. Expansión del concepto de consumidor vulnerable (como categoría matizada del consumidor medio) a la normativa europea de genuino Derecho contractual de consumo desde 2019. IV. Extrapolación del estándar del consumidor medio al régimen de las cláusulas abusivas (Directiva 93/13) a efectos del control de transparencia (TJUE y TS). 1. Ratio. 2. Jurisprudencia del TJUE. A) El “consumidor medio” llegó para quedarse. B) Un paso lógico: los conocimientos expertos son irrelevantes (protección de abogados y empleados de banca). C) El conocimiento del Derecho aplicable (y la “investigación jurídica”) por el consumidor medio. 3. Jurisprudencia del TS. A) Primera fase (2013-2019): creación y consolidación del control abstracto y objetivo de transparencia. B) Segunda fase (2019-2024): decisiones excepcionales, basadas en conocimientos especiales o empleos jurídicos o financieros del consumidor: delimitando la “persona con conocimiento experto en este tipo de contratos”. 4. Contraste y balance final (¿otras opciones?). V. Argumentos a favor del control objetivo de transparencia basado en el consumidor medio y propuestas alternativas. 1. Justificación. 2. Alternativas doctrinales. A) El control subjetivo del consentimiento por error o dolo incidental B) El estándar más proteccionista del consumidor vulnerable frente al estándar medio. VI. ¿Ha de mantenerse? (Conclusiones de la AG en el asunto C-450/22, 18.1.2024): el control abstracto y objetivo a prueba de acciones colectivas, complejidad, número, circunstancias y tiempo. VII. Otra vuelta de tuerca para el consumidor medio desde las prácticas comerciales desleales (Conclusiones del AG en el asunto C-646/22, 25.4.2024): la “racionalidad limitada”. VIII. Conclusión.

I. *Gratulatio*

1. Participo con sumo agrado en este número-homenaje al prof. Dr. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, a quien dedico con todo cariño y admiración este ensayo. Lo hago con la alegría de quien tuvo la temprana fortuna de conocer al profesor en el aula durante los años de formación y de quien ha compartido una larga amistad con él desde hace más de tres décadas. El prof. Calvo Caravaca es un universitario cabal, dedicado, profundo, un modelo de lo que debe ser un investigador y un docente de la auténtica Universidad, un universitario ejemplar. Alfonso, además, posee una cercanía, calor y luminosidad que confortan y alborozan en cualquier momento, en todo momento. Por todo ello, querido profesor Calvo Caravaca, querido Alfonso, felicitación y parabien al llegar a esta edad jubilar. Nos congratulamos también de la extensa vida universitaria que te espera fuera de la función pública. No habrá holganza, a buen seguro.

2. Al pensar en el tema adecuado para este homenaje, habiendo tratado el prof. CALVO CARAVACA en diversas ocasiones la contratación de consumo con atención a la jurisprudencia del TJUE¹ y habiendo

¹ CALVO CARAVACA, A.-L., “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, 12,1, 2020, pp. 86-96 (disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5181>); CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contratos internacionales de consumo”, en CALVO CARAVACA,

publicado por mi parte en los años iniciales de estos CDT, que con primor él creó y elevó, una contribución sobre el concepto de consumidor², he creído idóneo abordar un aspecto crucial de ese concepto que se encuentra precisamente en un momento de delicada transición.

II. Planteamiento (en tiempos de posible mudanza)

3. Uno de los aspectos cruciales para la verificación y operatividad del llamado control de transparencia “material” de las cláusulas no negociadas insertas en contratos de consumo es el *punto de vista que el juez haya de adoptar* al efecto. Desde la misma génesis jurisprudencial de ese nuevo control (inferido inicialmente del art. 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y, desde 2019, explicitado parcialmente en el art. 83 §2 TRLGDCU)³, el Tribunal Supremo (TS) declaró en su constituyente STS 241/2013, de 9 de mayo, al pronunciarse en relación con una acción colectiva, que “como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del ‘error propio’ o ‘error vicio’”⁴, ha de tenerse en cuenta el canon objetivo que supone el consumidor medio, informado, razonablemente atento y perspicaz y no, por tanto, el concreto consumidor afectado y sus específicos conocimientos o experiencia obtenidos fuera de la relación de consumo de que se trate. Nuestro Tribunal Supremo ha reiterado ese canon abstracto y objetivo también en numerosas sentencias derivadas de acciones individuales, con algunas dudas e inclinaciones hacia una evaluación subjetiva en sentencias que cabe calificar, hasta la fecha, de puntuales y marginales ante casos extremos⁵, las cuales, desde luego, no han cambiado la citada jurisprudencia consolidada⁶.

4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha mantenido invariablemente el estándar objetivo apegado al consumidor medio y ha desvinculado el control de transparencia de los concretos conocimientos, profesión o experiencia del consumidor incluso en ese tipo de casos extremos (empleado de banca o abogado especializado que solicita préstamo con cláusulas no transparentes o abusivas)⁷, si bien ha ido introduciendo, especialmente en los dos o tres últimos años, precisiones del máximo interés que a veces han pasado desapercibidas por el carácter mediático y trascendental de algunos fallos de los

A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2022, pp. 3437-3523; CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Cross-border consumer contracts”, en CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *European Private International Law*, Comares, Granada, 2022, pp. 323-337. También en obras colectivas en común: CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Reglamento Roma II sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: Arts. 5 y 6”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 2355-2363; CALVO CARAVACA, A.-L., “El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: Arts. 6 y 11.4”, en CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, cit., pp. 2367-2395.

² CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de ‘consumidor’ en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, 3.1, 2011, pp. 84-117 (disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1068>).

³ Art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU); *vid.* también art. 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC). Ambos modificados por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).

⁴ § 210 de la STS 9 mayo 2013, que incluye referencia a la STS 406/2012, de 18 de junio, donde aún no se acuñó explícitamente el carácter “abstracto” del control en esos términos, pero sí se consideraron sus diferencias con el error vicio del consentimiento, el cual, como indicó la STS de 2012 (FD 4.3), tiene unos requisitos (esencialidad, excusabilidad) “de difícil prueba en el presente caso”, que partía de la acción individual de unos prestatarios.

⁵ Cfr. STS 605/2019, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3528), con cita de la STS 367/2017, de 8 de junio. También, en particular, STS 658, 2024, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2544). *Id. infra*, apartado IV.3.B.

⁶ *Ad ex.*, STS (Pleno) 418/2023, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1068), FD 7.12 y 7.32.

⁷ Elocuentes de ambas situaciones, respectivamente, la STJUE 21 septiembre 2023, C-139/22, *AM y PM vs. mBank S.A.*, ECLI:EU:C:2023:692, §§ 66-67, y la STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, *Horaŝiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:538, §§ 28-34. La cristalización del canon objetivo del consumidor medio en la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas abusivas se produjo después de la citada STS 9 mayo 2013, en concreto, en la STJUE 30 abril 2014, C-26/13, *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai vs. OTP Jelzálogbank Zrt.*, ECLI:EU:C:2014:282, § 74.

que se han destacado otras cuestiones. Desde la doctrina española –no tanto desde la de otros Estados miembros–, algunas voces autorizadas han abogado por cambiar el paradigma y realizar una evaluación subjetiva del consentimiento del concreto consumidor afectado⁸. En la base de esta propuesta está, en definitiva, una suerte de impugnación del fundamento último del control de transparencia⁹ que, a mi juicio, con toda corrección el TJUE (y el TS) cifran en el cumplimiento por el empresario de unos deberes de información reforzados que permitan al consumidor alcanzar la comprensión de la carga jurídica y económica de los elementos esenciales del contrato que celebran y, a la postre (art. 5.1 Directiva 93/13), de todas las cláusulas a las que se adhirieron sin poder negociarlas. Estas propuestas, por tanto, pretenden desplazar el fundamento de la transparencia desde la comprobación de que se cumplieron unos deberes empresariales (para garantizar un mercado transparente y competitivo) hacia una evaluación de la formación de cada concreto consentimiento contractual (con el característico remedio nacional del error-vicio).

5. Recientemente, el Tribunal Supremo, acuciado por el carácter difícilmente gobernable desde un punto de vista procesal de una acción colectiva planteada por una asociación de consumidores contra nada menos que un centenar de entidades financieras y, acaso también valorando si el control objetivo de transparencia es el más adecuado para algunos casos particulares, planteó una cuestión prejudicial (ATS de 29 de junio de 2022) que, de momento, ha recibido las *Conclusiones de la Abogada General (AG) L. MEDINA presentadas el 18 de enero de 2024 en el asunto C-450/22 (Caixabank et al.)*; en ellas, en esencia, se mantiene el canon objetivo basado en el consumidor medio tanto para acciones individuales como colectivas sobre transparencia de cláusulas contractuales, con independencia del número de consumidores afectados, de entidades demandadas o del tiempo transcurrido. Dado que, hasta la fecha, es el análisis más detallado que se ha hecho del empleo del concepto de “consumidor medio” en el régimen de las cláusulas abusivas en un procedimiento prejudicial ante el TJUE, a la espera de la sentencia en el momento de escribir, es pertinente considerar sus argumentos y matices, y también examinar las antes indicadas precisiones del TJUE en decisiones previas, muchas de ellas no abordadas en las citadas Conclusiones por ir más allá de lo planteado.

6. Además, este escenario temporal de posibles cambios de paradigma o de consolidación del existente con nuevos matices se ve, a su vez, agitado y doblemente cuestionado (o refrendado) desde el ámbito de la normativa propia de las prácticas comerciales desleales, que es donde se acuñó el estándar del “consumidor medio” antes de extrapolarse al régimen de la transparencia propio de la normativa sobre cláusulas abusivas. En efecto, *el 25 de abril de 2024 se han presentado las muy interesantes Conclusiones del Abogado General (AG) N. EMILIOU en el asunto C-646/22 (Compass Banca SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)*, en las que se propone una revisión de los perfiles de la noción del “consumidor medio”, tal como se ha entendido hasta ahora, esto es, equiparado en cierta forma al *homo economicus* racional y perspicaz, para dar entrada a los matices que introduce la “teoría de la racionalidad limitada” introducida por diversos estudios empíricos basados en los sesgos cognitivos del consumidor desde las ciencias estudiosas del comportamiento humano (*behavioural economics*).

7. Por lo tanto, en este tiempo de posible mudanza, a la espera de dos sentencias que pueden resultar trascendentales y con independencia de si remueven cimientos o si los consolidan sin añadir novedad, es el momento adecuado para volver a pensar el fundamento y configuración del control de transparencia del clausulado no negociado, con el contexto y perspectiva adecuados. El título de esta contribución ya anticipa la posición de quien esto escribe. El contexto en el que ha de incardinarse esta reflexión es el siguiente: 1) El origen (y evolución) del concepto de “consumidor medio” en el marco de la jurisprudencia relativa a la publicidad ilícita y el etiquetado de productos y su consagración en la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales¹⁰, en la medida

⁸ *Vid. infra*, apartado V.

⁹ Sobre ello, *infra*, apartado V.

¹⁰ Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DO 2005, L 149, p. 22 y ss.).

sintética necesaria para apreciar los cambios que podrían producirse en 2024 (*infra*, apartado III). 2) Dado que ni la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas ni otras Directivas propias del Derecho contractual de consumo acogen normativamente otro concepto legal que el de “consumidor” sin más adjetivos ni precisiones que ser “toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” (v. *gr.*, así, art. 2.b Directiva 93/13), ha de examinarse cuándo, por qué y cómo la jurisprudencia del TJUE ha empleado esa acotación, el canon del “consumidor medio”, en el entorno de estas otras Directivas y, señaladamente, en la de cláusulas abusivas y cómo ha ido evolucionando tanto la jurisprudencia del TJUE como la del TS al respecto (apartado IV), para a continuación evaluar si este proceder está justificado, qué críticas puede merecer o qué alternativas existen (apartado V). Acto seguido, se estará en condiciones de valorar los argumentos con los que la AG del asunto C-450/22 (*Caixabank*) sugiere al TJUE resolver la cuestión prejudicial planteada por nuestro Alto Tribunal (apartado VI), teniendo presente que la noción europea de “consumidor medio” podría sufrir una importante reconfiguración en función de la decisión que adopte el TJUE en el asunto C-646/22 (*Compass Banca*) –dada la conexión entre el régimen de las prácticas comerciales desleales y las cláusulas abusivas, como en su día ya pusiera de relieve la STJUE de 15 de marzo de 2012 (*Pereničová*)¹¹–, según los novedosos planteamientos del AG presentados en abril de 2024 (apartado VII). Esta contribución finalizará con unas conclusiones que pretenden reafirmar lo abonado de mantener el canon objetivo ligado al consumidor medio, con una serie de precisiones y propuestas teniendo presente la jurisprudencia existente y el contexto expuesto (apartado VIII).

III. Origen y desarrollo de la noción legal de “consumidor medio” (TJUE y Directiva 2005/29/CE)

1. La jurisprudencia europea que acuñó el concepto y sus ámbitos iniciales (publicidad, etiquetado, marcas)

8. Es bien conocido que la noción de “consumidor medio” (“*average consumer*”) surgió en el Derecho privado europeo por vía jurisprudencial en la década de 1990. Las primeras Directivas comunitarias de protección de consumidores, como la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre, sobre publicidad engañosa¹² o las normas de etiquetado de productos, sobre las que, a la postre, versó esta jurisprudencia pionera, no contenían ninguna referencia al respecto. Con algunos antecedentes que recogían las bases conceptuales después desarrolladas (como, remotamente, la STJCE de 20 febrero 1979 [*Rewe/Cassis de Dijon*] y, con más nitidez, las SSTJCE de 16 de enero de 1992 [*Nissan*], de 28 de enero de 1992 [*Ter Voort*] o de 6 de julio de 1995 [*Mars*])¹³, la primera formulación explícita, repetida hasta

¹¹ STJUE 15 marzo 2012, C-453/10, *Pereničová y Perenič vs. SOS financ spol. s r. o.*, ECLI:EU:C:2012:144.

¹² Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DOCE n° 250, de 19 de septiembre de 1984, pp. 17-20).

¹³ STJUE 20 febrero 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42 (cfr. los §§ 12 y 13 sobre las incipientes menciones al vínculo con las prácticas comerciales desleales y la defensa del consumidor al fijar grados alcohólicos mínimos de ciertas bebidas o la fijación de un estándar en cuanto a graduación alcohólica para mayor transparencia de las ofertas al público); STJUE 16 enero 1992, C-373/90, *Nissan*, ECLI:EU:C:1992:17, §§ 15 y 16 sobre la importancia del estándar del “número significativo de consumidores a los que va dirigida la citada publicidad” sobre vehículos que se hubiesen visto influidos en la decisión de comprar (el AG TESAURO se había referido a que el “consumidor medio –que me empecino en considerar como no carente de discernimiento–” realiza una comparación seria de precios, informándose, y recordaba el AG la máxima *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt* (§ 9 de las Conclusiones presentadas el 24 octubre 1991, ECLI:EU:C:1991:408, § 9); STJUE 28 enero 1992, C-219/91, *Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, ECLI:EU:C:1992:414, § 26 en que se recalca, en relación con normativa de productos farmacéuticos, que determinadas indicaciones en un folleto anunciador de tisanas podrían “hacer aparecer el producto como medicamento a los ojos de un consumidor medianamente informado”; STJUE 6 julio 1995, C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V. vs. Mars GmbH*, ECLI:EU:C:1995:224, § 24, donde aparece por vez primera la mención a algo próximo al canon final, aún sin todos sus rasgos: “los consumidores razonablemente informados (*‘reasonably circumspsect consumers’*) deben saber que no existe necesariamente un nexo entre el tamaño de las menciones publicitarias relativas a un aumento de la cantidad del producto y la importancia de dicho aumento”.

la actualidad, tuvo lugar en la STJCE de 16 de julio de 1998 (*Gut Springenheide*)¹⁴ al hilo de la posible inducción a error a los consumidores alemanes por las expresiones utilizadas en etiquetado de un alimento. Según el § 37 de esta sentencia, “el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que (...) se presume en un *consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”; y añadió que el Derecho comunitario no se opone a la posibilidad de ordenar sondeos de opinión o dictámenes periciales, si el juez tropezara con dificultades especiales, pues el órgano judicial debe ser capaz de determinar si una práctica induce a error al consumidor medio aplicando su propio criterio.

9. Esta enunciación, que interrelaciona dos elementos en la noción de consumidor medio¹⁵, esto es, la *información* recibida y la *actitud* en la recolección de dicha información, tamizados por dos adverbios que apelan también a una media prudencial (“normalmente”, “razonablemente”), que no estadística, implica una cierta diligencia y proactividad, sin que de ahí pueda inferirse propiamente, como ya subrayaron los primeros analistas de esta jurisprudencia, una obligación de informarse por sus propios medios ni de “realizar una investigación exhaustiva, aunque ello no justifique una completa pasividad o falta de interés”¹⁶ (como veremos, la afirmación de la dispensa de investigación –incluso de “investigación jurídica”– por parte del consumidor medio ha resurgido con fuerza en la famosa STJUE de 13 de julio de 2023, *Banco Santander*, sobre la transparencia del IRPH)¹⁷.

10. Entre las principales sentencias que refrendaron el estándar del consumidor medio, matizado con los dos elementos de estar “normalmente informado” (posibilidad de acceso a la información, cognoscibilidad, en definitiva) y de ser “razonablemente atento y perspicaz” (actitud que descarta pasividades negligentes o credulidades excesivas), cabe mencionar la STJCE de 28 de enero de 1999 (*Kessler*) que evaluó el riesgo de confusión publicitaria de un vino espumoso a partir de ese consumidor medio¹⁸; la STJCE de 13 de enero de 2000 (*Estée Lauder*) que dictaminó que, en relación con una crema antiarrugas, la publicidad no parecía engañosa en el sentido de dar la impresión de un efecto duradero similar a un *lifting* quirúrgicamente practicado (pese al empleo del término anglosajón), de modo que el consumidor medio en Alemania probablemente no obtendría una conclusión distinta de los consumidores de otros Estados miembros, tras verificarse “si los factores sociales, culturales o ticos podían justificar” otra solución¹⁹; la STJCE de 4 de abril de 2000 (*Darbo*), que aplicó el estándar del consumidor medio con los dos requisitos indicados a la valoración de lo que cabía entender por productos “puramente naturales” en una confitura, pues “los consumidores que deciden la adquisición de un producto en función de la composición de éste leen previamente la lista de ingredientes”²⁰ (reafirmando así el estándar de diligencia propio del consumidor medio); también apelaron a ese estándar la STJCE de 21 de junio de 2001 (*Hallmark Act*) sobre indicaciones en milésimas relacionadas con metales preciosos²¹ o la STJCE de 24 de octubre de 2002 (*Linhart*), respecto a la percepción relativa a la expresión “controlado mediante análisis dermatológicos” en el envase de jabones y productos capilares, entre otras varias sentencias previas (y, naturalmente, posteriores) a la Directiva 2005/29/CE la cual, por su trascendencia para este ensayo, se analizará ahora.

¹⁴ STJCE de 16 de julio de 1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH vs. Rudolf Tusky*, ECLI:EU:C:1998:369, §§ 31 y 37, en relación con la interpretación del art. 10.2.e) del Reglamento (CEE) 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos (DO, L 173, p. 5).

¹⁵ Así ya GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción del consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17, 2004, pp. 47-82, en especial, p. 63 y ss.

¹⁶ GONZÁLEZ VAQUÉ, *ibidem*, p. 64.

¹⁷ STJUE 13 julio 2023, C-265/22, *ZR y PI vs. Banco Santander S.A.*, ECLI:EU:C:2023:578, § 60: *vid. infra* su reproducción en IV.2.C.

¹⁸ STJCE 28 enero 1999, C-303/97, *Verbraucherschutzverein eV vs. Sektellerei G. C. Kessler GmbH und Co.*, ECLI:EU:C:1999:35, §§ 36-38.

¹⁹ STJCE 13 enero 2000, C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG vs. Lancaster Group*, ECLI:EU:C:2000:8, § 29. El Tribunal, no obstante, deja abierta la puerta a esas diferencias de percepción de consumidores nacionales de Estados miembros distintos por razones lingüísticas, sociales y culturales, como también sostuvo en la STJCE 26 noviembre 1996, C-313/94, *F.lli Graffione SNC vs. Ditta Fransa*, ECLI:EU:C:1996:450, § 22.

²⁰ STJCE 4 abril 2000, C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV vs. Adolf Darbo AG.*, ECLI:EU:C:2000:184, § 22.

²¹ STJCE 21 junio 2001, C-30/99, *Comisión de las Comunidades Europeas vs. Irlanda*, ECLI:EU:C:2001:346, § 32.

11. Pero antes conviene apuntar que la *vis expansiva* del estándar del consumidor medio así configurado, en esencia, en el contexto de la Directiva sobre publicidad engañosa y las normas sobre etiquetado e indicaciones informativas de diversos productos, siguió produciéndose, igualmente por vía jurisprudencial, antes de cualquier rastro normativo, en relación con el *Derecho de marcas*²². En ese ámbito, la figura del consumidor medio se ha empleado esencialmente para valorar el riesgo de confusión entre marcas, pero también para dictaminar sobre la existencia de carácter distintivo en la marca o el perjuicio causado al carácter distintivo comprobado, así como para acreditar la existencia de renombre en la marca anterior. La traslación de la jurisprudencia antes citada a este ámbito se produjo primero solo con apelación a la noción de “consumidor medio”, sin más requisitos, para interpretar el inciso del art. 4.1 de la Directiva de 21 de diciembre de 1988, de que “exista *por parte del público* un riesgo de confusión”; la STJCE de 11 de noviembre de 1997 (*Sabel*)²³ utilizó la noción citada y dejó entrever que el tipo de producto puede incidir en el tipo de consumidor medio. Fue ya la STJUE de 22 de junio de 1999 (*Lloyd*)²⁴ la que empleó el sintagma de la jurisprudencia anterior en toda su extensión y requisitos. A partir de ahí el TJUE lo reiteró en numerosas ocasiones en el ámbito marcario²⁵, adaptándolo también al ámbito digital, hasta hablar del “internauta normalmente informado y razonablemente atento” o al “*internauta medio*” que indaga en un buscador a partir de palabras clave que se corresponden con marcas (STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France*)²⁶. Por obvia conexión, la figura del consumidor medio fue ulteriormente empleada por la jurisprudencia relativa a la protección de indicaciones geográficas y denominaciones de origen de productos alimenticios (Reglamento [CE] n.º 510/2006, de 20 de marzo); en este ámbito cabe mencionar incluso que se ha llegado a acuñar la noción del “*consumidor medio europeo*” (STJUE de 2 de mayo de 2019, *Queso manchego*)²⁷, §§ 45 y 47).

2. La plasmación del concepto en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (el consumidor medio y el vulnerable)

12. Siguiendo ahora con el recuento cronológico y contextual emprendido, procede señalar que tras esa jurisprudencia creativa de los años 90 propia de la normativa sobre, fundamentalmente, publicidad engañosa, etiquetado y marcas, el canon del “consumidor medio” tuvo finalmente reconocimiento y asidero legislativo en la *Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales*. Sin embargo, es importante resaltar que ni esta Directiva ni la aprobada un año después, la Directiva 2006/114/CE, de

²² Al respecto, por todos, DALGAARD LAUSTSEN, K., *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions*, Springer, Cham, 2020. Vid. también, con repaso jurisprudencial y reflexiones ajustadas a la nueva realidad tecnológica, CERNADAS LÁZARE, M., “La incidencia de la inteligencia artificial en la figura del consumidor medio y la apreciación del riesgo de confusión”, en GARCÍA PÉREZ, R., CERNADAS LÁZARE, M. (dirs.), *El derecho de marcas y de la competencia ante las tecnologías de vanguardia*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2023, pp. 147-165.

