

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 3 DE JUNIO DE 2016 (367/2016)**

**Improcedencia del control de transparencia
cualificado en la contratación bajo condiciones
generales entre empresarios**

Comentario a cargo de:
ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JUNIO DE 2016

RoJ: STS 2550/2016 - **ECLI:ES:TS:2016:2550**

ID CENDOJ: 28079119912016100010

PONENTE: EXCMO. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

Asunto: La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 proclama la regla general de la no extensión del control de transparencia material o cualificado a la contratación bajo condiciones generales con adherentes no consumidores –empresarios–; particularmente en relación a los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito a los pequeños y medianos empresarios que actúan como meros adherentes en dicha contratación. La razón fundamental de dicha exclusión radica en la consideración de que el artículo 4-2 de la Directiva 93/13/CEE conecta ese control de transparencia cualificado con el juicio de abusividad (no con los requisitos de incorporación), por entender que la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una

representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. 5.2. Imprudencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores. 5.3. La buena fe como parámetro de interpretación contractual y su aplicación al supuesto concreto sometido a enjuiciamiento. 5.4. El voto particular. 5.5. Análisis crítico. 5.6. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Esta sentencia plenaria resuelve en casación la cuestión dimanante de la demanda en juicio ordinario interpuesta por la persona física titular de una oficina de farmacia contra el Banco Popular Español SA, en la que respecto de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia, se solicitaba la nulidad de la cláusula de limitación del interés variable (cláusula suelo) incluida en contrato.

En concreto las cláusulas objeto de la *litis* señalan lo siguiente: a) El tipo de interés durante el período inicial de un año y 27 días se fija en el 4,45% nominal anual. b) Se pacta un tipo de interés total a aplicar a cada período anual posterior se determinará mediante la adición de 0,60 puntos porcentuales al valor que represente el tipo básico de referencia que resulte aplicable a cada período de interés; el diferencial permanece invariable durante toda la vigencia del contrato y el tipo básico de referencia principal a aplicar es el EURIBOR. c) La cláusula suelo dispone: “*Límites de variabilidad del tipo de interés.- Las partes acuerdan que, en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45% nominal anual.*”

2. Soluciones dadas en primera instancia

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña en juicio ordinario núm. 161/2013, estimó parcialmente la demanda y ordenó la eliminación de la cláusula litigiosa del contrato celebrado entre las partes, al considerarla subjetivamente abusiva, por inducir al presta-

tario a la creencia en una variabilidad del tipo de interés que, en realidad, sólo lo era al alza ante la existencia de una cláusula limitativa a la baja del interés variable por cuantía igual al tipo de interés inicialmente pactado.

Se reconoce en esta sentencia que la actora no goza de la condición de consumidora, dada la finalidad comercial o profesional del préstamo pero, no obstante, se sostiene que el control de incorporación de las condiciones generales de los contratos se extiende a cualquier cláusula que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea un consumidor, pues en el derecho nacional las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 LCGC.

Y, finalmente, no se considera acreditado que la parte prestataria fuera consciente de la operatividad de la cláusula suelo, ya que no se le había ofrecido información previa, comprensible y clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o, alternativamente, advertido de que al concreto perfil de cliente no se le ofertaban las mismas.

3. Soluciones dadas en apelación

Contra dicha sentencia de instancia la entidad prestamista interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña, la cual en sentencia dictada el día 29 de mayo de 2014 de su Sección Cuarta, estimó el recurso tras confirmar, como premisas del enjuiciamiento, la calificación de la demandante como no consumidora y de la cláusula suelo analizada como una condición general de la contratación.

Partiendo de esas premisas, la Audiencia Provincial consideró que la información ofrecida a la prestataria sobre las consecuencias de la cláusula limitativa de la variabilidad de los intereses remuneratorios había sido suficiente, y cubría tanto las exigencias positivas de oportunidad real de conocimiento de la cláusula suelo litigiosa por parte del adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de que tal como estaba redactada tal cláusula en el contrato de préstamo hipotecario analizado no se trataba de una cláusula ilegible, ambigua o incomprensible. También estimó la sentencia de apelación que el denominado segundo control de transparencia o control de transparencia cualificado, únicamente es aplicable en contratos con adherentes que tengan la condición de consumidores.

Se considera probado en el procedimiento de apelación que ha existido un prolongado periodo de negociación dentro de los límites permitidos por las condiciones de la entidad demandada; que la cláusula suelo es clara y no está enmascarada entre informaciones exhaustivas que dificultasen su identificación sino convenientemente resaltada; y que la demandante siempre tuvo constancia de su existencia a lo largo del *iter* contractual, hasta el punto de que obtuvo, en atención a su condición de cliente preferente, bonificaciones

del banco, de manera tal que le fue aplicado un interés inferior al contractualmente pactado como atención de la entidad demandada.

4. Los motivos de casación alegados

La cuestión jurídica que se plantea en el recurso de casación interpuesto por la demandante prestataria contra la sentencia de apelación es si las condiciones generales incluidas en los contratos con adherentes no consumidores pueden someterse a lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

El interés casacional alegado fue que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en la sentencia 241/13 de 9 de mayo de 2013 y el Auto aclaratorio a la misma de 3 de junio de 2013, sobre nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés, así como en la sentencias del Tribunal Supremo núm. 75/2011 de 2 de marzo de 2011 y de 4 de noviembre de 2010, por infracción de los artículos 5.1, 5.5 y 7 de la LCGC, sobre los requisitos de incorporación de condiciones generales a los contratos celebrados entre profesionales.

Igualmente se cuestiona por el recurrente que no se haya aplicado por la Audiencia Provincial de A Coruña el control de transparencia a la cláusula por tratarse el prestatario de un profesional, ya que se cumplen, a su entender, los parámetros que dio la STS de 9 de mayo de 2013 para efectuar este control, citando en apoyo de este criterio una serie de sentencias de Audiencias Provinciales que han declarado la nulidad de la cláusula suelo inserta en contratos entre empresarios.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios

Comienza la sentencia del Alto Tribunal recordando que la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 indica claramente que el concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores, aunque añade que esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual.

Ello quiere decir, según el Tribunal Supremo, que también en los contratos entre profesionales, como respecto de los celebrados entre particulares

cuando no exista negociación sino mera adhesión de uno de ellos, puede judicialmente declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del adherente.

A estos efectos, igualmente, se recuerda la doctrina de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 –ratificada por otras, como las de 10 de marzo y 7 de abril de 2014 y 15 de diciembre de 2015–, que rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233 c) que el “control de abusividad o de contenido” *strictu sensu* pueda extenderse a las cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario; si bien en su fundamento jurídico 201 recordó que el “control de incorporación o inclusión” de las condiciones generales sí se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza –arts. 5.5 y 7 LCGC–, con independencia de que el adherente sea consumidor o no (fundamento 3º).

Por tanto, concluye la sentencia, las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan, como límites externos de las condiciones generales, los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en los artículos 1255 y 1258 CC, 57 del CCom y, en especial, las normas imperativas, como señala el artículo 8.1 LCGC.

5.2. *Imprudencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores*

El “control de transparencia cualificado” supone, según el Tribunal Supremo, que no pueden utilizarse y deban anularse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, esto es, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Reiterando lo manifestado en las sentencias de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013 y 24 de marzo y 23 de diciembre de 2015, señala el Alto Tribunal que este control de transparencia consiste en que, «*además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato, el control de transparencia, 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”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que real-*

mente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la “carga jurídica” del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

Pero la sentencia que se comenta añade que este “control de transparencia cualificado”, diferente del “control de incorporación o inclusión”, está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de la propia Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente, se dice, previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española.

El fundamento de esta afirmación se encuentra en el entendimiento de que el artículo 4.2 de la citada Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia cualificada con el juicio de abusividad, porque la falta de esta transparencia o comprensión real trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por todo ello la sentencia del Tribunal Supremo concluye que, precisamente, esta aproximación entre transparencia-comprensión y abusividad, propia del ámbito consumerista, es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

Ni el legislador comunitario ni el español, añade el Alto Tribunal, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. Y no corresponde a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores (fundamento 4º).