²³ STJCE 11 noviembre 1997, C-252/95, *Sabel BV vs. Puma AG, Rudolf Dassler Sport*, ECLI:EU:C:1997:528, § 23: “la percepción de las marcas que tiene el consumidor medio del tipo de producto o servicio de que se trate tiene una importancia determinante en la apreciación global del riesgo de confusión. Pues bien, el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo (...)” (cursivas añadidas).

²⁴ STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH vs. Klijsen Handel BV*, ECLI:EU:C:1999:323, § 26.

²⁵ *Ad ex.*, entre las primeras sentencias, SPICE 18 junio 2002, *Phillips-Van Heusen Corp. vs. OAMI*, ECLI:EU:T:2003:264; o STJCE 3 septiembre 2009, C-498/07, *Aceites del Sur-Coosur, S.A y Koipe Corporación, S.L. vs. OAMI*, § 74 y ss. (cfr. § 49 sobre las alegaciones del TPI sobre que el “consumidor español medio de aceite de oliva [tiene] el perfil de un consumidor descuidado e irreflexivo y no el de un «consumidor medio normalmente informado...», alegaciones que el TJUE considera, § 79, “manifestamente inadmisibles”).

²⁶ STJUE 23 marzo 2010, C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL y Google Inc. Vs. Louis Vuitton Malletier SA* y otros casos acumulados, ECLI:EU:C:2010:159, respectivamente, §§ 84 y 90, por un lado, y § 99, por otro lado.

²⁷ STJUE 2 mayo 2019, C-614/17, *Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego vs. Industrial Quesera Cuquerella, S.L., Juan Ramón Cuquerella Montagud*, ECLI:EU:C:2019:344, §§ 45 y 47: “el concepto de *consumidor europeo medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*, debe interpretarse de tal manera que se garantice en cualquier parte del territorio de la Unión una protección efectiva y uniforme de las denominaciones registradas frente a toda evocación” (énfasis añadido).

12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y comparativa²⁸ –que derogaría y reemplazaría la inicial Directiva 84/450/CEE sobre la que versaron los fallos judiciales pioneros–, ninguna de ellas ofreció una definición del “consumidor medio” en el elenco de definiciones que contiene su articulado; de hecho, la Directiva 2006/114 ni siquiera menciona el concepto en sus considerandos, como sí lo hace la Directiva 2005/29. La razón de esa ausencia de definición expresa en el articulado –que sí figuraba en la Propuesta de Directiva de 2003– parece estar, para el Consejo, en la preocupación de que esa definición “pudiese impedir la evolución de este concepto en consonancia con la jurisprudencia del TJCE” y para el Comité Económico y Social Europeo, pese a la mención de “grupos más vulnerables”, en que “puedan quedar desprotegidos los consumidores menos informados o los que tengan un nivel de educación más bajo”²⁹.

13. Como se puede apreciar, estas manifestaciones, unidas al nivel de exigencia no menor sobre los rasgos que adornan al consumidor medio según la jurisprudencia del TJUE, esto es, como una persona racional y con un grado de diligencia medio, suponen un estándar de diligencia superior al que se exige a un simple consumidor, sin adjetivos (el de la mayoría de Directivas de protección de consumidores), cuando la protección se dispensa sólo al consumidor medio³⁰, como ocurre al aplicar ese canon al control de transparencia de las cláusulas no negociadas; queda así anticipado este argumento frente a los detractores del enfoque objetivo de la transparencia y sus posibles argumentos acerca del beneficio que obtienen los consumidores más avezados, con más experiencia y conocimientos que la media, sin tener presente los que, por el lado contrario, por menos experimentados o atentos, quedan fuera de protección.

14. Las principales referencias de la Directiva 2005/29/CE al asunto que nos ocupa se encuentran en los considerandos 18 (consumidor medio) y 19 (consumidores vulnerables) y en los artículos 5 a 8 de la Directiva, que toman en consideración estas nociones al definir las prácticas comerciales desleales (art. 5), las acciones engañosas (art. 6), las omisiones engañosas (art. 7) y las prácticas comerciales agresivas (art. 8)³¹. En efecto, el considerando 18 se refiere a la jurisprudencia del TJCE sobre los casos de publicidad de la Directiva 84/450/CEE como estudiosa de “la figura teórica del consumidor típico”; acto seguido afirma que la nueva Directiva 2005/29 “*toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales*”. Como se puede apreciar, el considerando 18 afina los factores que han de tenerse en cuenta para ese perfilado medio y da entrada a la categoría más protegida de los consumidores vulnerables, que acaba conceptualizando como una suerte de subgrupo dentro de los consumidores medios; al referirse a prácticas comerciales dirigidas a un grupo concreto de consumidores, como los niños, la práctica debe evaluarse “*desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo*”, en definitiva, puede interpretarse como un consumidor medio dentro del grupo (vulnerable) al que va precisamente dirigida la práctica. Será el considerando 19

²⁸ Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE n° 376, 27.12.2006, pp. 21-27).

²⁹ Sobre esta cuestión y el detalle y cita de los textos prelegislativos, me remito a CAMACHO PEREIRA, C., *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad en el contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 161-162, n. 169.

³⁰ Esto es, cuando este haya de ser el titular de un derecho subjetivo dispensado por una norma y no meramente el parámetro con el que enjuiciar si se han cometido infracciones de la normativa que protege la competencia legal, la publicidad lícita, las denominaciones de origen o las marcas, cuya orientación primordial es depurar el mercado y proteger a empresarios frente a actuaciones ilícitas de otros empresarios, por más que supongan también una protección indirecta de los consumidores.

³¹ Idénticas referencias se encuentran en la norma española de transposición, esto es, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) y, en particular, sus correspondientes artículos 4, 5, 7 y 20 en relación con prácticas comerciales y publicidad dirigida a los consumidores. Sin embargo, el articulado de la LCD explícitamente contempla ya la categoría de los “consumidores vulnerables”, trasvasando las ideas de los considerandos de la Directiva 2005/29. Así, el art. 4.3 LCD contempla las prácticas comerciales susceptibles de distorsionar “*el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo*”.

el que concrete cuáles son las vulnerabilidades que delimitan grupos específicos en los que habrá que encontrar quiénes son los consumidores medios:

“Cuando determinadas características como *la edad, una dolencia física o un trastorno mental o la credulidad* hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea *susceptible de distorsión* merced a la práctica en cuestión *en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente*, debe garantizarse que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario *que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de ese grupo*” (énfasis añadido).

15. Finalmente, el considerando 18 aporta otra idea crucial, que la jurisprudencia posterior empleará (cfr. *infra* apartado VI en relación con las afirmaciones de la AG en el asunto C-450/22, § 46): “*La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística*. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto”.

16. En el articulado de la Directiva 2005/29 se hace uso de la categoría desde la misma definición de lo que se considera una práctica desleal (art. 5): si, contra la diligencia profesional, distorsiona o puede distorsionar de manera desleal “el comportamiento económico del *consumidor medio* al que afecta o al que se dirige la práctica, o del *miembro medio del grupo*, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”. La referencia, ya solo al consumidor medio, vuelve a encontrarse en la descripción de las “acciones engañosas” (art. 6.1), esto es, la práctica comercial que contenga información falsa o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, “induzca o pueda inducir a error al consumidor medio”; asimismo al delimitar las “omisiones engañosas” (art. 7.1), que son las que omiten “información sustancial que necesite el consumidor medio”; y al describir las “prácticas comerciales agresivas” (art. 8), que incluyen “el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto”.

17. De todo ello cabe colegir que el consumidor protegido frente a las prácticas comerciales desleales viene a ser este consumidor medio³² (incluido el medio de un grupo vulnerable al que se dirige en particular una práctica) y no cualquier consumidor en general. Y, como pone de relieve tanto la doctrina europea³³ como la nacional³⁴, se trata de un estándar elevado, exigente, no paternalista, cifrado en un consumidor atento y racional, al que se le pide una actitud informada sobre lo que va a contratar, ni descuidado ni excesivamente crédulo, que lee las instrucciones y compara precios y características principales de los productos y servicios antes de contratar y que, a la postre, confía en su propio juicio para proteger sus intereses. De alguna manera, el estándar del consumidor medio vendría a equipararse con el llamado *homo economicus*, el cual –según las ciencias económicas clásicas y liberales–, con la racionalidad que cabe presumirle, ha de ser también un eficiente operador en el mercado³⁵. De ahí que la política legislativa de protección de los consumidores haya apostado durante décadas por el eje central de un suministro completo, reforzado y transparente de información a los consumidores.

18. Cuestión distinta, que hace replantearse cuál es el auténtico contorno actual del consumidor medio³⁶, es que los estudios científicos de los últimos años hayan demostrado empíricamente las dis-

³² TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La figura del ‘consumidor medio’: un estándar judicial europeo con reconocimiento legal”, en GARCÍA RUBIO, M. P., MORESO, J. J. (Dirs.), *Conceptos multidimensionales del derecho*, Reus, Madrid, 2020, pp. 693-716, en especial, p. 699.

³³ VAN BOOM, GARDE, A., AKSELI, O. “Introduction”, en ID. (Dirs.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Routledge, London, 2004, p. 6; cfr. HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., WILHELMSSON, T., *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, London, 2017, pp. 151-152.

³⁴ CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, p. 165; TOMÁS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 703-704 y 706.

³⁵ PICHONAZ, P., “Information Duties”, en MICKLITZ, H.-W., TWIGG-FLESNER, C. (Dirs.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Hart, Oxford, 2023 p. 88.

³⁶ *Infra*, apartados VII y VIII.

funciones del modelo informativo, los sesgos cognitivos y la facilidad de manipulación del consumidor medio (transformado en *homo heuristicus*), especialmente en el contexto digital de nuestros días. Algunas SSTJUE más recientes, al aplicar la Directiva 2005/29/CE han comenzado, de hecho, incipientemente, a tomar en consideración los sesgos cognitivos que pueden explotar algunas prácticas: así la STJUE de 18 de octubre de 2012 (*Purely Creative*), indica que la práctica 31 del anexo I de la Directiva “*explota el efecto psicológico* provocado por el anuncio de ganar un premio para incitar al consumidor a *efectuar una elección que no siempre es racional*”³⁷. Por su parte, la STJUE de 13 de septiembre de 2018 (*Wind Tre*) apunta que “no parece evidente que un comprador medio de una tarjeta SIM pueda ser consciente, cuando la compra, de que dicha tarjeta contiene de oficio servicios de contestador y de navegación por Internet preinstalados y preactivados capaces de generar gastos adicionales (...) ni tampoco que ese comprador disponga de conocimientos técnicos suficientes para efectuar por sí solo los ajustes necesarios para desactivar en su aparato esos servicios o esas conexiones automáticas”, para acabar subrayando que “en un campo tan técnico como el de las comunicaciones electrónicas de telefonía móvil, no es posible negar que existe una importante asimetría de información y de competencias técnicas entre una y otra parte”³⁸.

19. A la luz de la jurisprudencia clásica y la normativa hasta ahora descrita, en definitiva, el *consumidor medio*, como sintetiza la Guía de 2021 de la Comisión Europea sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 2005/29/CE³⁹ es “una persona razonablemente crítica, consciente y perspicaz en su comportamiento en el mercado”; añade la Comisión Europea que “el consumidor medio no es alguien que solo necesite una pequeña protección por estar siempre en condiciones de obtener la información disponible y de actuar con sensatez basándose en ella. Al contrario, tal como se subraya en el considerando 18, este criterio se basa en el principio de proporcionalidad” y, con arreglo al art. 114 del TFUE, debe suponer un alto nivel de protección de los consumidores; por eso, “una medida nacional que prohíba las declaraciones que solo puedan engañar a un consumidor sumamente crédulo, ingenuo o superficial (por ejemplo, exageraciones) sería desproporcionada y crearía un obstáculo injustificado al comercio”⁴⁰. En cuanto al *miembro medio de un grupo concreto al que se dirige una práctica* (por ejemplo, un producto concreto dirigido sólo a profesionales de un ámbito), la Comisión advierte que “podría tener unas características o conocimientos más específicos que un consumidor medio no tendría por qué poseer, lo que incide directamente en la evaluación de los efectos de la práctica comercial”; “el ‘grupo concreto de consumidores’ debe ser suficientemente identificable, de carácter limitado y homogéneo. Si no se puede identificar un grupo concreto, la evaluación debe centrarse entonces en la referencia general del consumidor medio”⁴¹. En cuanto a los *consumidores vulnerables*, la Guía de la Comisión Europea de 2021 indica que el transcrito considerando 19 contiene “una lista no exhaustiva de características que hacen que los consumidores sean ‘especialmente sensibles’” y el concepto de vulnerabilidad “engloba asimismo las vulnerabilidades dependientes del contexto”⁴², que son especialmente graves en el entorno digital⁴³.

³⁷ STJUE 18 octubre 2012, C-428/11, *Purely Creative Ltd et al. vs. Office of Fair Trading*, ECLI:EU:C:2012:651, § 38: elecciones poco racionales como llamar a un teléfono con tarificación incrementada para informarse, desplazarse costosamente o pagar unos gastos de entrega de un libro que ya posee, añade la sentencia.

³⁸ STJUE 13 septiembre 2018, C-54/17 y C-55/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vs. Wind Tre y Vodafone Italia*, EU:C:2018:710, §§ 52 y 54.

³⁹ COMISIÓN EUROPEA (Comunicación), *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, 2021/C 526/01, DOUE 21.12.2021, C 526, en especial, p. 33 y ss.

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE...*, cit., p. 33.

⁴¹ *Idem*, p. 34. Téngase en cuenta esta precisión para enjuiciar las alegaciones presentadas por las entidades bancarias y los argumentos del propio Tribunal Supremo en la cuestión prejudicial del asunto C-450/22 (*Caixabank*), pendiente de resolución, sobre el carácter variopinto de los múltiples consumidores afectados por similares cláusulas suelo como dificultad para realizar el control de transparencia.

⁴² *Idem*, p. 35, apartado 2.6. Apréciase que el documento afirma que a los consumidores considerados miembros de esos cuatro grupos enumerados en el art. 5.3 “se les debe brindar un nivel de protección más elevado que al ‘consumidor medio’ al que se refiere el artículo 5, apartado 2”; afirmación esta en liza y contradicción con el considerando 34 de la Directiva 2011/83 (*vid. infra*).

⁴³ Al respecto, véanse las interesantes consideraciones de la *Guía* citada en las notas anteriores (en especial, pp. 99-102, apartado 4.2.7) sobre la manipulación digital mediante patrones oscuros o las prácticas de persuasión personalizada basadas

20. En definitiva, a modo de cierre, el Derecho de consumo de la Unión Europea cuenta en realidad con varias nociones o imágenes del consumidor⁴⁴ que, como mínimo, pueden clasificarse en tres:

- a) *El “consumidor” (sin adjetivos)*, identificado con la *parte contractual débil* necesitada de protección jurídica por su situación de desigualdad, inferioridad o desventaja (informativa, negociadora, etc.) en sus relaciones con contratantes empresarios, el cual normativamente viene definido, en prácticamente todas las Directivas sobre Derecho contractual de consumo, como la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Anticipemos que en el contexto de la Directiva de protección contractual por antonomasia, la relativa a cláusulas abusivas, según correctamente explicita la Comisión Europea, “la noción de ‘consumidor’ es objetiva y refleja una posición típicamente más débil como contraparte del profesional, entendiendo que el conocimiento y la experiencia superiores de un determinado consumidor no impiden a dicha persona considerarla un ‘consumidor’ a los efectos de la Directiva 93/13/CE”⁴⁵. Esta afirmación, en principio, es válida para todos los remedios derivados de la Directiva, se hable de abusividad o se hable de transparencia.
- b) *El “consumidor medio”*, identificado hasta ahora con el *homo economicus*, racional, caracterizado como un consumidor reflexivo y poco crédulo, delimitado con un estándar medio y no bajo (no cualquier consumidor descuidado), pero al que se otorga también una alta protección de acuerdo con los postulados del TFUE.
- c) *El “consumidor vulnerable”*, del cual la doctrina ha señalado que se trata de una variante de la regla general del consumidor medio⁴⁶, que sirve para apreciar si una práctica comercial puede distorsionar el comportamiento económico del miembro medio de ese grupo especialmente vulnerable al que va dirigido el mensaje o al que este alcanza⁴⁷. La noción se introdujo en la Unión Europea para no dejar desasistidas a personas que con una aplicación estricta

en los datos personales previamente recabados. Estas técnicas digitales implican (*op. cit.*, p. 100) que “a efectos de esta evaluación, el valor de referencia de un consumidor medio o vulnerable puede modularse en función del grupo destinatario y, si la práctica es muy personalizada, incluso formularse desde la perspectiva de una sola persona que haya estado sujeta a la personalización específica. Estas prácticas también pueden tener un efecto más significativo en los consumidores vulnerables”; además, “el concepto de vulnerabilidad de la DPCD es dinámico y situacional, lo que significa, por ejemplo, que un consumidor puede ser vulnerable en una situación, pero no en otras.

⁴⁴ LECZYKIEWICZ, D. WEATHERILL, S. (Dir.), *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart, Oxford, 2016. En nuestro país, sobre las nociones de consumidor medio, vulnerable, confiado (Canadá), pobre y real, *vid. HUALDE MANSO, T., Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA (Comunicación), *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), DOUE 27.9.2019, C-323, p. 20 y ss., en especial, pp. 4-92, en concreto, p. 10 (apartado. 1.2.1.1).

⁴⁶ *Vid.*, ad ex., CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, p. 170, con cita de MASSAGUER FUENTES. Sobre las dudas que plantea la categoría, recientemente, TOMÁS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 708 y ss., quien apunta razonablemente que si un producto va dirigido a un grupo de consumidores (v. gr., personas mayores) el consumidor medio lo será en relación con este grupo, de manera que en el caso no parecería necesaria la referencia al consumidor vulnerable; o que no está justificado que pueda considerarse vulnerable a toda una categoría de personas (pp. 709 y 711), máxime cuando los estudios han demostrado que la vulnerabilidad viene dada por causas más exógenas que endógenas y por factores transitorios menos ligados a estados físicos, como el estrés, el cansancio o momentos de dolor emocional (p. 712). Sobre el debate del encaje del consumidor vulnerable a partir de la Directiva 2005/29, *vid. ya INCARDONA, R., PONCIBÒ, C., “The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the cognitive revolution”, Journal of Consumer Policy*, 30.1, 2007, pp. 21-38; WILHELMSSON, T., “The Informed Consumer v the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – A Comment”, HOWELLS, G. et al. (Dir.), *The Yearbook of Consumer Law 2007*, Aldershot, Ashgate, 2007, pp. 211-227; STUYCK, J., “The Notion of the Empowered and Informed Consumer in Consumer Policy and How to Protect the Vulnerable Under Such a Regime”, en HOWELLS (Dir.), *The Yearbook of Consumer Law 2007*, cit., pp. 167-186; DUIVENVOORTE, B. B., *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, Cham, 2015, en especial, p. 177 y ss. sobre protección de grupos vulnerables; RIEFA, C., SAINTIER, S. (Dir.), *Vulnerable Consumers and the Law. Consumer Protection and Access to Justice*, Routledge, London, 2020.

⁴⁷ Pues, en efecto, como señala la COMISIÓN EUROPEA (*Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE...*, cit., p. 34) “también es posible que diferentes grupos de consumidores se vean afectados por la misma práctica comercial. Por ejemplo, puede haber un consumidor medio al que afecte o se dirija la práctica (...) y que, al mismo tiempo, esta se dirija a un grupo de consumidores vulnerables. En general, la evaluación debe tener en cuenta a los consumidores realmente afectados por la práctica, con independencia de si se corresponden o no con los destinatarios que el comerciante había previsto”.

del estándar del consumidor medio quedarían excluidas de protección y supone identificar el grupo vulnerable y delimitar quién se puede considerar medio o típico dentro de él. Como es bien conocido, el legislador español introdujo con carácter general en la reforma de 2021 del TRLGDCU la noción de “persona consumidora vulnerable” dentro del concepto legal de consumidor del art. 3 TRLGDCU⁴⁸.

21. Doctrinalmente, existen variadas propuestas de introducir en la legislación de la UE nuevas nociones de consumidor o, al menos, de modular las existentes a la vista de las nuevas vulnerabilidades derivadas de la digitalización, la actividad de los llamados “prosumidores”, en particular, en la nueva economía de las plataformas, y el imperativo del consumo sostenible que genere nuevas responsabilidades en el “consumidor-ciudadano”⁴⁹.

3. Expansión del concepto de consumidor vulnerable (como categoría matizada del consumidor medio) a la normativa europea de genuino Derecho contractual de consumo desde 2019.

22. Tras la Directiva 2005/29, no tanto el estándar del “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, sino el del “consumidor vulnerable” se ha ido implementando en numerosas normas europeas de regulación del mercado interior y defensa de la competencia, como ocurre con las normas relativas a energías, electricidad y etiquetado⁵⁰.

23. En lo que a este ensayo interesa, es central en la construcción del estándar aplicable a quien celebra un contrato de consumo con un empresario, partiendo de la vigente política legislativa de información y transparencia precontractual, examinar las precisiones legislativas y jurisprudenciales que han tenido lugar, sobre todo, desde 2019 para constatar si existe una suerte de patrón transversal europeo, dotado de cierta homogeneidad. Para ello habría que *examinar dos círculos de normas*: por una parte, las tres más generales y de aplicación común en relación con el equilibrio contractual y la transparencia, como son la Directiva 2005/29 sobre prácticas contractuales desleales, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores⁵¹, las cuales tres podrían incluso llegar a aplicarse al mismo contrato. Por otra parte, las Directivas sectoriales sobre contratos concretos o sobre determinadas prestaciones que prestan atención al momento de formación del contrato –cuya normativa sustancial, recuérdese, todas ellas relegan a la legislación nacional sin pretender una armonización europea sobre el consentimiento contractual– y, por lo tanto, cuentan con preceptos relativos a la información contractual y la forma de transmitirla, incluyen obligaciones de transparencia (como también hace la Directiva 93/13).

⁴⁸ Sobre esta reforma, la delimitación del concepto, su naturaleza jurídica *per relationem* con el concepto general del “consumidor o usuario” y bibliografía sobre la materia, me remito a CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentarios al artículo 3 TRLGDCU. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable”, en CAÑIZARES LASO, A., ZUMAQUERO GIL, L. (dirs.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 142 y ss.

⁴⁹ Por todos, con esas tres variables (digitalización, actividad proactiva y sostenibilidad, esto es, “consumidor digital”, “prosumidor” y “consumidor ciudadano”), véanse las propuestas –por ahora algo difusas– que al respecto hace MAK, V., “How Can Consumer Interests be Protected When Consumer Identities are increasingly Diffuse?”, en MICKLITZ, H.-W., TWIGG-FLESNER, C. (Dirs.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Hart, Oxford, 2023, pp. 43-63, en particular, p. 56 y ss., que se debate entre las ventajas de mantener el concepto de consumidor de “talla única” y la oportunidad de reconstruirlo con una perspectiva más “contextualizada”.

⁵⁰ Así, hace una mención al “comportamiento del consumidor medio” el considerando 35 del Reglamento (UE) 2017/1369 de 4 de julio de 2017, por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE (DOUE 198, 28.7.2017). Y regula explícitamente la categoría de los “clientes vulnerables” (llamados “consumidores vulnerables” en el considerando 60) el artículo 28, así como los arts. 5, 58.h y 69, más los considerandos 4, 23, 58 y 86) de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (DOUE, 158, de 14.6.2019).

⁵¹ Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE, L-304, 22.11.2011, p. 64 y ss.).

24. En cuanto al primer conjunto normativo, estudiada la referencia al consumidor medio en la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales y sabiendo que la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas no contiene ninguna referencia a ese estándar (pero sí la jurisprudencia que la interpreta, como veremos en el epígrafe siguiente), es del máximo interés transcribir el considerando 34 de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores:

“El comerciante debe proporcionar al consumidor *información clara y comprensible* antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente. *Al facilitar esa información, el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever.* No obstante, la toma en consideración de estas *necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores*” (énfasis en cursiva añadido).

25. Tres ideas deben resaltarse de este párrafo: en primer lugar, el postulado del deber de proporcionar al consumidor “información clara y comprensible” antes de celebrar cualquier contrato de consumo; dicción que se corresponde con los sintagmas empleados por el legislador europeo en los arts. 4.2 y 5.1 de la Directiva 93/13 sobre la que se ha construido el control de transparencia de las cláusulas no negociadas. En segundo lugar, el legislador de 2011 acoge en sede de protección contractual de los consumidores similares circunstancias de vulnerabilidad, *mutatis mutandis*, a las que contempla la Directiva 2005/29 (considerando 19, antes transcrito) no para indagar cuál sería el consumidor típico medio dentro de ese grupo (aunque a la postre ese haya de ser el canon que guíe las obligaciones del empresario), sino para establecer el deber de facilitar la información de una forma adaptada a esas necesidades (enfermedad, edad o credulidad). En tercer lugar, el legislador europeo establece que la toma en consideración de esas necesidades “no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores”.

26. Sin perjuicio de esta referencia a la vulnerabilidad en la Directiva 2011/83, el TJUE ha hecho uso más bien de la noción del “consumidor medio” al interpretar algunos requisitos informativos de esa Directiva (que no menciona expresamente ese estándar medio). Así en la STJUE de 7 de abril de 2022 (*Fuhrmann*) se indica que “el tribunal remitente deberá comprobar, en particular, si, en alemán, tanto en el lenguaje corriente como para el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, el término «reserva» está asociado necesaria y sistemáticamente al nacimiento de una obligación de pago. En caso negativo, sería preciso declarar la ambigüedad de la expresión «finalizar la reserva»” en la plataforma *Booking*.⁵² En el caso de la STJUE 5 de mayo de 2022 (*absolut-bikes/Victorinox*) una empresa vendía a través de la plataforma *Amazon* una navaja suiza; al no informar de la garantía comercial del productor, el TJUE resuelve que, en búsqueda del equilibrio entre un elevado nivel de protección de los consumidores y la competitividad de las empresas (considerando 4 de la Directiva 2011/83), “el comerciante solo está obligado a facilitar al consumidor información precontractual sobre la garantía comercial del productor cuando el interés legítimo del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, en un nivel elevado de protección debe prevalecer en su decisión de vincularse contractualmente o no con dicho comerciante”⁵³; como se puede apreciar, también en la interpretación de la transparencia precontractual el TJUE emplea el canon del consumidor medio propio de la Directiva 2005/29⁵⁴.

⁵² STJUE 7 abril 2022, C-249/21, *Fuhrmann-2-GmbH vs. B.*, ECLI:EU:C:2022:269, § 33. Sobre la interpretación del botón de reserva, sin empleo del canon del consumidor medio, *vid.* también la STJUE 30 mayo 2024, C-400/22, *VT, UR vs. Conny GmbH*, ECLI:EU:C:2024:436.

⁵³ STJUE 5 mayo 2022, C-179/21, *absolut-bikes and more- GmbH & Co. KG vs. the-trading-company GmbH*, ECLI:EU:C:2022:353, §§ 41, 48 y 53.

⁵⁴ La STJUE 5 mayo 2022 añade que para determinar si la garantía comercial del productor constituye un elemento central o decisivo de la oferta del vendedor (§ 44) es preciso tener en cuenta, entre otros factores (§ 48), “el riesgo de que tal mención pueda inducir a error o a confusión al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz con respecto a los distintos derechos de garantía que pueda ejercer o a la identidad real del garante”. Y acaba ligando estos deberes

27. En cuanto al segundo conjunto de normas de protección contractual, que hemos denominado “sectorial”, cabe mencionar, en primer lugar que la normativa vigente sobre compraventa de bienes y de bienes con elementos digitales y sobre el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales sólo hacen una mención de pasada en sus considerandos al consumidor medio que puede verse en dificultades de usar el bien, contenido o servicio digital por deficiencias en las instrucciones de instalación o integración (respectivamente, considerandos 34 y 50 de las Directivas 2019/771 y 2019/770, ambas de 20 de mayo de 2019)⁵⁵. Como es bien conocido, la división entre “requisitos subjetivos para la conformidad” y “requisitos objetivos”, apela antes a lo que figura en un contrato concreto y a lo que cabe objetivamente esperar cualquier consumidor (“expectativas de los consumidores” *ex* considerando 20 Directiva 2019/770), que a la evaluación subjetiva de lo que puede esperar un consumidor concreto, quien para salir de la expectativa media habrá de haber “sido informado de manera específica de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales [o bienes] se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos” y haber aceptado de forma expresa y por separado esa divergencia (art. 7.5 de ambas directivas). Nada obsta, sin embargo, a que un específico productor pudiera ofrecer una garantía comercial de tintes puramente subjetivos apelando a la satisfacción personal de cada consumidor, en cuyo caso, según la STJUE de 28 de septiembre de 2023 (*BB Sport*) un compromiso de ese tipo “puede abarcar la insatisfacción de las expectativas subjetivas de dicho consumidor con respecto al bien adquirido, independientemente de cualquier consideración objetiva derivada de las características o cualidades de ese bien”⁵⁶.

28. En este grupo de normas sectoriales recientes, algunas siguen tomando en especial consideración la vulnerabilidad por razones de edad (Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre, de modernización u *omnibus*)⁵⁷, otras apelan a la vulnerabilidad ligada a la dificultad de comprender algunos productos financieros y sus riesgos (Directiva 2023/2225, de 18 de octubre, de crédito al consumo)⁵⁸ y otras, finalmente, adoptan un enfoque proactivo frente a las técnicas de manipulación digital mediante los llamados patrones oscuros aplicables al diseño de las interfaces que hacen vulnerable prácticamente a cualquier consumidor digital (así, con menciones a los “consumidores vulnerables”, el Reglamento (UE) 2023/2854, de 13 de diciembre, de datos⁵⁹ o la Directiva 2023/2673, de 22 de noviembre, sobre servicios financieros celebrados a distancia⁶⁰). Esta última Directiva 2023/2673 también adopta expresamente el estándar del “consumidor medio” para evitar que sea inducido a error en el considerando 42 de la Directiva 2023/2673, de 22 de noviembre, sobre servicios financieros celebrados a distancia, en rela-

de información precontractual sobre la garantía comercial dispuestos en la Directiva 2011/83 con los fijados en la Directiva 1999/44/CE.

⁵⁵ Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (*DOUE*, L36, de 22.5.2019, p. 28 y ss.); Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (*DOUE*, L36, de 22.5.2019, p. 1 y ss.).

⁵⁶ STJUE 28 septiembre 2023, C-133/22, *LACD GmbH vs. BB Sport GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2023:710, §§ 28 y 32; ofrecer el reembolso mediante una simple declaración de insatisfacción con el producto está amparado por la libertad de empresa y, en tal caso, “la insatisfacción de las expectativas subjetivas del consumidor respecto a tal bien no puede, por definición, comprobarse de manera objetiva. Por lo tanto, la mera afirmación en este sentido por parte del consumidor debe considerarse suficiente”.

⁵⁷ Considerando 54 de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (*DOUE* L 328, 18.12.2019, p. 7 y ss.): respecto a la comercialización agresiva o engañosa de productos en el contexto de visitas no solicitadas al domicilio del consumidor o de excursiones, señala el considerando que “tales prácticas se dirigen a menudo a *personas de edad avanzada u otros consumidores vulnerables*”.

⁵⁸ Considerando 76 de la Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE (*DOUE* 2225, 30.10.2023, p. 1 y ss.).

⁵⁹ Considerando 38 del Reglamento (UE) 2023/2854, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828

⁶⁰ Considerando 41 de la Directiva (UE) 2023/2673, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE, el cual describe los patrones oscuros y cómo merman o distorsionan la capacidad de los consumidores de tomar decisiones autónomas e informadas, aún sin mencionar la noción expresa de vulnerabilidad.

ción con “prácticas de mercadotecnia de influentes en las plataformas de medios sociales”. Finalmente, otras recientes normas, sin apelar ni al consumidor medio ni al vulnerable velan por introducir mecanismos (como la etiqueta armonizada) para evitar que los consumidores sean inducidos a error y para que puedan comparar correctamente productos y servicios con modificación, precisamente, de las Directivas 2005/29 (prácticas desleales) y 2011/83 (mejor información), como es el caso de la Directiva (UE) 2024/825 de 28 de febrero, sobre el empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica⁶¹.

IV. Extrapolación del estándar del consumidor medio al régimen de las cláusulas abusivas (Directiva 93/13) a efectos del control de transparencia (TJUE y TS).

1. *Ratio*

29. Como ya se ha expuesto, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no contiene referencias a ningún tipo específico de consumidor, más allá del definido genéricamente en su art. 2.b; no hay menciones distintivas ni al destinatario del control de transparencia, ni al parámetro para medir esta. Respecto a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (así como respecto a la relación calidad/precio), el art. 4.2 establece que no se evaluarán como abusivas si están redactadas de manera “clara y comprensible” (de manera que, *a contrario*, como ha interpretado el TJUE, sí podrán ser declaradas abusivas si no superan ese test de transparencia); y en relación con todas las demás cláusulas no negociadas (esto es, las cláusulas accesorias, las que no contienen los elementos esenciales del contrato o *core terms*), el art. 5 de la Directiva contiene la misma exigencia de transparencia⁶².

30. El trasvase del estándar del consumidor medio a la evaluación de la transparencia de las cláusulas no negociadas es un paso natural: por una parte, para conseguir el reequilibrio de la posición de las partes contractuales y mitigar la asimetría informativa y negociadora es crucial que, en la fase previa a la conclusión del contrato, el consumidor disponga de toda la información precontractual necesaria, incluidas las cláusulas no negociadas que regirán su contrato (cognoscibilidad ya enunciada en el considerando 20 de la Directiva)⁶³; por otra parte, es patente que, en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, esto es, el precio y su contraprestación, la falta de transparencia en su formulación podrá “inducir a error” o “alterar el comportamiento económico” del consumidor. Es decir, estamos en un punto de intersección entre la transparencia del contrato y la transparencia del mercado, entre el equilibrio contractual que busca el régimen de las cláusulas abusivas y la contratación leal en defensa tanto de los intereses económicos de los consumidores como de los competidores legítimos⁶⁴ que persigue la normativa que veta las prácticas comerciales desleales. No es de extrañar que el TJUE haya llevado el estándar objetivo del consumidor medio, desarrollado para las prácticas comerciales desleales, al ámbito de la información sobre precio y contraprestación *también* abordado en las reglas sobre cláusulas abusivas; y resulta asimismo plenamente coherente con el trasvase que el propio TJUE hizo de ese canon objetivo al interpretar la tercera Directiva central en la defensa contractual del consumidor, como es la Directiva 2011/83 de derechos de los consumidores, que tampoco contenía la referencia; y lo hizo precisamente al evaluar el impacto de cierta información precontractual ligada al

⁶¹ Considerandos 3, 6, 25, 33, 35 y 40 de la Directiva (UE) 2024/825 de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información (DOUE, 6.3.2024).

⁶² Art. 5, primer inciso: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre *de forma clara y comprensible*”.

⁶³ Valor de esa información precontractual para el control de transparencia tempranamente destacada por las tantas veces citadas después STJUE 26 abril 2012, C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság vs. Invitel Távközlési Zrt.*, §§ 23 y 30; y STJUE 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG vs. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.*, §§ 49 y 55 ambas sobre mecanismos de modificación unilateral del precio en contratos de tracto sucesivos (por cierto, no considerados objeto principal del contrato en esas SSTJUE).

⁶⁴ *Vid.* considerando 6 de la Directiva 2005/29/CE.

precio y la obligación de pago (STJUE de 7 de abril de 2022, *Fuhrmann*, botón de reserva con obligación de pago)⁶⁵, esto es, al fijar cuál es el estándar (el consumidor medio) que el empresario debe tener en cuenta en el momento de exponer en el mercado su oferta, las características esenciales que definirán la carga jurídico y económica de la otra parte.

31. Naturalmente, no son estas tres las únicas Directivas que afrontan la cuestión de la información precontractual obligatoria (qué información debe darse) y su transparencia (cómo ofrecerla de forma eficaz y leal); ya se vieron otras varias posteriores a 2019 en que el consumidor vulnerable y el consumidor medio son tenidos en cuenta. Y existen muchas otras anteriores a esa fecha en que se instauran requisitos de transparencia, que el TJUE ha tenido en cuenta en ocasiones de cara a la evaluación de la transparencia “material” o “sustantiva” propia de la Directiva 93/13 y sus consecuencias, que es compatible y de aplicación conjunta con esas normas⁶⁶, como la Directiva 2014/17/UE sobre créditos hipotecarios, la Directiva 2015/2302 sobre viajes combinados, la Directiva 2018/1972 con el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, el Reglamento (CE) 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos, o las Directivas 2009/72/CE (después derogada por la antes citada Directiva 2019/944) y 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y el gas natural. Así, el ejemplo más evidente de toma en consideración de una posible práctica comercial desleal como parámetro para determinar la eventual falta de transparencia de una cláusula, a la postre declarada abusiva, puede encontrarse ya en la STJUE de 15 de marzo de 2012 (*Pereničová*)⁶⁷.

2. Jurisprudencia del TJUE

32. La evolución de la jurisprudencia del TJUE en este punto puede abordarse en tres estadios: [A] el uso del canon del consumidor medio desde 2014 hasta hoy, sin fisuras; [B] la explicación de la objetivación con independencia de los conocimientos o el carácter experto del consumidor, incluso en supuestos de consumidores abogados o empleados bancarios, desde 2015 hasta hoy; y [C] las últimas precisiones desde mediados de 2023 sobre lo que cabe requerir en la actitud (informada) de ese consumidor medio en cuanto a cognoscibilidad de la normativa que le es aplicable, puesto en relación con las obligaciones de información del empresario.

A) El “consumidor medio” llegó para quedarse

33. La primera vez que el TJUE adoptó el estándar del consumidor medio para aplicar el control de transparencia de cláusulas no negociadas (en este caso, sobre el objeto principal del contrato, comprendidas, por tanto, en el art. 4.2 de la Directiva 93/13) fue en la STJUE de 30 de abril de 2014 (*Kásler*)⁶⁸, una de las pioneras sobre defensa del contratante de créditos hipotecarios referenciados en divisa extranjera y sobre la fijación de diversos rasgos del control de transparencia. En lo que aquí interesa, el § 74, tantas veces refrendado y citado después, estableció que (cursivas añadidas):

⁶⁵ Cfr. también la STJUE 5 mayo 2022 (*absoluts-bikes/Victorinox*), ambas expuestas *supra*, III.3.

⁶⁶ Así lo afirma y resume la COMISIÓN EUROPEA, *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE...*, cit., pp. 28-29, donde puede verse elenco de esas normas europeas que instauran requisitos de transparencia hasta 2019, fecha de esa comunicación.

⁶⁷ STJUE 15 marzo 2012, C-453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič vs. SOS financ, spol. s r. o.*, ECLI:EU:C:2012:144, §§ 42-44 (sobre indicación de una TAE falsa en un contrato de crédito). Al respecto, *vid.* WHITTAKER, S., “Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 509-533. Cfr., más recientemente, STJUE 22 septiembre 2022, C 335/21, *Vicente vs. Delia*, ECLI:EU:C:2022:720, §§ 85 y 87.

⁶⁸ STJUE 30 abril 2014, C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai vs. OTP Jelzálogbank Zrt*, ECLI:EU:C:2014:282, § 74.

“(…) incumbe al tribunal remitente determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos *la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista* en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, *un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso* podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también *evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él* de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo”.

34. Esta referencia a la comprensión que, con esa información previa (publicidad incluida), pudo alcanzar un consumidor medio y no el concreto consumidor litigante, fue rápidamente refrendada por la STJUE de 26 de febrero de 2015 (*Mattei*) en relación con la transparencia de una “comisión de riesgo” (más una garantía que la retribución de un servicio) y una vaga cláusula de modificación unilateral del tipo de interés (no consideradas cláusulas esenciales en el sentido del art. 4.2, sino accesorias y, sin embargo sometidas al control de transparencia igualmente derivado del art. 5 de la Directiva 93/13)⁶⁹; y también por la STJUE de 23 de abril de 2015 (*van Hove*), que utiliza el estándar del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no sólo para evaluar las consecuencias económicas de una cláusula limitativa en un contrato de seguro –cuestión que se menciona expresamente–, sino también para “saber que existe una diferencia entre el concepto de «incapacidad total para trabajar», a efectos del contrato sobre el que versa el litigio principal, y el concepto de «incapacidad permanente parcial», a efectos del Derecho nacional de la seguridad social”⁷⁰. La misma noción de consumidor medio empleó la STJUE de 9 de julio de 2015 (*Bucura*)⁷¹ al realizar el control de transparencia de los elementos esenciales en un contrato de crédito al consumo.

35. Por lo tanto, el estándar del consumidor medio se implantó ya en 2015 en la jurisprudencia del TJUE como pieza esencial del control de transparencia (y se complementaría el mismo 2015, en la STJUE de 3 de septiembre de 2015, *Costea, vid. infra*, en relación con el otro elemento clave de evaluación objetiva: la irrelevancia de los conocimientos propios de un consumidor concreto). El uso de ese canon se adoptó en relación con relaciones contractuales diversas, con su regulación informativa propia, armonizada o no en ese momento (crédito al consumo, préstamos hipotecarios multidivisa, seguros). A partir de entonces, el TJUE ha reiterado la necesidad de tomar en consideración la perspectiva del consumidor medio y no del particular consumidor afectado por el contrato, tanto en litigios emprendidos por una acción individual como por una colectiva, en todo tipo de relaciones contractuales; así, lo ha reiterado hasta nuestros días respecto al conocimiento y comprensión que cabe esperar del consumidor medio en *préstamos multidivisa*: v. gr., en la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (*Andriciuc*)⁷², ATJUE de 22 de febrero de 2018 (*Lupean*)⁷³, ATJUE de 22 de febrero de 2018 (*Czakó*)⁷⁴, STJUE de 20 de septiembre

⁶⁹ STJUE 26 febrero 2015, C-143/13, *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei vs. SC Volksbank România SA*, § 75, en términos muy parecidos al transcrito § 74 del asunto *Kásler*: el tribunal debe tener a la vista todos los elementos de hecho pertinentes, incluida la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista “*teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”.

⁷⁰ STJUE 23 abril 2015, C-96/14, *Jean-Claude Van Hove vs. CNP Assurances SA*, § 47.

⁷¹ STJUE 9 julio 2015, C-348/14, *Maria Bucura vs. SC Bancpost SA*, ECLI:EU:C:2015:447, §§ 56 y 66. Sobre la comprensión del consumidor en estos contratos por una presentación de la TAE sin los datos necesarios, *vid.* STJUE 20 septiembre 2018, C-448/17, *EOS KSI Slovensko vs. Ján Danko, Margita Danková*, §§ 65 y 68.

⁷² STJUE 20 septiembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc and Others vs Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703, §§ 47 y 51.

⁷³ ATJUE 22 febrero 2018, C-119/17, *Liviu Petru Lupean y Oana Andreea Lupean contra SC OTP BAAK Nyrt*, ECLI:EU:C:2018:103, § 24: “un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, doit être à même non seulement de connaître la possibilité de hausse ou de dépréciation de la devise étrangère dans laquelle le prêt a été contracté, mais aussi d’évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d’une telle clause sur ses obligations financières”; en cambio, los 29 y 31 resaltan que el empresario, dada su profesión, sí pudo llegar a saber la evolución futura y los riesgos que asumía el consumidor.

⁷⁴ ATJUE 22 febrero 2018, C-126/17, *ERSTE Bank Hungary Zrt vs. Orsolya Czakó*, ECLI:EU:C:2018:107, §§ 32 y 35.

de 2018 (*OPT Bank/Ilyés*)⁷⁵, STJUE de 5 de junio de 2019 (*GT*)⁷⁶, STJUE de 10 de junio de 2021 (*BNP Paribas*)⁷⁷, STJUE de 18 de noviembre de 2021 (*A. SA*)⁷⁸.

36. El parámetro del consumidor medio fue implementado también en relación con cláusula de *indexación al IRPH en los préstamos hipotecarios* a partir de la STJUE de 3 de marzo de 2020 (*Gómez del Moral Guasch*)⁷⁹, en cuyo considerando 51 el Tribunal declara que aplica “por analogía” este canon consagrado por las sentencias *Kásler* de 2014 y *Andriiciuc* de 2017 y responde sobre los elementos informativos que el empresario debe suministrar para entenderse cumplida la exigencia de transparencia, de manera que (considerando 56):

“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”, agregando que constituyen elementos especialmente pertinentes para la evaluación judicial el hecho 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” en BOE, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice.

Por lo tanto, como se puede ver, el TJUE en este caso usa el barómetro del consumidor medio para entender, a su juicio, que cualquiera podría haber consultado esa información como criterio favorable a la transparencia (y, por ende, en el caso, poner en cuestión que el consumidor mereciera protección). El ATJUE de 17 de noviembre de 2021 (*Gómez del Moral Guasch II*) refrendó esos elementos con alguna cautela sobre el valor de la publicación oficial del IRPH (que permite al profesional no incluir una definición completa de la cláusula en el contrato) al agregar la transparencia se cumplirá “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”⁸⁰. El tercer asalto y, por ahora último, en sede del TJUE sobre el IRPH se produjo con la STJUE de 13 de julio de 2023 (*Banco Santander*), que hasta en cinco considerandos y en la respuesta final liga el control de transparencia con la percepción del *consumidor medio*; el Tribunal interpreta que el juez nacional ha de verificar si las precisiones que, en su conjunto, ofrecían normas de rango menor varias veces modificadas, como el preámbulo y un anexo de la Circular 5/1994 del Banco de España (y la referencia al diferencial negativo), en su relación con la Circular 8/1990, eran *per se* transparentes para un consumidor; y, sobre todo, es necesario, a efectos del control de transparencia, “determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio”⁸¹. La STJUE

⁷⁵ STJUE 20 septiembre 2018, *OTP Bank Nyrt y OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt vs. Teréz Ilyés and Emil Kiss*, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, § 27 y 78.

⁷⁶ STJUE 5 Junio 2019, C-38/17, *GT vs. HS*, ECLI:EU:C:2019:461, §§ 34 y 45.

⁷⁷ STJUE 10 junio 2021, C-776/19 a C-782/19, *VB et al. vs. BNP Paribas Personal Finance, et al.*, ECLI:EU:C:2021:470, §§ 64, 67, 72 y 78, que emplea el canon del consumidor medio normalmente informado tanto para valorar la transparencia de la cláusula y, en particular, el funcionamiento concreto de dicha cláusula y sus consecuencias económicas, evaluar el coste (§§ 64 y 67) y, especialmente, “no solo comprender que, en función de las variaciones del tipo de cambio, la evolución de la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago puede acarrear consecuencias desfavorables para sus obligaciones financieras, sino también comprender, en el marco de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera, el riesgo real al que se expone, durante toda la vida del contrato, en el supuesto de una depreciación importante de la moneda en la que percibe sus ingresos respecto de la moneda de cuenta” (§§ 73 y 78). También STJUE 10 junio 2021, C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance*, ECLI:EU:C:2021:469, §§ 42 y 43.

⁷⁸ STJUE 18 noviembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P. vs. “A.” prowadzący działalność za pośrednictwem “A.” S.A.*, ECLI:EU:C:2021:934, §§ 42-43 y 55.