5.3. La buena fe como parámetro de interpretación contractual y su aplicación al supuesto concreto sometido a enjuiciamiento

Finalmente, la Sala Primera analiza el caso sometido a enjuiciamiento teniendo en cuenta la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC de 13 de abril de 1998 a las normas contractuales generales y, su propia jurisprudencia, al régimen

general del contrato por negociación. A este respecto, los artículos 1258 del Código Civil y 57 Código de Comercio establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, principio general capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, al menos, las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente (fundamento 5°).

En esa línea, puede postularse, señala la sentencia, la nulidad de determinadas cláusulas, sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según la naturaleza del contrato suscrito, pudo tener éste, entendiéndose por tales las que causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

Desde esta perspectiva, en el caso sometido a enjuiciamiento, al no haberse discutido por el prestatario-recurrente que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, y al declarar la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, como hecho probado, que hubo negociaciones entre las partes, que la prestataria fue informada de la cláusula suelo y que se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias –base fáctica de la que se ha de partir al no haberse sostenido recurso de infracción procesal–, concluye el Tribunal Supremo que no se puede afirmar que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista, ni que su comportamiento haya sido contrario a lo previsto en los artículos 1256 y 1258 CC y 57 CCom (fundamento 6°).

5.4. El voto particular

El voto particular que se formula no cuestiona en sí mismo el fallo de la sentencia, en su decisión desestimatoria del recurso de casación interpuesto, porque, como aquella, respeta los hechos declarados como probados por la sentencia recurrida, es decir, que hubo negociaciones entre las partes que variaron las ofertas iniciales en favor de los intereses del cliente, y que éste fue informado adecuadamente del funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo.

La discrepancia radica en la fundamentación jurídica que la sentencia desarrolla para justificar la no extensión del control de transparencia a la contratación bajo condiciones generales entre empresarios, particularmente con relación a los pequeños y medianos empresarios que actúan como meros adherentes en dicha contratación. Así, este voto particular, rechaza tajantemente el fundamento cuarto de la sentencia recogido literalmente en el párrafo último del apartado 5.2 anterior, que se da por reproducido.

Así, el magistrado discrepante considera que no es correcto, como propone la sentencia, establecer un “control de incorporación” escindido del “con-

trol de transparencia”, es decir, del control de fondo de la comprensibilidad real del clausulado por parte del adherente, y, por tanto, meramente formal de la inteligibilidad gramatical de la cláusula predisuelta, con anclaje en la legislación general, civil o mercantil, porque no se percata que *«dicho control, incluso con referencia al control de incorporación, parte necesariamente de la legislación especial (Directiva 93/13, TRLGDCU y LCGC), es decir, de la predisposición de la reglamentación realizada como premisa necesaria para la posible aplicación de este control por vía judicial, nunca del esquema del contrato por negociación de la legislación civil o mercantil.»*

Siguiendo esta argumentación, se señala que, reconocido el fundamento del “control de incorporación” en la LCGC (artículos 5 y 7), y en el texto refundido de la LGDCU (artículo 80), no hay inconveniente alguno en aplicar el concepto de transparencia, como comprensibilidad real del clausulado, para todos los contratos de adhesión entre profesionales, pues su fundamento de aplicación es idéntico al de los consumidores: “predisposición del clausulado e inferioridad de la posición contractual del adherente”.

Tampoco comparte la conclusión de la sentencia de que se trata de una cuestión que responda, en sentido estricto, a una opción legislativa pues la misma *«puede y debe ser resuelta desde la interpretación y aplicación de la normativa ya existente a la luz de los valores que la informan y de la jurisprudencia que los ha desarrollado. Habida cuenta de que resulta incontestable que la normativa existente no prohíbe, expresamente, dicha interpretación extensiva»*; destacando, a estos efectos, la importancia que en la actualidad ha alcanzado la transparencia como un auténtico principio jurídico que informa la interpretación y aplicación de la normativa especial de los contratos de adhesión a todos ellos, cualquiera que sea la naturaleza del adherente.