⁷⁹ STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch vs. Bankia S.A.*, ECLI:EU:C:2020:138, §§ 51, 52 y 56

⁸⁰ ATJUE 17 noviembre 2021, C-655/20, *Marc Gómez del Moral Guasch vs. Bankia, S. A.*, ECLI:EU:C:2021:943, §§ 29, 33 y 34 y respuesta final n° 1

⁸¹ STJUE 13 julio 2023, C-265/22, *ZR, PI vs. Banco Santander, S. A.*, ECLI:EU:C:2023:578, §§ 54, 55, 58, 59 y 60 y respuesta final.

de 13 de julio de 2023 estima que debe verificarse si la información así proporcionada era suficiente para que el consumidor medio tuviera conocimiento efectivo de los métodos de cálculo del IRPH (§ 58), máxime cuando la propia institución autora de la Circular 5/1994 consideró importante en su preámbulo llamar la atención sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo, lo que “constituye un indicio pertinente de la utilidad que la mencionada información tenía para el consumidor” (§ 59). Pero sin duda el pasaje más innovador y relevante para el presente ensayo es el contenido en el considerando 60, que ahora se transcribe, con énfasis en su parte final:

“Para la apreciación del órgano jurisdiccional remitente también resulta pertinente la circunstancia de que esta información, pese a haber sido publicada en el Boletín Oficial del Estado, figure en el preámbulo de la Circular 5/1994 y no en la circular por la que se establece el índice de referencia contractual, a la que se remitía la cláusula controvertida, a saber, la Circular 8/1990. Corresponde, en particular, al citado órgano jurisdiccional *comprobar si la obtención de esa información suponía llevar a cabo una actividad que, por pertenecer ya al ámbito de la investigación jurídica, no podía exigírsele razonablemente a un consumidor medio*”.

37. En definitiva, a un consumidor medio se le puede aplicar el apotegma de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (*infra*), pero no se le puede exigir realizar “investigaciones jurídicas” ni, por tanto, tener conocimientos jurídicos más allá de los que podría tener cualquier ciudadano normal al enfrentarse a una norma. Adicionalmente, es de destacar que de las cinco cuestiones prejudiciales, cuatro (la 1ª, 2ª, 3ª y 5ª) preguntaban, de forma interesante, por la conexión entre la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (al haberse ocultado la referencia normativa a la necesidad de aplicar un diferencial negativo para igualar la TAE del préstamo con la del mercado) y la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, no en relación con la referencia al consumidor medio, sino sobre la incidencia de la consideración de una práctica como desleal de cara a declarar el carácter abusivo de una cláusula; sin embargo, el TJUE declara la inadmisibilidad de esas cuestiones, dado que la Directiva 2005/29/CE no era aplicable al caso al haber sido transpuesta por España en 2009, después de haberse celebrado el contrato de préstamo (en 2006).

38. Sin movernos del ámbito de los préstamos hipotecarios, en relación con la *novación de cláusulas suelo* la STJUE de 9 de julio de 2020 (*Ibercaja*) toma en consideración el patrón del consumidor medio tanto para explicar el control de transparencia en general como para apreciar si un tal consumidor podría evaluar las cantidades a las que renuncia⁸², que el TJUE entiende, en principio, que sí podría hacerlo fácilmente⁸³. El tribunal refrendó ese parecer en el ATJUE de 3 de marzo de 2021 (*Ibercaja*)⁸⁴

39. El TJUE también emplea la noción de consumidor medio para evaluar el carácter claro y comprensible de la *comisión de apertura* en el préstamo hipotecario en la STJUE de 16 de julio de 2020 (*Caixabank*)⁸⁵, sin especiales diferencias ni matices respecto a lo ya expuesto hasta aquí; más interés

⁸² STJUE 9 julio 2020, C-96/14, *XZ vs. Ibercaja Banco, S. A.*, § 46: incumbe al juez nacional (...) verificar que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera *que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste* y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial (...); y según el § 55, para calcular las cantidades a las que el consumidor renunciaría al aceptar la nueva cláusula suelo, el Tribunal vuelve a apelar al consumidor medio: “en principio, *esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional* —en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto— *haya puesto a su disposición todos los datos necesarios*”.

⁸³ Para una crítica a esa asunción a la vista de la praxis bancaria sobre la información que se necesita para ese cálculo y la práctica judicial, me remito a CÁMARA LAPUENTE, S., “La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?”, *Almacén de Derecho*, 10 julio 2020, disponible en <https://almacendederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>.

⁸⁴ ATJUE 3 marzo 2021, C-13/19, *Ibercaja Banco, S. A. vs. TJ, UK*, ECLI:EU:C:2021:158, §§ 54 y 65.

⁸⁵ Sólo el considerando 68 se refiere a ello con cita de las ya citadas sentencias *Kásler* (2014), *Kiss* (2019) y *Gómez del Moral Guasch* (2020), tras haber dictaminado (§ 64) que “una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial

reviste, por esos matices, la STJUE de 16 de marzo de 2023 (*Caixabank*)⁸⁶, sobre el mismo tema, en el cual despuntan dos afirmaciones: por una parte, que “para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula de comisión de apertura, puede tomarse en consideración *la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo en la medida en que esta estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito*”⁸⁷ y para ello, insiste, ha de tenerse en cuenta “el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. Por otra parte, “*el conocimiento generalizado entre los consumidores de las cláusulas que establecen comisiones de apertura y el modo en que están redactadas dichas cláusulas en un contrato concreto, como el controvertido en el litigio principal, son dos cuestiones distintas. Por consiguiente, la notoriedad de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible*”⁸⁸. También la STJUE de 3 de septiembre de 2020 (*Profi Credit Polska*)⁸⁹ se enfrentó con el problema de la comprensión de lo que realmente retribuye una comisión de apertura, pero en esta ocasión en un crédito al consumo, sin garantía hipotecaria; según esta sentencia, para apreciar si esta cláusula que imputa costes al consumidor forma o no parte del objeto principal del contrato (de cara al pertinente control de transparencia), corresponde al juez *a quo* determinar si a la luz de la información precontractual, la publicidad y todas las cláusulas del contrato, “*un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, podía no solo conocer los importes debidos en concepto de los «gastos de apertura», de la «comisión» y del producto financiero denominado «Tu Paquete — Paquete Extra», sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas para él (...). Ciertamente, 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». No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen*”⁹⁰.

40. En un ámbito totalmente distinto a los anteriores, pero igualmente relacionado con la información relativa al precio y su cálculo, en concreto en relación con los *honorarios de un abogado*, la STJUE de 12 de enero de 2023 (*DV*)⁹¹ estableció que “la cláusula relativa al precio se limita a indicar que los honorarios que debe percibir el profesional ascienden a 100 euros por cada hora de servicios jurídicos prestados. A falta de cualquier otra información aportada por el profesional, *tal forma de cálculo del precio no permite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar las consecuencias económicas que se derivan de dicha cláusula, es decir, el importe total que debe pagarse por esos servicios*”. También la STJUE de 22 de septiembre de 2022 (*Vicente*)⁹² había acudido a la perspectiva del consumidor medio para considerar, por una parte, práctica comercial desleal y, por otro lado, cláusula abusiva la incluida en una preminuta de honorarios en la que el consumidor se comprometía a pagar a su letrado una penalidad en caso de desistimiento del proceso de la que no se

de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”, pese a lo cual puede operarse su control de transparencia, también por el art. 5 de la Directiva 93/13: STJUE 16 julio 2020, C-224/19 y C-259/19, *CY vs. Caixabank S.A.*, y *LG, PK vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*, ECLI:EU:C:2020:578, § 68.

⁸⁶ STJUE 16 marzo 2023, C-565/21, *Caixabank S.A. vs. X*, ECLI:EU:C:2023:212, referencias al papel del consumidor medio en los §§ 29, 33, 40 y 44. En particular, en el § 40 se hace referencia a la información y la publicidad según la atención que le presta el consumidor medio, y ello para (§ 39) comprobar que “el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha 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”.

⁸⁷ § 44 de la STJUE 16 marzo 2023, cit.

⁸⁸ § 41 de la STJUE 16 marzo 2023, cit.

⁸⁹ STJUE 3 septiembre 2020, C-84/19, C-222/19 y C-252/19, *Profi Credit Polska SA y otros vs. QJ y otros*, ECLI:EU:C:2020:631, en particular §§ 75 y 76.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ STJUE 12 enero 2023, C-395/21, *DV vs. MA*, ECLI:EU:C:2023:14, § 40.

⁹² STJUE 22 septiembre 2022, C335/21, *Vicente vs. Delia*, ECLI:EU:C:2022:720, §§ 85 y 87.

le informó antes de contratar. El mismo canon del consumidor medio se emplea al aplicar el control de transparencia propio de la Directiva 93/13 a otros sectores de la contratación, como el asegurador: así, v. gr., STJUE de 20 de abril de 2023, (*Ocidental*)⁹³, como ya hiciera también la STJUE de 23 de abril de 2015 (*van Hove*).

B) Un paso lógico: los conocimientos expertos son irrelevantes (protección de abogados y empleados de banca)

41. Una vez adoptado el punto de vista del consumidor medio para la evaluación judicial de la transparencia de las cláusulas no negociadas, resulta totalmente coherente con ello (y con el fundamento de la transparencia en acendrar los deberes informativos del empresario en toda relación de consumo) considerar como algo irrelevante el nivel de conocimiento del consumidor, su experiencia previa en el tipo de actuación o su profesión, relacionada o no con el contrato celebrado, mientras éste se realice con un fin ajeno a la actividad profesional del consumidor.

42. La STJUE en la que se explicitó por primera vez ese criterio con mayor nitidez y contundencia fue la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (*Costea*)⁹⁴, en la que se consideró que un abogado que había obtenido un crédito bancario sin especificarse a qué aplicaría el dinero (y gravando su propio despacho profesional con hipoteca al efecto) sí merecía la calificación de consumidor, pues *este concepto “tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga”*⁹⁵. Exactamente el mismo enfoque se mantiene hasta nuestros días, como demuestra la STJUE de 21 de septiembre de 2023 (*mBank*)⁹⁶, que ha afirmado, en relación con un préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera, que la entidad financiera debe informar de los riesgos de este producto incluso aunque el consumidor sea un empleado suyo y tenga un conocimiento previo adecuado sobre el contrato; en concreto, esta última sentencia, tras recordar que la exigencia de transparencia se evalúa con el estándar del consumidor medio (§ 60) y que *“esta referencia al consumidor medio constituye un criterio objetivo”* (§ 61), además de tener el concepto de “consumidor” del art. 2.b) de la Directiva 93/13, un “carácter objetivo” independiente de los conocimientos o información de que dicha persona disponga (*ibidem*), concluye que la empleada –con título de posgrado y trabajando para la entidad financiera desde hacía más de tres años– *“disponía debido a su formación y a su experiencia profesional, de conocimientos relativos a las características esenciales y a los riesgos inherentes a ese contrato de préstamo que eran los de un consumidor más perspicaz que el consumidor medio”* (§ 65). Pese a ello, la STJUE de 21 de septiembre de 2023 (*mBank*) decide que *“el respeto de la exigencia de transparencia debe comprobarse en relación con el estándar objetivo del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, con el que no corresponden, en particular, ni el consumidor menos perspicaz que el consumidor medio, ni el consumidor más perspicaz que este último”* (§ 66) y vuelve a insistir que la protección que dispensa la Directiva 93/13 (y su art. 2.b) *“depende del propósito con el que actúe una persona física, a saber, aquel que es ajeno a la actividad profesional de esta, y no de los conocimientos particulares de que disponga”* (§ 67).

⁹³ STJUE 20 abril 2023, C-263/22, *Ocidental — Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA vs. LP*, ECLI:EU:C:2023:311, § 26 (*vid.* también §§ 25, 30 y 32).

⁹⁴ STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea vs. SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:538, §§ 21 y 25-27.

⁹⁵ Según esta STJUE, un abogado que celebra con un empresario “un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad”; “aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas [STJUE 15.1.2015, Šiba] ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil”.

⁹⁶ STJUE 21 septiembre 2023, C-139/22, *AM y PM vs. mBank S.A.*, ECLI:EU:C:2023:692, §§ 60, 61 y 65-67 y 70. El contrato fue firmado tanto por la empleada de *mBank*, AM –a quien otro empleado había presentado un cuadro histórico de la evolución del tipo de cambio y una simulación futura en caso de aumento del tipo– como por PM, quien no participó en el proceso de concesión del mismo préstamo ni en las reuniones previas (§ 20).

43. Entre ambas sentencias de 2015 y 2023, el TJUE ha mantenido invariablemente el mismo criterio. La STJUE de 3 de octubre de 2019 (*Petruchová*) agrega una serie de otros factores de improcedente análisis para desbancar ese carácter objetivo: una persona física que efectúa operaciones en el mercado internacional de divisas a través de una sociedad de corretaje debe ser calificada de “consumidor” si el contrato no se celebró en el marco de su actividad profesional, y para esta calificación “carecen de pertinencia, por sí solos, factores como el valor de las operaciones efectuadas (...) la importancia de los riesgos de pérdidas económicas que implica suscribir tales contratos, *los eventuales conocimientos o experiencia de dicha persona en el sector de los instrumentos financieros o su comportamiento activo en la realización de las referidas operaciones*”⁹⁷. Reiteran ese parámetro objetivo las SSTJUE de 25 de enero de 2018 (*Schrems*)⁹⁸ y 21 de marzo de 2019 (asunto C-590/17, *Pouvin/Dijoux*, Tol. 7.119.636)⁹⁹ y se sostiene incluso un caso ciertamente limítrofe, en la STJUE de 10 de diciembre de 2020 (*Personal Exchange*) sobre un jugador de póker online, que no pierde la condición de consumidor “aunque dedique a ese juego un gran número de horas al día, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias”, es decir, que son irrelevantes criterios como la cuantía de las ganancias y los conocimientos¹⁰⁰. Al evaluar cuál debería ser el criterio decisivo para los contratos mixtos o de doble finalidad en relación con la Directiva 93/13, el TJUE se aparta de su criterio restrictivo adoptado en la STJUE de 20 de enero de 2005, *Gruber* (uso profesional marginal) dictado en relación con normas de competencia judicial, y opta en la STJUE de 8 de junio de 2023 (*IS*) por una interpretación más amplia del concepto de consumidor de esa Directiva (favorable al uso predominante), pero recordando en todo momento que la condición de consumidor se determina “según un criterio funcional” (actividades ajenas a una profesión) y que “tiene carácter objetivo”, independiente de los conocimientos o información que tenga esa concreta persona¹⁰¹.

44. Otra plasmación del criterio objetivo, sancionada por el TJUE, es que el hecho de que una persona pueda ser calificada como “cliente minorista” en el mercado de las inversiones a efectos de la Directiva 2004/39 es, por sí sola, una circunstancia irrelevante, en principio, a efectos de la calificación de esta como consumidor dentro del ámbito de protección de otras normas de protección de consumidores (STJUE de 3 de octubre de 2019, *Petruchová*,¹⁰² y STJUE de 2 de abril de 2020, *Reliantco Investments LTD*¹⁰³ ambas sobre el concepto de consumidor en el Reglamento UE 1215/2012 sobre competencia judicial).

45. En definitiva y en resumen, hasta en el caso extremo de empleados bancarios especializados en los contratos que firman, la STJUE de 21 de septiembre de 2023 (*mBank*) ha dejado claro que “un profesional está obligado a informar al consumidor de que se trate de las características esenciales del contrato celebrado con él y de los riesgos inherentes a ese contrato, aun cuando ese consumidor sea su empleado y disponga de un conocimiento adecuado en la materia de dicho contrato”¹⁰⁴.

⁹⁷ STJUE 3 octubre 2019, C-208/18, *Jana Petruchová contra FIBO Group Holdings Limited*, ECLI:EU:C:2019:825, § 59 (vid. también la referencia al consumidor medio en § 55); los §§ 41 y 56 expresamente descartan que la calidad de consumidor pueda “depender de los conocimientos y de la información que posea en un terreno dado”, pues eso “valdría tanto como referirse a la situación subjetiva de ese cocontratante”.

⁹⁸ STJUE 25 enero 2018, C-498/16, *Schrems, Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, § 39 (uso en parte profesional y en parte privada de una cuenta de Facebook por un abogado): “ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos le privan de la condición de ‘consumidor’”.

⁹⁹ STJUE 21 marzo 2019, C-590/17, *Henri Pouvin y Marie Dijoux, vs. Electricité de France (EDF)*, ECLI:EU:C:2019:232, §§ 24 y 27 (en relación con un préstamo concedido por una empresa a uno de sus trabajadores); vid. también los §§ 40 y 41 en los que el TJUE señala que, al igual que el concepto de consumidor, el de profesional “tiene carácter objetivo y no depende que el profesional decida contratar como su actividad principal o secundaria y accesoria”.

¹⁰⁰ STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, *A.B. B.B. y Personal Exchange International Limited*, ECLI:EU:C:2020:1015, § 50. Añade la sentencia que el criterio de la “regularidad” puede ser un criterio para calificar a alguien como profesional y no como consumidor (vid. STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-105/17, *Kamenova*), aunque es un elemento que no determina por sí solo una u otra condición.

¹⁰¹ STJUE 8 junio 2023, C-570/21, *I.S., K.S. vs. YYY S.A.*, ECLI:EU:C:2023:456, § 30.

¹⁰² STJUE 3 octubre 2019, cit., § 77.

¹⁰³ STJUE 2 abril 2020, C-500/18, *AU y Reliantco Investments LTD*, ECLI:EU:C:2020:264, § 55.

¹⁰⁴ § 70 y respuesta final nº 3.

C) El conocimiento del Derecho aplicable (y la “investigación jurídica”) por el consumidor medio

46. Para cerrar el análisis de la configuración del estándar del consumidor medio por el TJUE en este ámbito, conviene hacer referencia a un entorno en el que cabe vaticinar intensa litigiosidad en el futuro a la vista de los últimos fallos, y es la conexión entre ese estándar y los conocimientos jurídicos que cabe presumir a un consumidor medio. Dicho sintéticamente, el TJUE entiende que se presupone que un consumidor conoce la ley imperativa de obligado cumplimiento, pero no el estado variable de la jurisprudencia que la interpreta ni cabe exigírsele una labor de investigación jurídica, buceando en el ordenamiento entre todo tipo de normas interrelacionadas y de diverso rango. Podemos desglosar la idea en los siguientes hitos jurisprudenciales:

47. a) El punto de partida es, sin duda, que las normas se aplican con independencia del conocimiento que de ellas tenga el consumidor. Dado que el art. 1.2 de la Directiva 93/13 excluye de su ámbito de aplicación sobre cláusulas abusivas las cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias “imperativas”, la STJUE de 6 de julio de 2023 (*First Bank*) establece que la aplicación de ese art. 1.2 “es de carácter objetivo y, por lo tanto, no depende de la información facilitada al consumidor por el profesional ni del conocimiento que este tenga de las disposiciones jurídicas aplicables”¹⁰⁵; ese precepto “es aplicable aunque el comerciante no haya cumplido su obligación de información y de transparencia”¹⁰⁶ y, por tanto, para determinar si una cláusula queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva, “carece de pertinencia el hecho de que ese consumidor no haya tenido conocimiento de que dicha cláusula refleja una disposición legal o reglamentaria imperativa del Derecho nacional”¹⁰⁷. Naturalmente, es cuestión distinta que una cláusula que se refiere a la aplicación de una norma imperativa pueda ser abusiva por no superar el control de transparencia si indujo a error sobre la aplicación de una ley distinta a la que el consumidor tenía derecho, “dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro” del domicilio social del profesional, como expuso la STJUE de 28 de julio de 2016 (*Amazon*)¹⁰⁸.

48. b) Como ha sancionado la STJUE de 13 de julio de 2023 (*Banco Santander*), antes analizada y transcrita, en relación la información sobre circulares, preámbulos y anexos que delimitan la configuración del IRPH, el tribunal debe comprobar “si la obtención de esa información suponía llevar a cabo una actividad que, por pertenecer ya al ámbito de la investigación jurídica, no podía exigírsele razonablemente a un consumidor medio”.

49. c) Recientemente, también, el Tribunal Europeo ha descartado quepa presumir en el consumidor medio un conocimiento (ni un deber de conocer) las variaciones en la jurisprudencia nacional, incluso aunque esté consolidada. En la controvertida STJUE de 25 de enero de 2024 (*Caixabank*)¹⁰⁹ sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas con base en una cláusula declarada abusiva, el TJUE ha sentado que los profesionales siguen teniendo una posición preponderante en cuanto a la información después de celebrado el contrato, de manera que cuando existe jurisprudencia nacional consolidada sobre el carácter abusivo de determinadas cláusulas tipo, “cabe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen en consecuencia” (§ 58); “en cambio, no cabe presumir que la información de que dispone el consumidor, menor que la del profesional, incluya el conocimiento de la jurisprudencia nacional en materia de derechos de los consumidores, por más que dicha jurisprudencia esté consolidada” (§ 59); esto es, que aunque cabe exigir que los profesionales se mantengan informados sobre los aspectos jurídicos de las cláusulas que

¹⁰⁵ STJUE 6 julio 2023, C-593/22, *FS y WU vs. First Bank SA*, ECLI:EU:C:2023:555, § 31.

¹⁰⁶ *Idem*, § 32, con cita en este sentido del ATJUE 14 octubre 2021, C-87/21, *NSV vs. NM*, ECLI:EU:C:2021:860, § 42.

¹⁰⁷ *Idem*, § 33.

¹⁰⁸ STJUE 28 julio 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation vs. Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, §§ 68-71.

¹⁰⁹ STJUE 25 enero 2024, C-810/21, C-811/21, C-812/21, C-813/21, *Caixabank et al. vs. WE, XA et al.*, ECLI:EU:C:2024:81, §§

incorporan en sus contratos, incluida la jurisprudencia nacional sobre esas cláusulas, “no cabe esperar una actitud similar de estos últimos, habida cuenta del carácter ocasional, o incluso excepcional, de la celebración de un contrato que contenga una cláusula de este tipo” (§ 60). En definitiva, la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares no puede entenderse –a los efectos del *dies a quo* del plazo de prescripción– que constituya “una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella” (§ 61).

50. d) Finalmente, estos postulados no llevan al TJUE hasta el extremo de cargar al empresario con la indagación de si el consumidor tiene o no conocimiento de las consecuencias de la nulidad de una cláusula abusiva, como parte de sus deberes de transparencia: STJUE de 14 de diciembre de 2023 (*Getin Noble Bank*)¹¹⁰.

3. Jurisprudencia del TS

51. Cabe detectar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo dos fases: [A] en la primera, inaugurada por la STS de 9 de mayo de 2013 y mantenida sin especiales desviaciones hasta 2019, se establece y consolida el canon del control abstracto y objetivo de transparencia, que no depende de los conocimientos personales del concreto consumidor; [B] en la segunda, que va desde 2019 hasta hoy (mayo) 2024, aunque nominalmente se mantiene ese canon, de acuerdo, por tanto, con la jurisprudencia inalterada del TJUE, existen algunos fallos en los que el TS se aproxima a un control de transparencia subjetivo cuando el consumidor tenía especiales conocimientos sobre la materia, bien por su trabajo en el entorno bancario, bien por sus conocimientos jurídicos. En esta fase, el TS trata de acotar al máximo el supuesto-límite que no merece, a su juicio, la protección propia del consumidor, esto es, cuando se trata, en expresión acuñada por la STS 367/2017, de 8 de junio y refinada y consolidada en la STS 658/2024, de 13 de mayo, sobre la base de la solución de algunas sentencias de 2022 y 2023, de “*persona con conocimiento experto en este tipo de contratos*”. Esto obliga al Alto Tribunal a deslindar supuestos en que tal conocimiento experto se produce o no, tratando de buscar una *ratio* o hilo conductor que dote de coherencia a supuestos resueltos con anterioridad en un sentido o en otro.

A) Primera fase (2013-2019): creación y consolidación del control abstracto y objetivo de transparencia

52. La STS 241/2013, de 9 mayo creó para el ordenamiento español el control de transparencia, dentro del contexto de una acción colectiva, “como parámetro *abstracto* de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del ‘error propio’ o ‘error vicio’” (§ 210); es más, apuntó ya al estándar del “consumidor medio”, al indicar que el art. 3 de la Directiva 93/13 “delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula” y la referencia europea y española a la buena fe “no es posible limitarla a la esfera subjetiva”, pues (§253) “antes bien, es necesario proyectarla sobre *el comportamiento que el consumidor medio puede esperar* de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre”. La STS (Pleno) 464/2014, de 8 de septiembre, al conocer varias acciones individuales acumuladas contra una cláusula suelo, refrendó la distinción de este control objetivo del subjetivo propio de los vicios del consentimiento y afirmó que “el control de transparencia *se proyecta de un modo objetivable* sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de compren-

¹¹⁰ STJUE 14 diciembre 2023, C-28/22, *TLyWE vs. administrador concursal de Getin Noble Bank S.A.*, ECLI:EU:C:2023:992, § 80: “si bien corresponde a las entidades de crédito organizar sus actividades de conformidad con la Directiva 93/13 (...) una entidad de crédito no está obligada a comprobar si un consumidor con el que ha celebrado un contrato de préstamo hipotecario tiene conocimiento de los efectos de la supresión de las cláusulas abusivas contenidas en dicho contrato”, ni tampoco de la imposibilidad de que el contrato siga siendo vinculante si tales cláusulas se suprimen (§ 81).

sibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada”¹¹¹. Por su parte, la *STS 138/2015, de 24 de marzo* (acción colectiva) retoma la idea de que el control abstracto de validez debe tomar el punto de vista del consumidor medio y rechaza la alegación de que el control de transparencia sólo pueda ser apreciado caso por caso, porque eso impediría el control abstracto propio de los procesos colectivos¹¹². En la *STS (Pleno) 139/2015, de 25 de marzo*, ya versando sobre una acción individual, añadió que las cláusulas suelo “en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información” (FD 10).

53. Internándose ya en la cuestión específica de los conocimientos concretos de un consumidor, con toda corrección la *STS 222/2015, de 29 de abril*, estableció que el hecho de “que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general (...) sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas”¹¹³.

54. En este contexto de consolidación del canon objetivo se deslizó la *STS 123/2017, de 24 de febrero*¹¹⁴, que apuntó la posibilidad de una comprobación subjetiva de la transparencia, al menos en acciones individuales, al admitir medios de prueba distintos de los documentales, como la advertencia del notario autorizante sobre la existencia de una cláusula suelo¹¹⁵.

55. Sin embargo, esa aproximación subjetivista no fue seguida en su *ratio decidendi* por la importante *STS (Pleno) 367/2017, de 8 de junio*. Esta resolución admitió la condición de consumidor de un

¹¹¹ FD 2.7, que continúa: “Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado (...)”.

¹¹² Así, según el FD 5.7 de esta sentencia, “de acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales (...) porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería” (desestima el argumento apuntando que, de seguirlo, no podría haber acciones colectivas en materia de publicidad engañosa, confusión marcaria o competencia desleal e impondría obligar a cada consumidor a litigar para conseguir la nulidad, obstáculo no acorde con la protección de los consumidores). Según el FD 7.3, por tanto, el control de transparencia debe practicarse de forma igual en ejercicio de una acción colectiva o de una acción individual.

¹¹³ Continuaba el FD 9 (§§ 8 y 10): “si el consumidor tuviera una cierta formación, un empleo estable un sueldo mínimo y hubiera contratado unos productos bancarios y de ahorro básico, ya no concurriría el requisito de la imposición. Tampoco esta tesis es correcta (...). La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en ellos una situación de desvalimiento o ignorancia”.

¹¹⁴ Fue una de las dos primeras SSTS que rectificaron, tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, la cuestión relativa a la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo y de las primeras que señalaron que una cláusula suelo podía ser transparente, como dictaminó en el caso.

¹¹⁵ Según esta sentencia, FD 2.5: “En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba”; y FD 2.7: “En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia”. Cfr. la *STS 334/2017, de 25 de mayo*, del mismo ponente. Para un análisis de estas sentencias y una crítica del control subjetivo hasta 2017, *vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “Las (seis) SSTS posteriores a la STJUE 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva (Comentario a las SSTS de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)”*, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 42, Junio 2017, pp. 1736-1758, disponible en https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2017_Camara_Comentario_SSTS_2017_transparencia_post_STJUE_21_12_2016.pdf, también publicado en CÁMARA LAPUENTE, S., *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Olejnik, Santiago de Chile, 1998, pp. 353-385. Una buena síntesis de las sentencias recaídas sobre esta materia hasta 2020, en AGÜERO ORTIZ, A., “Transparencia en la contratación de consumo”, en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dir.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 187-229, en especial, pp. 205-210. Para una revisión jurisprudencial actualizada de diversos aspectos del principio de transparencia, PÉREZ GIL, A., “El principio de transparencia y su relación con la abusividad de las cláusulas insertas en préstamos hipotecarios”, *REDUR (Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja)*, 21, diciembre 2023, pp. 125-196 (disponible en: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/6049>).

abogado que asesoraba a empresas que querían establecerse en Méjico, el cual suscribió con su esposa para fines privados un préstamo hipotecario, pues “*no basta que el consumidor tenga una cierta cualificación profesional, incluso relacionada con el mundo del Derecho o de la empresa, para considerarle un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia de una cláusula suelo*” (FD 2.11). Eso sí, *obiter dicta*, esta sentencia dejaba abierta la puerta a soluciones distintas en casos más extremos, al afirmar que:

“cuando consten en el litigio *circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente* o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, *que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio* y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual¹¹⁶. En concreto, pueden ser relevantes circunstancias tales como *que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos* o que Banco Popular hubiera suministrado una información precontractual adecuada en la que se resaltara (...)”¹¹⁷.

56. Aparece, por tanto, por primera vez, un nuevo canon subjetivo que se aparta del metro del consumidor medio y que el TS llama “persona con conocimiento experto en este tipo de contratos”, aunque en el caso no considera tal a un abogado de empresa; aquel sintagma será recuperado en fallos posteriores a partir de 2019 y, como se ha visto, realmente no se acompasa con las declaraciones del TJUE¹¹⁸ sobre este tipo de supuestos, ni en 2017, ni en 2024, por más que el TS trata de acotarlo al máximo para casos realmente límites en los que, en puridad, existe un abuso de derecho por parte del consumidor, como luego se verá.

57. En esta incipiente línea subjetivista cabe mencionar también la STS 642/2017, de 24 de noviembre, en la que, de nuevo de una manera un tanto *obiter*, prudente e hipotética, se menciona que ciertas personas necesitarían menos información precontractual por ser ya avezadas en la materia, pero lo descarta en el caso para una *empleada de banca* cuyo cometido no es la gestión de créditos hipotecarios, en un banco en que precisamente no incluía cláusulas suelo en sus préstamos; no obstante este resultado final, la STS anota:

“Es cierto que *un empleado de banca familiarizado con estos contratos*, aunque tenga la condición de consumidor cuando concierta un préstamo hipotecario con un banco para financiar la adquisición de una vivienda, pues actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, *precisa de menos información (sobre todo precontractual) relativa a en qué consiste y qué efectos tiene la cláusula suelo*. Pero, aunque *no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor*, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa, en este caso no es así”.

58. En cualquier caso, diversos fallos posteriores siguieron apostando decididamente por el estándar objetivo; así, por ejemplo, la STS 356/2018, de 13 de junio, indicó que ni la profesión de ingeniero de telecomunicaciones que solicitó un préstamo desmerecía su condición de consumidor (por la posibilidad de tener conocimientos financieros) ni tampoco lo haría la posibilidad de haber sido asesorado por un experto inmobiliario (FD 4.2); y añadió, tras citar la STJUE de 25 de enero de 2018

¹¹⁶ Conviene precisar el inciso: era el momento en que el TS trataba de dilucidar el impacto de sus propias resoluciones adoptadas para atender acciones colectivas sobre cláusulas suelo en las resoluciones posteriores que versaban sobre las mismas cláusulas suelo pero en litigios iniciados por una acción individual. La referencia al posible perfil del cliente que se aparten del estándar medio fue utilizada con claro carácter *obiter dicta* (y sin la referencia a la “persona con conocimiento experto” que se impondría más tarde) en otras sentencias inmediatamente posteriores, como, *ad ex.*, la STS 643/2017, de 24 de noviembre.

¹¹⁷ FD 2.10, énfasis en cursiva añadido.

¹¹⁸ Por eso no es correcta la referencia general que hace la STS 55/2020, de 23 de enero a la jurisprudencia comunitaria para tratar de refrendar la posición jurisprudencial española creada por la STS 367/2017, de 8 de junio, que también cita, en estos términos: “la posibilidad de tomar en consideración la cualificación profesional del consumidor (...) ha sido admitida por esta sala, *de conformidad con la jurisprudencia del TJUE [sic]*, en sus sentencias 367/2017, de 8 de junio y 605/2019, de 12 de noviembre”.

(Schrems), que “este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; y 594/2017, de 7 de noviembre”¹¹⁹.

59. En relación con el funcionamiento del control de transparencia supuestos en que el consumidor se subrogó en el préstamo concedido al promotor, como dijera la STS 643/2017, de 24 de noviembre, la entidad bancaria no está eximida de suministrar al consumidor la información pertinente, pues de lo contrario se privaría de eficacia al control de transparencia y convertiría la obligación de información precontractual del predisponente “en una obligación del adherente de procurarse tal información”, lo cual es contrario a la jurisprudencia del TS y del TJUE, pues a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente “siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta la información”, tesis que esta STS califica de inadmisibles; como se ve, el eje del deber de transparencia radica en la obligación informativa del empresario, no en la información y conocimientos que por su cuenta pueda recabar el propio consumidor, como tantas veces ha repetido el TJUE y se ha recogido en el apartado anterior. En la misma línea (y con la conocida apostilla correctiva de la afirmación de la subjetivista STS 123/2017, de 24 de febrero acerca del valor de la intervención notarial, insuficiente para cumplir la transparencia exigida al banco), la STS 216/2018, de 11 de abril, la STS 334/2018, de 4 de junio, entre otras muchas posteriores.

B) Segunda fase (2019-2024): decisiones excepcionales, basadas en conocimientos especiales o empleos jurídicos o financieros del consumidor: delimitando la “persona con conocimiento experto en este tipo de contratos”

60. En esta fase podemos encontrar tres líneas jurisprudenciales que conviven, algo incomunicadas, en función del tipo de cláusula en examen: en primer lugar, en relación con la impugnación de cláusulas suelo por falta de transparencia, la STS 605/2019, de 12 de noviembre, inaugura por primera vez la vía entreabierta por la STS 367/2017, para declarar la validez por transparente de la cláusula suelo dados los conocimientos expertos de un subdirector de oficina bancaria fiador de su hija; a partir de ahí, el TS irá, casuísticamente, declarando en una decena de sentencias la validez o nulidad de la cláusula suelo en función del carácter más experto o menos del consumidor del caso concreto. En segundo lugar, en relación con préstamos multidivisa, el canon objetivo basado en el “consumidor medio” –término apenas citado en la línea sobre cláusulas suelo– se mantiene a plenitud en las declaraciones expresas del tribunal (bien es cierto, que no se ve expuesto a las situaciones tan límite por las características de los consumidores demandantes de la línea relativa a cláusulas suelo): así, entre otras, la STS 642/2020, de 27 de noviembre y la STS (Pleno) 418/2023, de 28 de marzo. En tercer lugar, en algunos fallos, no enfrentados en su *ratio decidendi* con la consideración del perfil concreto del consumidor, se siguen encontrando las declaraciones, similares a las del TJUE, a favor del estándar objetivo (v. gr., STS 250/2022, de 29 de marzo [FD 3.3 y 3.4] o cfr. *infra*, STS 627/2023, de 26 de abril; STS 692/2024, de 20 de mayo¹²⁰). En todo caso, sigue incólume la separación entre el control subjetivo del consentimiento concreto de un consumidor por la vía del error vicio y el control objetivo de transparencia¹²¹; esto es, no se aplican, tam-

¹¹⁹ El mismo aserto y cita de sentencias se hace en la STS 594/2017, de 7 de noviembre (sobre esposa fiadora no considerada consumidora por tener vínculos funcionales con la empresa deudora prestataria).

¹²⁰ Con cita, entre otras, de la STJUE 3 septiembre 2015 (*Costea*), para afirmar que el TJUE “objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación” y, concluir, en el caso, que son consumidores y debe anularse la cláusula suelo del préstamo hipotecario en que aunque el destino del préstamo concertado por los demandantes fuera entregarlo a su hija para ayudarla a comprar una farmacia, ellos no eran farmacéuticos, ni intervinieron en la compra ni tienen vinculación funcional con el negocio de farmacia de la hija.

¹²¹ V. gr., STS 47/2021, de 2 de febrero, que aplica el control de transparencia y consiguiente nulidad de un *swap* o permuta de tipos de interés, después de descartar la ineficacia por vía de error (acción ejercida y caducada) y teniendo en cuenta que “la

poco en las sentencias que optan por valorar especialmente los conocimientos expertos de un concreto consumidor, los requisitos del error en el consentimiento a estos casos, resueltos en el sentido de estimar que hubo información suficiente para ese tipo de consumidor experto.

61. Si examinamos ahora el origen y consolidación del nuevo canon parcial y excepcionalmente subjetivo acuñado por el TS, esto es, el de la “*persona con conocimiento experto en este tipo de contratos*”, creado y desarrollado dentro del examen de la transparencia de las cláusulas suelo, es obligado comenzar con la STS 605/2019, de 12 de noviembre. En ella, el Alto Tribunal entiende que la exigencia de transparencia se cumplió por “la relevante intervención del padre del actor en el proceso de contratación”, pues no solo era fiador, sino que “el padre había sido hasta hace poco subdirector de oficina de la misma entidad y las negociaciones de la hipoteca contratada se mantuvieron con quien ocupaba ese cargo en la oficina en el momento de contratar, el padre conocía las características del producto contratado, incluida la cláusula impugnada, que la entidad

llevaba años utilizando. Es decir, *no se tiene en cuenta el mero hecho de que el padre del actor fuera empleado de la entidad, sino que hubiera sido precisamente subdirector de oficina, así como que su presencia debió ser decisiva para la concesión del préstamo hipotecario en atención a la situación laboral del actor [desempleado] y a que por esa misma razón asumía la responsabilidad de la deuda en caso de insolvencia de su hijo*”. Por lo tanto, como puede apreciarse, en la argumentación se aprecia que la denegación de la tutela consumerista en este caso no se basa tanto (o sólo) en los conocimientos expertos del padre fiador, sino en su papel en la entera “negociación” del contrato; y sabido es que si las cláusulas son negociadas no entra en juego el régimen de la Directiva 93/13. Desde esa sentencia, el TS ha ido refinando su argumentación en relación con los empleados de entidades financieras (que constituyen un primer grupo de sentencias)¹²², con otros expertos financieros¹²³, con personas implicadas en el sector inmobiliario¹²⁴, con prestatarios que compran inmuebles de la promotora inmobiliaria a cuya estructura pertenecen y en cuyo préstamo hipotecario se subrogan¹²⁵ y, finalmente, para cerrar el círculo iniciado (*obiter dicta*) por la STS (Pleno) 367/2017, de 8 de junio¹²⁶, con abogados¹²⁷. La conclusión que puede extraerse es que el TS sólo ha considerado transparente la cláusula suelo por tener el prestatario conocimientos expertos cuando estos son específicos y prominentes sobre el contrato celebrado, sin bastar que su profesión esté relacionada de alguna manera con ese sector de la contratación.

62. a) En relación con *empleados de entidades financieras*, tras las SSTS 642/2017, de 24 de noviembre (cláusula nula) y STS 605/2019, de 12 de noviembre (cláusula válida), el Tribunal Supremo ha entendido que la cláusula era válida por cumplirse la transparencia a la luz del perfil experto del empleado bancario en, al menos, dos ocasiones más, por dedicarse su labor precisamente a la gestión, negociación o comercialización de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo. Así, en la STS 487/2022, de 16 de junio, el prestatario era director de una oficina bancaria¹²⁸ y constituía parte de su actividad promover la contratación de préstamos hipotecarios que solían incluir la misma cláusula suelo impug-

cuestión debatida en este recurso es si la ausencia de información precontractual es relevante únicamente respecto de la acción de anulación de un contrato por error vicio del consentimiento, como afirma la Audiencia Provincial, o lo es también para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas”, como acaba estableciendo el TS. Sobre el alegato de error, dolo y transparencia, *vid.* entre otras muchas, STS 639/2017, de 23 de noviembre (caso de “auto-promotor”) o, sobre multidivisa, STS 642/2020, de 27 de noviembre, STS 660/2020, de 10 de diciembre, STS 666/2020, de 11 de diciembre,

¹²² STS 642/2017, de 24 de noviembre; STS 605/2019, de 12 de noviembre; STS 487/2022, de 16 de junio; STS 130/2023, de 31 de enero; STS 237/2023, de 14 de febrero.

¹²³ STS 55/2020, de 23 de enero.

¹²⁴ STS 517/2022, de 1 de julio.

¹²⁵ STS 856/2022 de 30 de noviembre y STS 181/2023, de 7 de febrero.

¹²⁶ Por más que casi todas las sentencias posteriores citan como referencia inicial la STS 642/2017, de 24 de noviembre, al ser la primera que aplicó el criterio de los conocimientos expertos a un empleado de banca.

¹²⁷ STS 581/2022, de 26 de julio y STS 658/2024, de 13 de mayo.

¹²⁸ Previamente, en 2006, al contratar su inicial préstamo hipotecario era empleado de otra entidad financiera; al pasar a la dirección de una oficina de otro banco, obtuvo ofertas vinculantes de ambos bancos, para proceder a la novación del préstamo en la entidad para la que en ese momento trabajaba, incluidas ventajas para empleados, pero con cláusula suelo. Al ser despedido años después, impugnó esta cláusula.

nada, por lo que, según la sentencia, “es lógico que esta circunstancia influya en este caso a la hora de corroborar la suficiencia de la información precontractual recibida”; *estos conocimientos expertos* frente al banco en que trabajaba, “aunque no conste acreditado el contenido concreto de la información precontractual que en ese momento se le suministró (...) *dispensaban a la prestamista de tener que explicarle lo que era obvio que conocía perfectamente*”. En la STS 130/2023, de 31 de enero, “el demandante era empleado del banco prestamista, licenciado en empresariales” y “la información precontractual sobre las condiciones generales de la contratación del banco demandado eran dadas por el actor a los clientes de la entidad”; por todo ello, por ser claros sus conocimientos expertos respecto a los préstamos hipotecarios con cláusula suelo a los que dedicaba su cometido profesional, la exigencia de transparencia se entendió cumplida¹²⁹. En cambio, en sentencia dictada un mes después, con circunstancias ligeramente distintas, la STS 237/2023, de 14 de febrero anuló por falta de transparencia la cláusula suscrita por una empleada bancaria, pues esta profesión¹³⁰, *per se*, para el TS, no es suficiente para enervar la protección que merece todo consumidor, al no constar prueba de que aquella “participara en el diseño, gestación y negociación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo”, por lo que no cabe presumir que tuviera información sobre la naturaleza y efectos de la cláusula litigiosa”, lo cual, sumado a la oferta vinculante entregada a la par que la firma de la escritura, en la que hay mera mención a la cláusula suelo, no permiten concluir que se le ofreciera la información precontractual necesaria.

63. b) Respecto a *otro tipo de especialistas en finanzas*, la STS 55/2020, de 23 de enero resolvió que carecía de conocimientos expertos sobre cláusulas suelo el prestatario “en su condición de Interventor del Cabildo Insular de Tenerife (profesionales dedicados a la contabilidad y fiscalización de fondos públicos)”¹³¹.

64. c) La *pertenencia al consejo de administración de una inmobiliaria* (que no es la misma vendedora del inmueble para cuya compra se solicita el préstamo hipotecario) no se considera un puesto que le convierta en un consumidor experto en este tipo de contratos y no exonera a la entidad financiera de cumplir sus deberes de información y transparencia, pues lo contrario (*vid. supra*) implicaría trasladar al adherente la obligación de procurarse esa información; así lo sancionó la STS 517/2022, de 1 de julio, que recordó la distinción entre el contrato de préstamo inicial al promotor y el contrato (éste sí de consumo) de subrogación en él por parte de un consumidor. En cambio, en dos sentencias en que *el comprador era socio de la promotora inmobiliaria vendedora, en cuyo préstamo se subrogaba el consumidor*—cuya condición de tal no se pone en cuestión por los fines personales de la adquisición— esto se considera por la STS 856/2022 de 30 de noviembre y por la STS 181/2023, de 7 de febrero como una circunstancia que impide al consumidor ejercitar “una acción basada justamente en la falta de información que, como comprador que se subroga en dicho préstamo debió recibir sobre las condiciones del préstamo”. Ambas SSTs, que enjuiciaron hechos casi idénticos, disocian los deberes informativos tanto de la prestamista como de la sociedad vendedora prestataria hacia el consumidor que compra y se subroga en el préstamo inicial a promotor: “que la entidad bancaria tenga el deber de informar a los consumidores (...) no releva a la promotora de su obligación de facilitar esa información”; “en este caso, la falta de transparencia por el déficit de información precontractual y contractual, de haberse producido, es también imputable a la promotora vendedora, y el comprador, en tanto que consejero delegado de tal promotora, *sería también responsable de dicha falta de información*, que no puede esgrimir como base de la acción de nulidad de la cláusula suelo” (FD 3 de ambas SSTs de 2022 y 2023). La doctrina del perfil del consumidor experto se aporta, a mayor abundamiento, para confirmar que, teniendo ya en su poder la escritura de préstamo inicial, podía, con un mínimo de diligencia, conocer la existencia y trascendencia de la cláusula en cues-

¹²⁹ Adicionalmente, el director de la sucursal le advirtió de que aunque fuera empleado del banco y contase con ciertas ventajas en las estipulaciones no le liberaban de la cláusula suelo que conocía.

¹³⁰ El TS rechaza el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el error de hecho de que la empleada en realidad no era directora de una sucursal, sino “empleada de mesa”, pues esa circunstancia no fue decisiva para el fallo.

¹³¹ La STS inadmite el recurso de casación por no cumplir requisitos mínimos de formulación y recalca que la SAP no basó su decisión ni exclusiva ni principalmente en la cualificación profesional del prestatario.

ción¹³². Por lo tanto, podría añadirse, más que por ser experto en el tipo de contratos, en este tipo de supuestos lo que penaliza al consumidor es su falta de diligencia al tener esa información a su disposición con antelación y en virtud de su propio desempeño como profesional.

65. d) El amplio rango de conocimientos y especialización que puede comprender la profesión de la *abogacía* hace que el TS haya acotado mucho su excepcional parámetro de ser el consumidor “persona con conocimiento experto en este tipo de contratos”. Si en la pionera *STS 367/2017, de 8 de junio*, consideró que no lo era un abogado asesor de inversiones empresariales en otro país¹³³, en cambio, en la *STS 581/2022, de 26 de julio (FD 2.2)*, sí consideró concurrente esa calidad en un “abogado en ejercicio, asesor y administrador de sociedades inmobiliarias y se publicita asimismo en Internet como experto en derecho bancario y en concreto en cláusulas suelo. Es lógico que estas circunstancias influyan en este caso a la hora de corroborar la suficiencia de la información precontractual recibida”. En su última sentencia hasta la fecha, la *STS 658/2024, de 13 de mayo*, que cuenta con cierta vocación de clarificar a la luz de precedentes anteriores lo limitado de este nuevo canon subjetivo, entiende que no cuenta con ese conocimiento experto y, por ende, a falta de información *ad hoc* suministrada por el banco predisponente, la cláusula suelo no supera el control de transparencia, una abogada dedicada al Derecho de la competencia con solo dos años de ejercicio y su padre, fiador, también abogado, especializado en Derecho laboral, quien representó en la firma a la prestataria, “*la demandante no tienen una especial cualificación en derecho bancario, sino que es especialista en competencia desleal, su cometido profesional es ajeno a la información precontractual sobre las condiciones de los préstamos hipotecarios ofertados por el banco, y a la cláusula contractual no se le presta la importancia contractual que merece (...). Una cosa es que la demandante y su padre presten servicios en distintos despachos, que abarquen diferentes ramas y especialidades del derecho, y otra que sean especialistas en la materia objeto del recurso, máxime además cuando la demandante iniciaba su andadura profesional y no se había dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo*” (FD 3); el banco, por lo tanto, no se hallaba liberado de sus obligaciones precontractuales de información.

66. Si ahora abandonamos el campo abonado de las cláusulas suelo en que ha florecido la tesis del consumidor con “conocimiento experto” y verificamos el tratamiento del estándar empleado al enjuiciar otras cláusulas propias de los préstamos hipotecarios, encontramos un enfoque algo distinto y más continuista con la idea del “consumidor medio” y el control abstracto de transparencia. Así, en relación con los *préstamos multidivisa*, la *STS 642/2020, de 27 de noviembre* entendió que, en el caso, estaba documentado el intercambio de correos electrónicos, que el consumidor tomó la iniciativa al solicitar el préstamo con la modalidad multidivisa, que negoció a la vez con otro banco e intentó asegurar algunas condiciones ventajosas, con lo que demostró un conocimiento previo de las condiciones y riesgos de la hipoteca multidivisa. Ante estas evidencias, el TS concluye que:

“Aunque el *juicio* propio del control de transparencia *es abstracto*, en cuanto que la información exigible *es la que un consumidor medio necesitaría* para poder conocer cómo opera la hipoteca multidivisa y los riesgos que entraña, en el presente caso, los conocimientos mostrados por el consumidor y las comunicaciones mantenidas durante la fase precontractual, ponen en evidencia que *la información prestada permitió, a la vista de las circunstancias concurrentes, alcanzar ese grado de conocimiento suficiente*” (FD 2.4 *in fine*).

En la *STS (Pleno) 418/2023, de 28 de marzo (FD 7.12)*, que constituye una excelente sentencia de resumen de la situación jurisprudencial actual (del TJUE y del TS) sobre el control de transparencia

¹³² En la *STS 181/2023, de 7 de febrero*, se agrega que el demandante era “socio de la sociedad promotora-vendedora, esposo de la administradora social de esa sociedad y quien personalmente gestionó y negoció el préstamo al promotor en el que figuraba la cláusula suelo y en el que él mismo, como comprador, posteriormente se subrogó, conlleva que presentaba unas condiciones que hacían suficiente esa información”.

¹³³ En concreto, el marido de la demandante, que suscribió junto con esta un préstamo hipotecario en 2007, era licenciado en Derecho por una universidad mejicana, con título homologado en España y trabajaba en una empresa que asesoraba a empresas que quisieran establecerse en Méjico.

se toma hasta en tres ocasiones sin ambages la referencia del consumidor medio (en relación con préstamos multidivisa y con el “documento de primera disposición”), en estos términos: “*un consumidor medio no puede prever, sin la información adecuada, que, pese a pagar regularmente las cuotas del préstamo y pese a que el bien hipotecado conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa y ejecutar la hipoteca*” y cita, en relación con la doctrina del consumidor medio, la ya expuesta en la STJUE de 10 de junio de 2021 (*BNP Paribas*); “le resulta sorpresivo porque el predisponente no le facilitó la información precontractual adecuada sobre una cláusula que creaba *un riesgo que un consumidor medio no podía razonablemente prever*” (FD 7.27); y, por lo tanto, “sin necesidad siquiera de entrar en la difícil intelección de las cláusulas cuestionadas *para un consumidor medio*, dados los términos en que están redactadas, las mismas han de ser consideradas abusivas” (FD 7.32)¹³⁴.

No obstante, también es posible encontrar, más aisladamente, alguna brevísima referencia a la posibilidad de tener en cuenta el perfil experto del consumidor, especialmente en alguna sentencia próxima al momento en que esta idea se comenzaba a asentar en la línea jurisprudencial del TS sobre la cláusula suelo; así, la *STS 660/2020, de 10 de diciembre*, (FD 4.2) afirma que no es incompatible ser consumidor e inversor, ni ser consumidor y al mismo tiempo cliente minorista siempre que la inversión no tenga carácter profesional, como siempre ha dicho el TJUE; pero (añade esta STS) “ello no impide que el perfil inversor del consumidor pueda ser tenido en cuenta a efectos de comprobar si hubo transparencia en la contratación”¹³⁵.

67. En cuanto a la *comisión de apertura*, en tanto que la STJUE de 16 de marzo de 2023 había apelado en todo momento a la percepción del consumidor medio, la *STS 816/2023, de 29 de mayo* afirma (FD 8.1) que “no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del *examen individualizado de cada caso*, conforme a la prueba practicada”; tras cotejar si se cumplen los requisitos del TJUE en el caso enjuiciado, se afirma (FD 8.8): “De todo lo cual¹³⁶, cabe concluir que, en este concreto caso, la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva”.

68. En relación con el *IRPH*, el Tribunal Supremo rescata la mención al consumidor medio en los pronunciamientos del TJUE para corroborar (*STS 42/2022, de 27 de enero*, FD 3.2) que “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 (...). De modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH¹³⁷”.

69. Por último, como anticipábamos, existen algunos otros fallos cercanos a la cuestión del consumidor medio, incluso del consumidor medio de un grupo, en los que el TS no se aparta del estándar

¹³⁴ Cfr., recientemente, entendiendo en cambio que en un préstamo multidivisa de una entidad bancaria el documento es de fácil comprensión, los ejemplos son sencillos y “contiene datos meramente aritméticos sobre la influencia de la fluctuación de la divisa en la cuota y en el capital pendiente, *para cuyo entendimiento no hace falta ningún tipo de conocimiento financiero*”, por lo que las cláusulas multidivisa superan el control de transparencia según la *STS 685/2024*.

¹³⁵ Y concluye “que para valorar el nivel de información que tenían los prestatarios y su conocimiento sobre los riesgos de la modalidad de préstamo hipotecario contratada la Audiencia Provincial tuviera en cuenta la actividad empresarial del demandante o sus conocimientos financieros, no quiere decir que le niegue la cualidad de consumidor”.

¹³⁶ Con juicios que entreveran una suerte de estimación de lo comprensible a criterio del tribunal con los datos fácticos del caso (sin alusión alguna al “consumidor medio”), v. gr.: “en cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura (...) 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, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto.”

¹³⁷ Ya en las *SSTS* de 12 de noviembre de 2020 (v. gr., *STS 698/2020, de 12 de noviembre*, FD 4.1.a) se resumía y parafraseaba similarmente la doctrina creada por el TJUE: “puesto que el índice estaba publicado en el BOE (...) *Lo que permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz (es decir, el consumidor medio y no necesariamente el concreto consumidor del caso)* comprender que el referido índice se calculaba

objetivo. Así, la STS 627/2023, de 26 de abril se enfrenta a un supuesto en que existe un convenio entre la Jefatura Superior de Policía de una provincia y una Caja de Ahorros, al que se ajusta un préstamo hipotecario concedido a un policía adscrito a esa Jefatura, sin que conste que esta persona interviniera en la negociación de tal convenio, de modo que tuviera un conocimiento detallado de su contenido. Por eso, “el mero hecho de pertenecer al colectivo afectado por tal convenio no supone que sus integrantes tengan conocimiento de las cláusulas que pueden afectar negativamente a la carga jurídica y económica del contrato y que la entidad bancaria quede relevada de informar adecuadamente sobre su existencia y trascendencia”, sobre una cláusula suelo, en el caso.

4. Contraste y balance final (¿otras opciones?)

70. Del análisis efectuado se concluye que es notorio que existe en la actualidad una cierta divergencia entre el planteamiento del TJUE y del TS. Mientras el Tribunal europeo ha adoptado el estándar del consumidor medio y el control objetivo de transparencia, sin que los conocimientos superiores de un consumidor concreto enerven los deberes informativos del empresario predisponente ni rebajen en modo alguno el control de transparencia, ni siquiera en casos de abogados (STJUE de 3 de septiembre de 2015, *Costea*) ni de empleados de banca con experiencia en la materia del contrato (STJUE de 21 de septiembre de 2023, *mBank*), el Tribunal Supremo español ha tratado de mantener el canon del control objetivo de transparencia como regla de principio, pero ha encontrado en el parámetro de la “persona con conocimiento experto” precisamente en el tipo de contrato litigioso una vía desestimar las pretensiones de un aprovechamiento ventajista del Derecho de consumo por parte de algunos profesionales especializados cuando concluyen para fines personales actos propios del núcleo de su profesión. Ciertamente es que el TS está tratando, con prudencia, de limitar al máximo la excepción que ha creado al control objetivo de transparencia, pero no deja de ser una construcción que se aparta por el momento de la del TJUE. No se aprecia ninguna vocación de desatención de la jurisprudencia del TJUE, sino más bien la voluntad de alcanzar la justicia material del caso concreto en supuestos lindantes con el abuso de derecho. Sin embargo, confrontado el parámetro subjetivista del “conocimiento experto en el tipo de contrato” en una potencial cuestión prejudicial con la jurisprudencia comunitaria, es muy posible que aquel criterio sea considerado opuesto a la interpretación del TJUE de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13.

71. Para evitar esa potencial nueva corrección de la jurisprudencia española por parte del TJUE, es posible pensar en alternativas para resolver ese pequeño grupo de casos de consumidores muy especializados que impetran el control de transparencia cuando ellos mismos son perfectos conocedores, por su profesión, de la información que habían de recibir. Y esas alternativas, acaso menos expuestas al revés del TJUE, podrían ser:

- a) *La vía de la “negociación”* probada. En la narrativa de las circunstancias de algunos de los casos expuestos se aprecia que la posición del prestatario (o del fiador del prestatario) fue determinante a la hora de la concesión del préstamo o del contenido de algunas de sus cláusulas¹³⁸ o, en otros casos, el consumidor demostró un papel tan activo comparando y negociando con diversas entidades que demostró haber comprendido a la perfección las características y riesgos de lo finalmente contratado¹³⁹. Si el cauce argumental puede reconducirse a negociación, el régimen íntegro de las cláusulas abusivas (incluido el control de transparencia) queda desactivado. Naturalmente, no todos los supuestos podrán reconducirse a esta vía, pero sí algunos.
- b) *La vía del examen de “todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración”* del contrato (art. 82.3 TRLGCU y art. 4.1 Directiva 93/13), que demuestren que fue suficiente toda la información dada para que un consumidor *medio* comprendiera el alcance jurídico y económico de las cláusulas en cuestión.

¹³⁸ Vid. *supra*, STS 605/2019, de 12 de noviembre y STS 487/2022, de 16 de junio.

¹³⁹ STS 642/2020, de 27 de noviembre.

- c) *La vía del “abuso de derecho”* por el consumidor que impetra auxilio judicial con base en una acción fundada en un déficit de información, cuando, por circunstancias muy específicas (y nunca en términos generales que generen una obligación en el adherente de procurarse la información él mismo, lo cual desnaturalizaría inaceptablemente el control de transparencia), esa información estuviera ya en su poder –v. gr., cuando la genera él mismo como profesional del ramo en contratos similares, en casos en que negoció como profesional el préstamo en el que ahora se subroga como consumidor–; en el fondo, esa *ratio* del abuso de derecho, sin ser mencionada en los fallos, parece subyacer en muchos de ellos, como en los supuestos de comprador que era a la vez socio de la promotora inmobiliaria vendedora¹⁴⁰ o de directores de sucursal bancaria que comercializan en su día a día con cláusulas suelo¹⁴¹. Esta vía, además de los problemas procesales y sustantivos nacionales con que cuenta de suyo, tendría también el trance de afrontar, en un eventual escrutinio ante el TJUE, el *contraste con los principios de efectividad y de equivalencia*, que quizás tampoco hiciesen prosperar el argumento del abuso de derecho por considerarlo una vía que afronta la efectividad de la Directiva 94/13 y el carácter disuasorio de sus remedios frente a los empresarios.
- d) Por último, me atrevería a sugerir como preferible dentro del camino iniciado por el TS, *la vía del “consumidor medio del grupo al que va dirigida la oferta”*. De esta manera, el Alto Tribunal no se saldría del estándar del consumidor medio trazado por el TJUE (que ha rechazado de plano que el tener conocimiento experto pueda reducir las exigencias del control de transparencia y de los deberes empresariales); pero a la vez aprovecharía matiz de la normativa de la UE y de la propia jurisprudencia del TJUE sobre prácticas comerciales desleales. Ciertamente este subestándar del consumidor medio está más bien pensado para proteger a consumidores “vulnerables”, por lo tanto, más desprotegidos que un consumidor medio, pero al crearse legal y jurisprudencialmente la categoría del consumidor medio de un grupo, en principio, nada obstaría, acaso, si ese grupo es muy determinado, homogéneo e identificable, a exigir unos estándares de transparencia *ad hoc*. Entiendo que este estándar del consumidor medio del grupo al que va dirigida la oferta se podría aplicar a los supuestos de empleados bancarios que gozan de unas especiales ventajas y condiciones en los préstamos hipotecarios que suscriben con las entidades financieras para las que trabajan¹⁴²; forman un grupo adornado de unas especiales características, cuentan, como media, con unos conocimientos muy superiores por su práctica laboral diaria a los de un consumidor medio, etc. Ciertamente, el patrón creado por el TS cuenta con la ventaja de afinar más, dentro de este grupo medio, quiénes tienen un conocimiento aún más experto y también permite privar de la protección de la transparencia a abogados muy especializados a los que no parece tan sencillo englobar en un grupo destinatario de un tipo de contratos. No obstante, ante los riesgos de que el nuevo canon del TS pueda ser impugnado por el TS, si esos casos extremos deben tener un tratamiento *ad hoc*, quizás convenga explorar la vía o vías enunciadas, siempre dentro de la excepcionalidad de los casos que se abordan.

72. Una vez enunciadas estas alternativas, constructivas, pensadas para el dilema al que se ven enfrentados los tribunales al haber de aplicar la perspectiva del consumidor medio en casos ciertamente extremos, retornamos a sintetizar los argumentos, que, a nuestro juicio, avalan rectamente el control objetivo de transparencia defendido por el TJUE frente a propuestas más subjetivistas y contrarias al canon del consumidor medio (apartado V), para analizar por último si dos casos importantes en curso de decisión por el TJUE, *Caixabank et. al.* (apartado VI) y *Compass Banca* (apartado VII), refrendarán estos argumentos o virarán en algún sentido, incluida la noción de consumidor medio –en un sentido

¹⁴⁰ STS 856/2022 de 30 de noviembre y STS 181/2023, de 7 de febrero.

¹⁴¹ STS 487/2022, de 16 de junio.

¹⁴² Las circunstancias fácticas que rodean los supuestos de las STS 487/2022, de 16 de junio y STS 130/2023, de 31 de enero son un buen ejemplo del proceder habitual de los bancos en relación con las ventajas de sus empleados en los préstamos hipotecarios (sin que eso comporte eliminación de cláusulas suelo u otras cláusulas de potencial abusivo).

distinto, más hacia la vulnerabilidad que hacia el consumidor medio altamente cualificado y racional dentro de un grupo específico—.

V. Argumentos a favor del control objetivo de transparencia basado en el consumidor medio y propuestas alternativas.

1. Justificación

73. A mi juicio, estos son los argumentos que avalan, frente a otras tesis que doctrinalmente se proponen (*infra*, sub V.2), el referido control objetivo:

- a) *El fundamento del control de transparencia radica en los especiales deberes de información del predisponente hacia todo consumidor, no en la evaluación del consentimiento de cada concreto consumidor.* La distinción entre “conocimiento”, “comprensión”, “negociación” y “consentimiento/adhesión”¹⁴³ resulta crucial para deslindar correctamente las bases del control de transparencia. El conocimiento, que el considerando 20º de la Directiva 93/13 cifra en “la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas”, lo cual tendría su encaje en Derecho español en el control de incorporación, se ha reformulado por el TS como el “control de cognoscibilidad”; la negociación, característica del concurso de voluntades entre partes en igualdad de condiciones que emiten su consentimiento (marco propio del Código civil), puede distinguirse de la “adhesión” en relación con cláusulas no negociadas, predispuestas e impuestas, en el sentido de que el consumidor/adherente “no haya podido influir sobre su contenido” (art. 3.2 Directiva 93/13). La comprensión es distinta del conocimiento: comporta, en el ámbito de la transparencia, que la cláusula sea comprensible para el adherente medio en las circunstancias del caso, *no* que *ese* consumidor concreto comprendiese, pues entonces lo que se estaría evaluando es su consentimiento y para eso ya existe el cauce de la anulabilidad por vicios en el consentimiento provocados por error o dolo. En el diseño de la transparencia realizado por el TJUE, lo que se comprueba es el grado de cumplimiento de los deberes informativos para que cualquier consumidor normal, en un caso como ese, con esa información, en ese momento y con esas circunstancias y tipo contractual, hubiese advertido la importancia y alcance de la cláusula; por eso son irrelevantes la formación, conocimientos y experiencia del consumidor concreto del caso¹⁴⁴, pues junto con la restauración de la justicia contractual, se busca también con la transparencia depurar el mercado de actividades contrarias a la buena fe: la transparencia contractual redundaría en la transparencia del mercado y la competencia. De ahí que el fundamento ubicado en comprobar los deberes informativos de quienes compiten en el mercado con ofertas que han de ser comparables y no, por tanto, en comprobar la comprensión de cada concreto consumidor tenga unas consecuencias coherentes, como son:

- El control de transparencia (que aboca en la abusividad y nulidad de la cláusula) puede y debe ser efectuado *de oficio*, incluso en procedimientos en que el consumidor adherente está declarado *en rebeldía*¹⁴⁵, cosa que no podría suceder si el objeto de evaluación fuese el consentimiento del concreto consumidor.

¹⁴³ Me he ocupado de la distinción de estas cuatro nociones, en particular, en CÁMARA LAPUENTE, “Las (seis) SSTS...”, cit., p. 1784 y ss. (reproducido en ID., *Contratos y protección jurídica...*, cit., pp. 376-386) y en ID., “Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios (vLex)*, (nº especial), marzo 2021, pp. 26-43 (disponible en https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/transparencia_camara_2021.pdf), en particular, pp. 27-32.

¹⁴⁴ También los conocimientos expertos por encima de los propios de un consumidor medio.

¹⁴⁵ *Vid.* STJUE 4 junio 2020, C-495/19, *Kancelaria Medius SA*, ECLI:EU:C:2020:431, § 52: una disposición nacional no puede impedir al juez adoptar las diligencias de prueba necesarias para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula cuando el consumidor demandado se encuentra en rebeldía.

- Igualmente, *puede practicarse en procesos colectivos* y no sólo en acciones individuales, con independencia del número de consumidores afectados por la acción colectiva planteada por las entidades habilitadas al efecto.
 - Dado que los conocimientos y experiencia previa del consumidor no desempeñan un papel en el control de transparencia basado en el consumidor medio, *tampoco son relevantes en caso de empresario inexperimentado o que actúa fuera del núcleo central de su negocio o profesión*, pero con finalidad profesional. Es decir, el control objetivo basado en el consumidor medio es plenamente coherente con que el empresario adherente, también objetivamente considerado, no merece protección desde la tutela propia de los consumidores, aunque tenga un conocimiento “no experto”.
- b) *El estándar objetivo del consumidor medio es el mismo empleado (por vía jurisprudencial europea) en las principales Directivas de protección del consumidor contratante*, en la fase de formación del contrato, en relación con la información “clara y comprensible” que debe suministrarse, en particular en relación con la fijación del precio, la obligación de pago y otras circunstancias fundamentales del compromiso adquirido: así ocurre en relación con las directivas transversales y comunes que hemos identificado como núcleo de esta protección contractual¹⁴⁶, como la Directiva 2011/83 sobre Derechos del consumidor¹⁴⁷ o con la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales.
- c) *La relación e interacción entre la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas*, en particular por omisión de información relevante o presentación engañosa (poco transparente) de la misma, habla también a favor de la adopción del mismo estándar de consumidor (medio) cuya percepción de la carga jurídica y económica puede alterarse con ese tipo de prácticas o cláusulas no transparentes¹⁴⁸.
- d) *La interpretación transversal y coherente de la noción de “consumidor” en diversas directivas y normas interrelacionadas es un objetivo asentado en el TJUE*. Si bien en inicio este tribunal tendió a patrocinar interpretaciones autónomas de los conceptos de cada norma de la UE, desde hace unos años viene sosteniendo que “para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el legislador europeo en el sector de los contratos celebrados por los consumidores y la coherencia del Derecho de la Unión, procede tener en cuenta el concepto de “consumidor” contenido en otras normativas del Derecho de la Unión”¹⁴⁹. Esta perspectiva de interrelación ha producido recientemente un ejemplo notable de las consecuencias de esa permeabilidad: la STJUE de 8 de junio de 2023 (*IS*)¹⁵⁰ sostiene que para conseguir esos objetivos y coherencia, *en relación con el concepto de consumidor de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, “la Directiva 2011/83 es particularmente pertinente a este respecto”* (§ 41), pues no solo contienen definiciones equivalentes y con el mismo objetivo (§ 42), sino que además están estrechamente vinculadas, pues esta modificó a aquella y ambas

¹⁴⁶ *Vid. supra*, apartados III.3 y IV.1.

¹⁴⁷ Recuérdense la STJUE de 7 de abril de 2022, *Fuhrmann*, y la STJUE 5 mayo 2022 (*absoluts-bikes/Victorinox*). O, en el ámbito de la información precontractual sobre los honorarios de abogados y su potencial carácter abusivo, la STJUE de 22 de septiembre de 2022 (*Vicente*) o la STJUE de 12 de enero de 2023 (*DV*).

¹⁴⁸ Sobre la relación de ambas Directivas en este punto (*supra*), *vid.* las citadas STJUE 15 marzo 2012 (*Pereničová*) y STJUE 22 septiembre 2022, C 335/21 (*Vicente*).

¹⁴⁹ STJUE 25 enero 2018 (*Schrems*) § 28 y STJUE 10 diciembre 2020 (*Personal Exchange*), §§ 44-45, ambas citadas *supra*. El estándar del consumidor medio también es usado por el TJUE en la interpretación de la noción de consumidor de otras normas, como el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre, sobre competencia judicial, particularmente en asuntos en que también está en juego el carácter abusivo de alguna cláusula: *vid. supra*, cit., STJUE 3 octubre 2019 (*Petruchová*) § 55, y STJUE 2 abril 2020 (*Reliantco*) § 55.

¹⁵⁰ STJUE 8 junio 2023, C-570/21, *I.S., K.S. vs. YYY. S.A.*, ECLI:EU:C:2023:456: además de recordar el carácter objetivo de la noción de consumidor, independiente de los conocimientos concretos de una persona o de la información que realmente disponga (§ 30) aborda como cuestión central la interpretación del concepto de consumidor de la Directiva 93/13 con los parámetros de la Directiva 2011/83: §§ 40-45 y descarta la interpretación más restrictiva de normas sobre competencia, de interpretación más estricta (§§ 50 y 51), por lo que no aplica el concepto estricto sobre contratos de doble finalidad adoptado en la STJUE 20 enero 2005 (*Gruber*).

pueden aplicarse al mismo contrato (§ 43); de donde concluye que para resolver cuál debe ser el criterio a aplicar en los contratos de doble finalidad al amparo de la Directiva 93/13, que no los aborda, “procede tener en cuenta el considerando 17 de la Directiva 2011/83”, de manera que si el objeto comercial del contrato “es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor” (§ 44) y esta interpretación debe ser corroborada por los considerandos de otras normas europeas en sentido similar¹⁵¹: “estos considerandos son testimonio de la determinación del legislador de la Unión Europea de dar un alcance horizontal a esa definición”.

- e) *La noción de “consumidor medio” no es tan distinta de la más proteccionista de “consumidor vulnerable”* según el tipo de contrato que se afronte o el canal de contratación empleado, dado que, en la actualidad, en algunos ámbitos, como el digital, los estudios empíricos han demostrado que todos los consumidores resultan vulnerables de una u otra forma¹⁵² y, además, según las últimas declaraciones del legislador europeo, precisamente en el considerando 34 de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores –empleada por el TJUE para interpretar el concepto de consumidor como se acaba de ver–, tras citar las circunstancias de vulnerabilidad (similares a las recogidas en la Directiva 2005/29), establece: “*la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores*”. Por lo demás, en el ámbito de los préstamos hipotecarios, en que se ha desarrollado principalmente la jurisprudencia examinada, un cierto estándar de cultura financiera media no parece tan difícil de constatar, como el propio TS afirma según el tipo de cláusula en cuestión (prominencia de la comisión de apertura, cálculo de intereses a los que se renuncia en una novación, comprensión del IRPH, etc.).
- f) El empleo del estándar del “consumidor medio”, aplicado también al control de transparencia de las cláusulas no negociadas tiene la virtud de alcanzar un *equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los empresarios predisponentes*: dado su carácter de promedio *ni todos los consumidores* (descuidados, negligentes, poco atentos) quedarán protegidos por este control *ni los requisitos de su aplicación son tan exigentes* que dejen fuera un número importante de adherentes (recuérdese la obligación de conocer el derecho aplicable, pero no de realizar “investigaciones jurídicas” por el consumidor medio)¹⁵³. En este sentido, a cambio de una muy necesaria seguridad jurídica que aporta el canon objetivo, el precio a pagar serían los supuestos muy marginales en que un consumidor particularmente perspicaz, con conocimiento experto por su profesión, pueda beneficiarse de este patrón de medición, aunque quizás para este tipo de contratos puedan encontrarse otras vías de solución a través

¹⁵¹ Considerando 18 de la Directiva 2013/11, considerando 13 del Reglamento (UE) 524/213, que versan sobre litigios de consumo, cita esta STJUE. Véanse también en el mismo sentido, cabe añadir, en el plano de la protección contractual sectorial de consumo, el considerando 12 de la Directiva 2014/17 sobre contratos de crédito inmobiliario, el 17 de la Directiva 2019/770 sobre contratos de contenidos y servicios digitales y el 22 de la Directiva 2019/771 sobre compraventa de bienes. Por este afán de interrelacionar, tiene también en cuenta la colación de las referencias al consumidor medio y al vulnerable en las Directivas anteriores a la Directiva 93/13 (*supra*, III.3).

¹⁵² En particular, con la posibilidad de aprovechar los sesgos cognitivos a partir del perfilado y personalización derivado de la vigilancia y recolección omnipresente de datos personales. Sobre esta cuestión de la vulnerabilidad digital omnicompreensiva, *vid.* HELBERGER, N., ZUIDERVEEN BORGESIU, F., REYNA, A., “The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law”, *Common Market Law Review*, 54-5, 2017, p. 1448 y ss. También, por todos, HELBERGER, N., MICKLITZ, H.-W, SAX, M., STRYCHARZ, J., “Part I. Surveillance, consent and the vulnerable consumer. Regaining citizen agency in the information economy”, en BEUC (HELBERGER, N., LYNKEY, O. MICKLITZ, H.-W, et al.), *EU Consumer Protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, Brussels, Marzo 2021, en especial, p. 14 y ss.; en p. 24 se puede leer: “Singling out and labelling particular groups of consumers as vulnerable by considering all other digital consumers as ‘normal’ is also not in line with our findings that digital vulnerability is essentially a universal condition that potentially applies to all consumers in the digital marketplace”). Sobre lo inapropiado de la indagación de la formación de la voluntad de un concreto usuario y no del usuario medio, en particular en relación con la “intencionalidad” dolosa o la “culpa” del empresario en este contexto me he pronunciado en CÁMARA LAPUENTE, S., “Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿Navegar es contratar (servicios digitales “gratuitos”)?”, en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 331-405, en particular, p. 394 y ss. (y sobre la pregunta de si el contrato de adhesión es un auténtico contrato, *vid.* pp. 360-367).

¹⁵³ *Supra*, IV.2.C.

del abuso de derecho o la delimitación del consumidor medio dentro del grupo homogéneo al que va dirigida la oferta, entre otros¹⁵⁴.

2. Alternativas doctrinales

74. Se acaban de anticipar los argumentos por los cuales no se comparte la posición de dos orientaciones doctrinales que propugnan descartar parámetro del consumidor medio en el ámbito de las cláusulas abusivas. Quienes abogan por este descarte, lo hacen por razones distintas: para unos porque lo que debería ser objeto de control de transparencia es el consentimiento de cada concreto consumidor y, para otros, porque el estándar debería ser el de la protección del consumidor vulnerable y no el del medio. De justicia es dejar reflejo de ambas posiciones, que, por las razones expuestas, no resultan suficientemente convincentes para quien esto escribe (ni, cabe decir, para la mayoría de la doctrina, que no ha abrazado estos postulados alternativos)¹⁵⁵.

A) El control subjetivo del consentimiento por error o dolo incidental

75. Voces muy autorizadas han sostenido, especialmente desde 2017 que, en relación con las cláusulas que describen el objeto principal del contrato, su validez se deriva no de su aceptación por el consumidor, sino porque “reflejan el acuerdo consentido por el consumidor” y si se apartan de lo que razonablemente hubiera podido ser consentido no valdrán, precisamente por un control del consentimiento, cuya prueba corresponderá al empresario predisponente¹⁵⁶. Evaluándose el consentimiento, el mecanismo lógico sería aplicar el *error esencial*, se sostiene, en un ámbito, el de los elementos centrales del contrato en que “debe jugar la autonomía privada (las reglas de los artículos 1091 y 1255 CC): el legislador quiere que el consumidor lea y comprenda bien el sentido de las referidas cláusulas”¹⁵⁷. Esta aproximación inicial, al encontrarse con algunos problemas, como que no cabe la nulidad parcial del contrato al aplicar el error en el consentimiento –y al consumidor puede interesarle mantener la validez

¹⁵⁴ *Supra*, IV.4.

¹⁵⁵ Así, una crítica del control subjetivo de la transparencia basado en los vicios del consentimiento, en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, *Revista de Derecho Civil*, VI.1., 2019, pp. 361-397, en especial, p. 383; o en VAQUER ALOY, A., “El control de transparencia”, en MORALES MORENO, A.-M., *Estudios de Derecho de contratos*, BOE, Madrid, 2022, p. 1307 y ss., en especial, pp. 1324-1327; PÉREZ GIL, *op. cit.*, pp. 168-170.

¹⁵⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato”, en Almacén de Derecho, 21 marzo 2017 (disponible en: <https://almacendederecho.org/clausulas-predisuestas-describen-objeto-principal-del-contrato>); con antelación, el prof. ALFARO ya había apelado, siguiendo a la doctrina alemana y desde sus primeros trabajos, a la necesidad no practicar un control abstracto en relación con las cláusulas sorprendentes, cuya finalidad de protección es, a su juicio, solo individual, en tanto que el control de contenido (abusividad) permitiría el control abstracto. Así lo recuerda en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La próxima sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo”, *Almacén de Derecho*, 14 enero 2017 (disponible en <http://almacendederecho.org/la-proxima-sentencia-del-tribunal-supremo-las-clausulas-suelo>).

¹⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”, *Almacén de Derecho*, 12 marzo 2017, en la que fue su primera entrada sobre la materia, (disponible en: <https://almacendederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato>), ahora también recogido en *Id.*, *Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores*, Comares, Granada, 2023, p. 1. Sin haber alterado su posición sobre lo relativo a un preferible control vía dolo incidental (y en sus propuestas de *lege ferenda* aboga por la desaparición del control concreto/individual de la abusividad de los *core terms*, sustituido por las normas sobre el error y el dolo como vicios del consentimiento, dejando sólo el control abstracto para las acciones colectivas que, a su juicio, habrían de presumirse transparentes en caso de haber cumplido el empresario los deberes sectoriales de información precontractual [*Id.*, *Las cláusulas abusivas...*, cit., pp. 30-31]), en una de sus posteriores entradas, se lee (*Id.*, *Las cláusulas abusivas...*, cit., p. 59, de las últimas sobre “el control de transparencia” en el libro citado): si las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se encuentran exceptuadas en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 “es porque, respecto de aquellas (y a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas accesorias), la competencia en el mercado puede funcionar de manera eficiente sobre la base de que el consumidor estándar (‘un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz’) cuente con información precontractual bastante para valorar correctamente las consecuencias económicas y jurídicas que tendrán para él” (cursiva añadida) [“Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13”, *Almacén de Derecho*, 9 marzo 2020 (disponible en: <https://almacendederecho.org/sobre-el-articulo-4-2-de-la-directiva-9313>)].

del contrato pese a la cláusula nula—, se transformó en una propuesta favorable a entender que se produce en realidad un *dolo incidental*, pues pese a las maquinaciones insidiosas del predisponente que presentó una cláusula poco transparente, sin que esta fuese decisiva de la contratación —dado que el consumidor sí quiere contratar, pero no en los términos acordados mediante una cláusula sorprendente o poco transparente—, la solución no debería ser la anulación del contrato en su conjunto, sino el reajuste del contrato para que su contenido se alinee con las legítimas expectativas del consumidor, con base en el art. 1270 CC (que obliga sólo a indemnizar daños y perjuicios a quien lo padeció), con la consecuencia de que al ser anulables y no nulas de pleno derecho, no podrían ser objeto de control de oficio y estarían sometidas al plazo de caducidad del Código Civil¹⁵⁸. Algunos autores se han sumado también al control subjetivo añadiendo otros argumentos¹⁵⁹, pero incluso cuando se apela a los problemas procesales del control de transparencia en acciones colectivas, parece volverse a reconocer que el canon del consumidor medio acaba imponiéndose¹⁶⁰. Ni que decir tiene que esta doctrina no comparte la idea de que el control de transparencia deba aplicarse tanto a elementos esenciales como accesorios, frente a lo que siempre ha dicho el TJUE¹⁶¹ y, recientemente, por fin, el TS¹⁶², ni otros argumentos hoy ya consolidados en la jurisprudencia del TJUE antes reproducidos.

¹⁵⁸ PANTALEÓN PRIETO, “Diez tesis...”, cit. (e ID., *Las cláusulas abusivas...*, cit., pp. 2-3; ALFARO ÁGUILA-REAL, “Cláusulas predispuestas que describen...”, cit. Con interesantes matices respecto al error, se adhiere preferentemente a la tesis del dolo incidental MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *Indret*, 2/2018, en especial, pp. 33-41, con un detenido análisis que significativamente rotula “3.4. Fundamento de este control: la necesidad de proteger el consentimiento (rectius, libertad de saber) del adherente”.

¹⁵⁹ Con posterioridad al ensayo citado en la nota anterior, el prof. MIRANDA ha vuelto a abordar la cuestión en MIRANDA SERRANO, L. M., “Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: a propósito de algunas experiencias en el sector financiero”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 4, julio-diciembre 2022, pp. 111-156, en especial, p. 118, 125 y 140 y ss.; en la página 118 se lee como argumento que le hace decantarse: “a mi juicio, esta concepción subjetiva de la transparencia es la aceptable. La objetiva no llega a convencerme porque la convierte en una modalidad de control de transparencia formal, pero de carácter cualificado; algo así como una prolongación de los requisitos de inclusión o de incorporación pero reforzados”. Sostiene también, el citado especialista (como los profs. ALFARO y PANTALEÓN) que no debe ser idéntico el control de transparencia de elementos accesorios y principales y, en su tesis de ser preferible el control subjetivo apunta (p. 143) que no sería lo mismo seguir la tesis del consentimiento viciado (acción de anulabilidad en cuatro años) que concebirlo como una falta de consentimiento (por entender no incluida la cláusula no transparente en la oferta del contrato), en cuyo caso la apreciación del carácter no transparente sí podría realizarse de oficio por el juez. Por su parte, con renovadoras reflexiones, el prof. RUIZ ARRANZ, A., “Sobre el control de transparencia de las cláusulas predispuestas”, *Almacén de Derecho*, 21 febrero 2023 (<https://almacenederecho.org/sobre-el-control-de-transparencia-de-la-clausulas-predispuestas>), aboga por sostener que “la transparencia solo se proyecta sobre cláusulas completamente accesorias o sobre cláusulas accesorias que afectan al objeto principal del contrato”, y ese control ha de ser abstracto, objetivo debiendo quedar reservado al examen de las cláusulas que definen el objetivo principal del contrato un control subjetivo basado en el consentimiento y en la idea del error o el dolo (por entender que estas cláusulas están directamente excluidas de la Directiva, que sólo se ocuparía de las accesorias en general o de las que pueden alterar el precio en particular) o en el control de incorporación.

¹⁶⁰ Es el caso de reconocidos procesalistas, pese a abogar por el control subjetivo; se reproducen a continuación las palabras de Díez-PICAZO, I., “Sobre la prueba de la cognoscibilidad razonable de los consumidores”, *Almacén de Derecho*, 23 mayo 2024 (disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-la-prueba-de-la-cognoscibilidad-razonable-de-los-consumidores>): “Cabe plantearse si los elementos que el tribunal puede tener en cuenta para formular su juicio de cognoscibilidad han de referirse necesaria y exclusivamente al concreto consumidor (juicio subjetivo y concreto), o si es admisible que tengan un alcance mayor (juicio objetivo y general). Aquí suele entrar en escena la ideal del *consumidor medio*, ese ser hipotético del que se predica ser “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. En mi opinión, esta cuestión engloba un falso problema. A mi juicio, la idea del *consumidor medio* es innecesaria, porque se llega a la misma conclusión sin hacerlo intervenir. En principio, *si el consumidor es Ticio, la cognoscibilidad objeto de prueba es la de Ticio, no la del consumidor medio*. Ahora bien, es obvio que cognoscibilidad no es conocimiento. En el caso del derecho a reclamar, la cognoscibilidad derivará del grado de difusión de ciertos datos e informaciones. Y por la naturaleza de las cosas la prueba de la cognoscibilidad será la misma para Ticio que para el conjunto de los afectados. Por tanto, la prueba puede razonablemente desplegarse sobre la generalidad de los afectados, sin que eso signifique que no se está probando la cognoscibilidad de Ticio” (énfasis del propio autor).

¹⁶¹ STJUE 30 abril 2014 (*Kásler*), § 69; STJUE 20 septiembre 2017 (*Andriiciuc*), § 43, ATJUE 22 febrero 2018 (*Lupean*), § 23; STJUE 3 marzo 2020 (*Gómez del Moral Guasch*), § 46; o las sentencias sobre la comisión de apertura: STJUE 16 julio 2020 (*Caixabank*), § 66 y STJUE 16 marzo 2023 (*Caixabank*), § 28.

¹⁶² STS (Pleno) 418/2023, de 28 de marzo, FD 7.20 (*vid.* también los §§ 15 y ss. y 22).

A) El estándar más proteccionista del consumidor vulnerable frente al estándar medio

76. Desde una perspectiva completamente diferente y, por ahora, muy minoritaria¹⁶³ se ha sostenido que la noción del consumidor medio es insuficiente para el control de transparencia, por ser preciso ajustar ésta al consumidor vulnerable, que supone un estándar más exigente para no dejar sin protección a determinados usuarios no cubiertos por la media. En opinión de estos autores, la extrapolación de la noción de “consumidor medio”, procedente de las prácticas comerciales desleales, se hizo al ámbito de la transparencia de las cláusulas no negociadas a partir de 2014, como ya vimos, por el TJUE sin una mayor elaboración ni justificación¹⁶⁴; el modelo del consumidor medio ha sido muy criticado por los juristas que aplican los resultados de las ciencias económicas del comportamiento humano, por no tener en cuenta la realidad, menos racional de lo que marca el estándar, de la conducta actual de los consumidores, lo que dejaría desprotegidos a los consumidores vulnerables. A juicio de estos autores, ni el tenor literal de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva de cláusulas abusivas, ni su interpretación sistemática (pues no se menciona en ningún pasaje al consumidor medio) avalan ese paso, en tanto que se propone teleológicamente y de acuerdo con el principio de eficacia de la Directiva que se garantice un nivel de protección mayor teniendo en cuenta a los consumidores vulnerables¹⁶⁵. Según sus conclusiones, el entendimiento común de los arts. 6 y 9 de la Directiva 2005/29 implica que para impugnar una práctica comercial como engañosa o agresiva sólo se puede usar el estándar del consumidor medio y eso no debería ser así, dado que conforme al criterio general del art. 5 los consumidores deben probar que la práctica es contraria a la diligencia profesional y que puede distorsionar el comportamiento del consumidor medio dentro de un grupo vulnerable; a su entender, es preferible que los tribunales empleen el test del equilibrio/justicia (*fairness*) antes que el de la diligencia profesional¹⁶⁶. Otras voces se preguntan por la pertinencia de mantener el concepto general de consumidor (esto es, el que actúa al margen de una actividad profesional) por el extenso nivel de protección y seguridad que otorga o bien si lo oportuno es diversificar la definición y contextualizarla para los nuevos escenarios de la digitalización y la sostenibilidad¹⁶⁷.

VI. ¿Ha de mantenerse? (Conclusiones de la AG en el asunto C-450/22, 18.1.2024): el control abstracto y objetivo a prueba de acciones colectivas, complejidad, número, circunstancias y tiempo

77. Como exponíamos al inicio de este ensayo, ante el ejercicio de una acción colectiva de cesación de cláusula suelo emprendida por una asociación de consumidores contra más de un centenar de entidades financieras de nuestro país¹⁶⁸, el Tribunal Supremo solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión

¹⁶³ Fundamentalmente me refiero a ESPOSITO, F., GROCHOWSKI, M., “The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A Plea for Reconsideration”, *European Review of Contract Law*, 18.1, 2022, pp. 1-31, quienes en p. 11 señalan que la justificación del estándar del consumidor medio prácticamente no ha atraído la atención de la doctrina, que raramente cuestiona la *communis opinio*.

¹⁶⁴ ESPOSITO/GROCHOWSKI, *op. cit.*, p. 9, que denuncian que esas bases conceptuales también estuvieron ausentes de las conclusiones del AG WAHL en el asunto *Kásler*, con el cual el consumidor mencionado en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 pasó a convertirse en el “consumidor medio”.

¹⁶⁵ *Idem*, pp. 18-20. Acto seguido abogan por aplicar una “teoría del daño” para fomentar el bienestar de los consumidores como punto de referencia en una economía de mercado.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 31: si se asume que los elementos esenciales tienen que ser transparentes para el consumidor vulnerable, éste no tendrá que argumentar que la práctica puede distorsionar su comportamiento, argumentan. Sobre la relación entre vulnerabilidad a raíz de su incorporación en el art. 3 TRLGDCU y su potencial aplicación a la transparencia de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento, con la nueva mención del art. 60.1, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, “Hacia el carácter abusivo directo...”, *cit.*, pp. 31-32, donde se alerta de lo inadecuado de usar la noción de consumidor vulnerable en un sentido distinto, para rebajar la protección ya existente para el consumidor medio.

¹⁶⁷ MAK, “How Can Consumer Interests be Protected...”, *cit.*, pp. 58-59 y 61, pero sin dar una respuesta clara, que requiere, según la autora, una mayor investigación.

¹⁶⁸ ADICAE ejercitó la acción colectiva de cesación inicialmente contra 48 entidades financieras que operaban en España. Además, acumuló a la acción de cesación una acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas y, posteriormente, amplió su demanda en dos ocasiones hasta dirigirse contra 101 demandadas. Más de 800 consumidores se personaron en apoyo de estas pretensiones.

Europea mediante el ATS de 29 de junio de 2022 decisión prejudicial, en esencia, sobre dos cuestiones: si una acción colectiva de cesación es un mecanismo procesal adecuado para realizar el control de transparencia de cláusulas contractuales (*ex arts. 4.1 y 7.3 Directiva 93/13*), cuando el enjuiciamiento abstracto afecta a millones de contratos de más de un centenar de entidades financieras, “sin tener en cuenta el nivel de información precontractual ofrecido (...) ni el resto de circunstancias concurrentes en cada caso”?; y, en segundo lugar, si el control abstracto de transparencia es posible desde la perspectiva del consumidor medio cuando hay ofertas dirigidas a distintos grupos de consumidores, cuando son múltiples y diversas las entidades predisponentes y cuando el conocimiento público sobre esas cláusulas fue evolucionando a lo largo de un período largo de tiempo (*ex arts. 4.2 y 7.3 Directiva 93/13*).

78. En esencia, *la AG MEDINA responde a ambas cuestiones (§ 94) que es perfectamente posible realizar ese control abstracto de transparencia y, además, que es el único coherente con la normativa en vigor*; así, por una parte, para considerar en un proceso colectivo todas las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato, la AG contesta que “incumbe al órgano jurisdiccional nacional revisar las prácticas contractuales y precontractuales estandarizadas de cada entidad financiera afectada a la luz del estándar objetivo del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. Y, por otra parte, los arts. 4.2 y 7.3 son “son compatibles con un control abstracto de la transparencia, desde la perspectiva del consumidor medio. El consumidor medio es un estándar objetivo relativo a la apreciación de las cláusulas contractuales tipo, al margen de las características o del número de consumidores afectados”; tampoco el número de entidades financieras ni el tiempo largo durante el que se introdujeron esas cláusulas “incide, en cuanto tal, en el concepto de consumidor medio”. Veamos sintéticamente los argumentos que aduce en favor de estas respuestas.

79. La Directiva 93/13 descansa en dos tipos de acciones, individuales y colectivas, que se consideran complementarias (§§ 30 y 35). El control abstracto es específico de las acciones colectivas y solo resulta adecuado tener en cuenta todas las circunstancias particulares de un contrato en el contexto de una acción individual (§ 33); “los requisitos aplicables a una acción individual, en particular, la necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias particulares del contrato no impiden que se ejercite una acción colectiva, que es independiente de cualquier controversia concreta y de circunstancias individuales” (§ 35). Tras sugerir que la Directiva llega a enunciar un “principio fundamental” de transparencia (§ 39) y distinguir entre transparencia formal y material que tienen el mismo alcance en los arts. 4.2 y 5 de la Directiva (§§ 40-42), la AG apunta que el TJUE ha examinado hasta ahora sobre todo la exigencia de transparencia en procedimientos individuales y, sobre todo, en contratos de préstamo (§ 44) y se centra en cómo ha de realizar el órgano jurisdiccional nacional el control de transparencia: atendiendo a todas las circunstancias que concurrieron en la celebración de ese contrato (§ 45). Pero, añade, “dicho esto, debe observarse que *muchos de los elementos que conforman la apreciación judicial de la transparencia se basan en una apreciación objetiva*. El juez nacional *examina una cláusula contractual tipo incluida en documentación precontractual y contractual normalizada*, redactada de antemano por el prestamista en relación con préstamos propuestos a un número indeterminado de consumidores. Además, el criterio de referencia que se emplea en el control de transparencia no es un consumidor individual específico, sino el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (§ 45). Acto seguido, delimita en qué consiste la “ficción jurídica” en que estriba el consumidor medio, que se adapta comportamiento del consumidor en el marco de la contratación estandarizada, en un párrafo interesante que será citado después (*infra* apartado VII en el asunto *Compass Banca* al abordar la noción en el contexto de las prácticas comerciales desleales); según el § 46, reiterado en el § 81 (cursiva de la propia AG):

“El concepto de consumidor medio es una ficción jurídica que intenta reducir a un denominador común una realidad muy diversa. En cuanto tal, es un criterio objetivo. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el respeto de la exigencia de transparencia debe comprobarse en relación con el *estándar objetivo* del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. No puede entenderse que ese estándar corresponde, en particular, con el consumidor menos perspicaz que el consumidor medio ni con el consumidor más perspicaz que este último.”

80. Y para concluir el examen de la transparencia, más ceñido al ámbito de las acciones individuales, acaba con la justificación que la doctrina que acabamos de referir, reclamaba al TJUE: “cuanto *más alto* es el umbral para cumplir la exigencia de transparencia, *menores* serán las expectativas que cabe albergar acerca del consumidor medio. Además, el profesional está obligado a acreditar ante el juez el correcto cumplimiento de sus obligaciones precontractuales y contractuales relacionadas con la exigencia de transparencia (...). Al fijarse un estándar objetivo para el modelo del consumidor medio y al establecerse un umbral elevado para el cumplimiento de la exigencia de transparencia, el control judicial de la transparencia de las cláusulas contractuales se ha tornado *más objetivo*, basándose en la *estandarización de la contratación*”¹⁶⁹.

90. A continuación, la AG MEDINA pasa a justificar la *adecuación de la acción colectiva* para realizar igualmente el control de transparencia, con un primer silogismo, a mi juicio, irrefragable a la luz de la normativa existente: en el sistema protector de la Directiva 93/13, el control judicial del carácter abusivo de las cláusulas y de su transparencia no depende del tipo de acción que se ejercite, ya sea individual o colectiva (§ 52); nada en la Directiva apunta a que no se pueda hacer el examen de transparencia en el contexto de una acción colectiva, pues si no las cláusulas esenciales, sí sometidas a transparencia *ex art. 4.2*, quedarían excluidas de esos procedimientos (§ 53); es más, el art. 5 de la Directiva no distingue entre acciones individuales y colectivas, con la excepción de la regla de interpretación aplicable (§ 54). Excluir el examen de transparencia de acciones colectivas también sería incoherente con el refuerzo de los mecanismos procesales de protección de los intereses colectivos de los consumidores, que se aplican también a la Directiva 93/13 (*vid.* la Directiva 2020/1828 sobre acciones de representación) (§ 59).

91. Por lo tanto, en lugar de excluir el examen de transparencia en las acciones colectivas, el control judicial debe adaptarse a la finalidad y efectos jurídicos de estas y extrapolar los rasgos de la transparencia diseñados para acciones colectivas, “con las adaptaciones necesarias en función del mecanismo procesal utilizado” (§§ 56 y 60); y aquí deslinda entre los elementos específicos de una acción individual, como la consideración de todas las circunstancias que concurrieron en cada concreto, que no son aplicables en procesos colectivos, en los que en cambio, sí son aplicables los elementos objetivos, “debido a la *estandarización de la contratación*, que queda reflejada en la interpretación objetiva del criterio del consumidor medio” (§ 60), por lo que “el control judicial debe centrarse en los *documentos tipo* y en las *prácticas contractuales y precontractuales estandarizadas*, adoptadas por el profesional frente al consumidor medio cuando promociona y ofrece el contrato” (§ 61); es pertinente también identificar si cada banco cumplió o no el criterio de transparencia en sus prácticas¹⁷⁰.

92. Fijado que el control de transparencia puede hacerse en el contexto de acciones colectivas, las conclusiones de la AG se centran en el examen de las “particularidades cuantitativas” del litigio principal que podrían obstaculizar el control abstracto. En cuanto al *elevado número de entidades financieras demandadas*, se rechaza que exista en la Directiva 93/13 y en la Directiva 2009/22 un requisito de “homogeneidad” de circunstancias como requisito de admisión y si el Derecho procesal nacional lo exigiera¹⁷¹ no podría interpretarse de manera que se requiriera que todas las circunstancias de la acción sean idénticas (§§ 69, 70 y 74). Sin embargo, “la envergadura del litigio no debería mermar el derecho de cada entidad a la tutela judicial efectiva (...). Cada entidad financiera debe tener la posibilidad de demostrar que su propia práctica estandarizada cumplía el criterio de la transparencia” (§ 76, similarmente, § 63 y § 85). En cuanto al *elevado número y diversidad de consumidores y contratos afectados*, procedentes de territorios distintos, grupos de consumidores difícilmente estandarizables, etc., la AG

¹⁶⁹ *Idem*, §§ 49 y 50 de las conclusiones de la AG MEDINA, énfasis en cursiva suyo.

¹⁷⁰ Según el § 63, “cuando el control judicial afecta a más de un demandado, es importante identificar con respecto a cada banco si cumplió o no el criterio de transparencia en su práctica contractual”, refrendando así (también en § 65) el criterio de la SAP de Madrid 603/2018, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APM:2018:12842), § 28, que examinó “el diferente grado [de] esfuerzo” de cada banco.

¹⁷¹ Como está ocurriendo en algunos Derechos nacionales al transponer la Directiva 2020/1828, no aplicable al litigio principal.

MEDINA sostiene que el criterio del “consumidor medio” es perfectamente aplicable (§§ 81 y 93) y realiza dos precisiones de enjundia, sobre los conocimientos particulares y sobre la posibilidad y límites de crear subgrupos de consumidores. En cuanto a lo primero, recalca, de conformidad con la jurisprudencia ya dictada por el TJUE, que el criterio objetivo del consumidor medio se basa en el concepto general de “consumidor” que depende del propósito con que actúe la persona física “y no de los conocimientos particulares de que disponga” (§ 82) y añade *a fortiori*:

“Dado que los conocimientos específicos que cabe entender que tiene un consumidor en el contexto de un procedimiento individual no pueden justificar apartarse del estándar del consumidor medio, lo mismo debería regir en lo que respecta a las características individuales de los distintos consumidores en el contexto de un procedimiento colectivo. El concepto objetivo de consumidor medio corresponde a la contratación estandarizada, al margen de las características o del número de consumidores afectados.”¹⁷²

93. En cuanto a la segmentación de consumidores por grupos, en concreto, por grupos de contratos para hallar el consumidor medio por grupo, las conclusiones de la AG traen a colación las observaciones del Gobierno polaco de que “cuando un contrato de préstamo se celebre utilizando un determinado modelo destinado a un colectivo específico de consumidores, el concepto de consumidor medio se corresponde con el miembro medio del colectivo con quien se celebraron los contratos” (§ 86); la AG admite la posibilidad de clasificación pero fija unos límites muy estrictos (§ 87, cursiva mía):

Si dicho juez considera que las circunstancias fácticas y jurídicas de la acción ponen de manifiesto la existencia de una práctica estandarizada y que *clasificar a los consumidores en distintos grupos* facilita la apreciación, *debe poder hacerlo*. Sin embargo, es preciso recordar que el concepto de consumidor medio es independiente del conocimiento o de las capacidades de cada consumidor. Así, la clasificación de los consumidores que participan en el procedimiento colectivo por categorías *no puede hacerse sobre la base de criterios que contradigan el estándar objetivo del consumidor medio*. Por consiguiente, *no se pueden crear subcategorías en función del distinto grado de conocimiento de los consumidores o de su edad o profesión* (en la medida en que actúen fuera de su ámbito profesional).

94. Por lo que hace a la última cuestión planteada, esto es, la incidencia del tiempo transcurrido a efectos de la aplicación del concepto de consumidor medio, cita de Heráclito aparte (§ 89), “el concepto de consumidor exige cierta estabilidad para garantizar la seguridad jurídica”; si algún acontecimiento particular ha alterado “significativamente” la percepción que tiene el consumidor de las cláusulas suelo (un cambio legal o una sentencia que marca un hito) puede ser particularmente relevante (§ 90). Sin embargo, en el litigio principal no aprecia que hayan concurrido esas circunstancias que el consumidor medio de 2010 tuviera más conocimientos que el de 2000 (§ 91) y reconduce la cuestión no tanto al transcurso del tiempo, sino a si el consumidor medio que celebró un contrato después de 2009 o 2010 (caída de los tipos de interés, posible confusión sobre legalidad de las cláusulas, incidencia de la STS de 9 de mayo de 2013, etc.) debe ser tratado de forma distinta que al que lo celebró antes (§ 93). El hecho de que “las cláusulas controvertidas hayan sido introducidas en los contratos durante un largo período de tiempo no incide, en cuanto tal, en el concepto de consumidor medio” (§ 93).

VII. Otra vuelta de tuerca para el consumidor medio desde las prácticas comerciales desleales (Conclusiones del AG en el asunto C-646/22, 25.4.2024): la “racionalidad limitada”

95. La solución final del asunto *Compass Banca* puede tener un impacto futuro muy relevante en la interpretación de otras directivas y, señaladamente, en la forma de enjuiciar la transparencia material de las cláusulas no negociadas. El caso versa sobre la práctica comercial de un banco italiano que consiste en

¹⁷² § 83, cursiva, en este caso, mía. El § 84 asume la observación de ADICAE de que “las diferencias en la edad de los consumidores, en su nivel educativo o en su profesión no pueden ser criterios determinantes para trazar diferencias entre ellos y conformar distintos grupos de consumidores”.

vender una póliza de seguro a clientes que están en proceso de contratar un préstamo personal. La autoridad italiana encargada de la defensa de la competencia (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) consideró que esa venta cruzada o conjunta puede constituir una práctica agresiva, especialmente por la forma de presentarla al consumidor (oferta y firma simultánea al préstamo, cobertura de circunstancias personales del prestatario que afectarían a su capacidad para reembolsar el préstamo, percepción de ser de obligada contratación para obtener el préstamo). Ciertamente, este proceder está extendido en el mercado del préstamo europeo y, desde el prisma del control de transparencia de cláusulas de este tipo de seguros ya ha sido enjuiciada con anterioridad por resoluciones como la STJUE de 23 de abril de 2015 (*Van Hove*) –una de las pioneras sobre el control de transparencia, *supra*– o por la STJUE de 20 de abril de 2023 (*Ocidental*)¹⁷³ –una de las últimas, *supra*–, que han colegido el carácter poco transparente y abusivo de algunas cláusulas insertas en tales seguros relacionados de alguna manera con el préstamo. La cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano invita al TJUE a pronunciarse sobre la noción del “consumidor medio”, pero planteando relegar el tradicional enfoque de considerar a este como un *homo economicus* racional –término nunca empleado por el TJUE pero, como vimos, siendo esta la concepción de la economía neoclásica que sí maneja–, para dar preeminencia a la llamada “teoría de la racionalidad limitada” (*bounded rationality*) fundada en los estudios modernos de los economistas del comportamiento (*behavioural economics*)¹⁷⁴. El AG EMILIOU se muestra totalmente favorable a ese cambio de paradigma en el concepto de “consumidor medio”, dada la flexibilidad del concepto.

96. Vista la relación de la noción gestada en el seno de las prácticas comerciales desleales con el régimen de las cláusulas abusivas, vista su interconexión con el concepto de vulnerabilidad, vista la interpretación transversal del concepto de consumidor empleada en diversas Directivas de Derecho contractual de consumo, la solución final que el TJUE adopte al respecto reviste el máximo interés también para el futuro examen judicial de la transparencia de las cláusulas no negociadas. Veamos la argumentación que ofrecen las conclusiones del AG.

97. La noción consolidada del “consumidor medio”, recogida también en el antes transcrito considerando 18 de la Directiva 2005/29, “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” se refiere, en palabras del AG EMILIOU, “a una persona racional que adopta una actitud proactiva en la obtención de toda la información pertinente, procesa racionalmente la información que se le facilita y, por lo tanto, puede tomar decisiones con conocimiento de causa (en línea con el modelo del «homo economicus»)” (§ 35), busca maximizar su beneficio y tienen plena conciencia de la consecuencia de sus elecciones (§ 33). En cambio, la teoría de la “racionalidad limitada” estima que “las personas tienen una

¹⁷³ En este caso no se explicó ni dio el contrato de seguro al consumidor prestatario que se adhirió a él a requerimiento del banco portugués. En su § 32, la STJUE establece que la obligación de transparencia de las cláusulas establecida por la Directiva 93/13 “no puede quedar dispensada por el hecho de que exista un régimen jurídico especial aplicable a un determinado tipo de contrato”, en este caso, de seguro. Al afirmar el consumidor que se “exigió” la firma del seguro, sin prueba en contrario, y no dársele información sobre su clausulado, la STJUE 20 abril 2023 concluye (§ 50) que “al no permitir al consumidor en cuestión tener conocimiento, antes de la celebración del contrato, de la información relativa a dichas cláusulas contractuales y a todas las consecuencias de la celebración del referido contrato, el profesional hace recaer total o, al menos parcialmente sobre el consumidor ese riesgo derivado de una eventual incapacidad permanente” y concluye que al no conocer la cláusula antes de contratar “con mayor razón” incluso que una falta de transparencia, la ausencia total de conocimiento puede abocar al carácter abusivo de la cláusula (§ 41).

¹⁷⁴ Resulta de lectura obligada el ensayo de GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT I GOLOBARDES, M., “Rational Choice and Behavioural Approaches to Consumer Issues” en MICKLITZ, H.-W., SIBONY, A.-L., ESPOSITO, F. (dirs.), *Research Methods in Consumer Law. A Handbook*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 119-164, con completas referencias, donde los autores ya abogaban por la compatibilidad entre el modelo racional y el modelo comportamental y sugerían primar uno u otro, sin una sola solución apriorística, dependiendo de varios factores. Desde el plano del análisis económico del Derecho, *vid.* también GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT I GOLOBARDES, M., “Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria”, *Anuario de Derecho Civil*, LXXIII.1, 2020, pp. 7-100. Naturalmente, a partir de los estudios ya clásicos de KAHNEMAN, D., SLOVIC, P., TVERSKY, A., *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, New York, 1982, o KAHNEMAN, D., *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011, la bibliografía sobre este asunto, aplicada al Derecho y, en particular, al Derecho contractual de consumo ha crecido mucho desde el libro de BAR-GILL, O., *Seduction by Contract. Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

capacidad limitada para asimilar información compleja y que no siempre toman decisiones con toda la información que se les proporciona o de la que disponen”, de manera que no siempre toman las mejores decisiones para sí mismo, incluso aunque se les presente toda la información pertinente (§ 34). En pura teoría, si el consumidor medio fuera racional y proactivo, la forma de presentación de la información por el empresario no podría “distorsionar de manera sustancial” su comportamiento económico como si fuera un individuo con racionalidad limitada (§ 36). El AG llega a la misma conclusión que el Gobierno italiano y la Comisión Europea en este punto (§ 38):

“el «consumidor medio», en el marco de la aplicación de la Directiva 2005/29, no es necesariamente un individuo que responda al modelo del *«homo economicus»*. Este concepto es suficientemente flexible para ser percibido, en determinadas situaciones, como un individuo con una «racionalidad limitada» que actúa sin obtener toda la información pertinente o es incapaz de procesar racionalmente la información que se le facilita”.

98. A partir de ahí, da una serie de razones, a mi juicio bien fundadas, que apuntalan esa conclusión. En primer lugar, el concepto del consumidor medio de la Directiva 2005/29 es un concepto flexible y adaptable a las circunstancias: por la complejidad de la materia, por los conocimientos medios (que no son una referencia estadística) respecto a un producto concreto y por la probabilidad de estar sujeto a un sesgo cognitivo, un consumidor medio puede actuar racionalmente en unas situaciones, mientras que en otras puede considerarse que es incapaz de hacerlo (§ 40). En segundo lugar, para apreciar el carácter desleal de una práctica ha de ponderarse la “reacción típica” de un “consumidor típico”; al efecto recuerda que el “consumidor medio” constituye una ficción jurídica, que adopta un criterio objetivo y, repitiendo las consideraciones de la AG MEDINA en el caso *Caixabank* (§ 46) reproducidas en el epígrafe anterior y en la STJUE de 21 de septiembre de 2023 (*mBank*) §§ 65-66, sostiene que no se corresponde ni con el menos informado ni con el mejor informado y concluye que ese criterio, asentado para las cláusulas abusivas (*mBank* y AG en *Caixabank*), debería interpretarse igual para la Directiva 2005/29 (§ 42 AG EMILIOU). Es decir, vuelve a proponerse una interpretación transversal y homogénea del concepto de consumidor medio. Añade que la expresión “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, no busca “subir el listón” en cuanto a lo que cabe esperar de un consumidor típico en relación con una práctica comercial determinada, exigiéndole que sea, como mínimo, un individuo sistemáticamente racional, que adopta una actitud proactiva” y toma decisiones fundadas, sino que “esta expresión pretende más bien *garantizar que los tribunales y autoridades nacionales no adopten la perspectiva de un consumidor tan poco informado, atento y perspicaz que no sería razonable ni proporcionado protegerlo*” (§ 43). Acto seguido refuta la idea de que al contener la Directiva 2005/29 una disposición específica sobre la protección de grupos de consumidores “especialmente vulnerables”, eso signifique el consumidor medio es un individuo capaz de actuar racionalmente en cualquier circunstancia –es decir, una interpretación errada, sugerida por *Compass Banca* y favorable al predisponente que no se encuentra en la Directiva¹⁷⁵–, pues (§ 44):

“el hecho de que el legislador de la Unión haya querido conceder una mayor protección a los «grupos especialmente vulnerables» de consumidores no significa que no tuviera la intención de garantizar un nivel elevado de protección a los consumidores que no forman parte de esos grupos o los considerara personas invulnerables y perfectamente racionales en toda circunstancia”.

99. En tercer lugar, argumenta el AG que el objetivo de la Directiva 2005/29 era conseguir “un alto nivel de protección del consumidor” que no tendría sentido, ni se hubiera adoptado la Directiva si el legislador hubiera considerado que los consumidores son siempre capaces de actuar racionalmente (§ 45); la propia norma europea contiene términos que indican que los consumidores pueden ser manipulados por explotación de sus sesgos cognitivos (“ejercer presión”, “distorsionar de manera sustancial”, “inducir a error”, “indebida influencia”) (§ 46). Por todo ello, concluye (§ 49 y propuesta de respuesta nº 1 para el TJUE, énfasis aquí añadido) que:

¹⁷⁵ Como la que también referíamos (supra VI) al aplicar la noción de consumidor vulnerable del art. 3 TRLGDCU al contexto del control de transparencia en CÁMARA LAPUENTE, “Hacia el carácter abusivo directo...”, cit., pp. 31-32.

“el «consumidor medio», que la Directiva 2005/29 obliga a los tribunales y autoridades nacionales a utilizar como «referencia», *no es necesariamente un individuo racional* que adopta una actitud proactiva en la obtención de la información pertinente, procesa racionalmente la información que se le facilita y, por lo tanto, puede tomar decisiones con conocimiento de causa. Si bien, en determinadas situaciones, el «consumidor medio» puede ser un individuo de este tipo, *el concepto es suficientemente flexible para ser percibido, en otras situaciones, como una persona con una «racionalidad limitada» que actúa sin obtener toda la información pertinente o es incapaz de procesar racionalmente la información que se le facilita* (incluida la información que le presenta el comerciante)”.

VIII. Conclusión

100. El estándar del control objetivo de transparencia, independiente de los conocimientos, experiencia o profesión del consumidor, fundado en la noción del “consumidor medio” es preferible a las tesis subjetivistas que proponen el examen del consentimiento del concreto consumidor, tanto en procedimientos originados por acciones individuales como por acciones colectivas, mientras no se reforme el marco legal establecido en la Directiva 93/13¹⁷⁶. El fundamento del control de transparencia se encuentra, desde su inicial diseño judicial y así lo ha confirmado el TJUE, en la verificación de que se cumplen los deberes informativos por parte de los predisponentes, a la luz de lo que requeriría la comprensión de un consumidor medio en cada tipo de contrato y sector económico, y no en la evaluación del consentimiento del contratante concreto, lo cual tiene su cauce propio (y compatible) en los vicios del consentimiento consagrados en el Código civil.

101. La esmerada y prudente construcción de la “persona con conocimiento experto en ese tipo de contrato” creada por el Tribunal Supremo para evitar que, en ciertos casos muy extremos y acotados, algunas personas, como algunos empleados de banca o abogados especializados en cláusulas bancarias abusivas, puedan beneficiarse del control de transparencia no está en sintonía con la invariable jurisprudencia del TJUE, que con su defensa del estándar objetivo medio, establece que también esos supuestos merecen protección. Aunque el TS está empleando ese nuevo estándar de forma muy restrictiva y cautelosa, ante la posibilidad de que sea desautorizada por el TJUE existen otras vías que acaso podrían explorarse¹⁷⁷, como el abuso de derecho o el concepto de consumidor medio del grupo al que va dirigida la oferta, aunque no están exentas de problemas técnicos en su contraste con el Derecho de la UE.

102. El vigente estándar objetivo del consumidor medio, pendiente de confirmación por el TJUE en relación con complejos procesos colectivos relacionados con cláusulas abusivas como el que dio lugar al asunto C-450/22, no necesariamente tiene que mantenerse invariable en relación con un consumidor racional, proactivo y resolutivo en su propio beneficio sin influencia de probados sesgos cognitivos propios de la conducta humana, sino que cabe perfectamente integrar en ese consumidor medio de nuestros días, asiduamente manipulado por eficaces técnicas de mercadotecnia (como los patrones oscuros en las interfaces digitales de las empresas que ofrecen sus productos y servicios), unas vulnerabilidades tan extendidas en nuestra sociedad actual, que bien puede considerarse que integran ya el estándar del consumidor medio, siempre que ese nuevo estándar sea relacional y dinámico, adaptado al contexto, al tipo de contrato y al canal de contratación de cada supuesto o grupo de casos. Es decir, que junto con la oportunidad de emplear las posibilidades que ofrece el concepto del “consumidor medio de un grupo especialmente al que va dirigida la oferta” (siempre que ese concepto no se use para minar o rebajar la protección que la Directiva 93/13 dispensa al “consumidor medio” en materia de transparencia), es posible también, como propone el AG del asunto *Compass Banca*, considerar que el “consumidor medio” puede ser una persona con “racionalidad limitada” en algunas situaciones, especialmente según se le presente –de forma no transparente– la información necesaria para tomar su decisión de contratar. Sería

¹⁷⁶ La síntesis de los argumentos de apoyo que he ofrecido en estas páginas se encuentra en el apartado V.1, por lo que no se reproducen en esta sede conclusiva.

¹⁷⁷ *Supra*, IV.4.

una forma de incorporar la noción de vulnerabilidad al estándar del consumidor medio, pues no se trata de parámetros necesariamente comunicados, sin perjuicio de mantener la primera su ámbito de aplicación en situaciones más excepcionales, aunque cada vez más mencionadas y atendidas en el Derecho privado de la Unión Europea.

103. A la espera de las próximas e inminentes resoluciones del TJUE y del TS, por el momento el empleo del estándar del consumidor medio, en su diseño clásico o en su potencial variante de defensa ante ciertas vulnerabilidades y sesgos extendidos, aplicado también al control de transparencia de las cláusulas no negociadas, cuenta con la doble virtud de la seguridad jurídica y de alcanzar un equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los empresarios predisponentes.