Esa interpretación extensiva lleva a considerar que la transparencia o comprensibilidad real del clausulado predisuelto, se encuadra técnicamente más que como una vertiente del propio “control de abusividad”, como un elemento integrante del “control de incorporación”, por lo que, en este contexto, sí es posible su extensión a la contratación entre empresarios. No debe confundirse, añade el voto particular, *«lo que es la calificación de la cláusula, esto es, su declaración como abusiva, con lo que es el objeto de dicha calificación, es decir, el enjuiciamiento de su comprensibilidad real por el adherente, con independencia de que además se requiera de otro elemento, como sostienen los partidarios de su reconducción al control de incorporación, es decir, que resulte perjudicial para los intereses del adherente a los efectos de su declaración de abusividad pues, en cualquier caso, la declaración de abusividad seguirá siendo una calificación jurídica diferenciable del enjuiciamiento, propiamente dicho, de la transparencia de la cláusula como cláusula comprensible para el adherente.»*

Por eso, aunque se entienda el control de transparencia, como parte integrante del control general de incorporación, el mismo *«no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general*

o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.»

5.5. Análisis crítico

La conocida sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 mayo 2013, al examinar la validez de las llamadas “cláusulas suelo” en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable y los controles de las cláusulas no negociadas con consumidores, junto a los tradicionales control de incorporación (transparencia formal), aplicable a todo contrato bajo condiciones generales, y control de contenido (abusividad), dio carta de naturaleza a un tercer control de transparencia cualificado (material o de comprensibilidad real), específico para los elementos esenciales del contrato, y formulado, en principio, como aplicable sólo a los contratos de consumo.

Ante una cierta ambigüedad en los fundamentos de la citada sentencia en cuanto a este último extremo, por algunos juzgados de 1ª Instancia y Audiencias Provinciales (vid. SAP de Cáceres de 3 de junio de 2013, SAP de Córdoba de 16 de junio de 2013 y 17 de julio de 2014, SAP de Huelva de 21 de marzo de 2014, SAP de Jaén de 10 de julio de 2014 y SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 26 de noviembre de 2014) se declaró la nulidad de varias cláusulas suelo en préstamos hipotecarios concedidos a empresas y destinados al desarrollo de su actividad principal, con base en la falta de transparencia material de tal cláusula.

Si bien existe disparidad de criterios en cuanto a los parámetros jurídicos empleados en esas sentencias, el fundamento más utilizado para llegar al respectivo fallo ha sido el siguiente inciso de la exposición de motivos de la LCGC de 1998: *«Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios»*. Este inciso da pie a las citadas Audiencias para señalar, primero, que las cláusulas suelo causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, y, segundo, que las cláusulas analizadas no son transparentes, con base en los artículos 5.5 y 7 de la LCGC, y, por tanto, no superan el primer control de incorporación (entendido en sentido amplio), debiendo declararse su nulidad en virtud del artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 por contravenir norma imperativa, así como, por su preámbulo, por ser abusiva; afirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 21 de marzo de 2014 lo siguiente: *«Ahora bien, el que la cláusula*

resulte clara que no lo es, al leerla, no implica que el adherente haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato.»

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 que es objeto de este comentario ha aclarado esta cuestión rechazando de forma concluyente la posibilidad de someter al control de transparencia cualificado las cláusulas suelo contenidas en préstamos hipotecarios suscritos por empresarios o profesionales. En este sentido, el Alto Tribunal señala que dicho control está reservado a la contratación con consumidores, por lo que no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no ostente la condición legal de consumidor.

Sí se admite, sin embargo, la posibilidad de declarar la nulidad de una cláusula suelo en préstamos hipotecarios con empresarios o profesionales, en los siguientes supuestos:

Cuando tal profesional o empresario, sea persona física o jurídica, actúa sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial (art. 3 LGDCU RDleg 1/2007), si la cláusula no supera los controles de incorporación o de transparencia cualificada, tal como ésta es definida por la STS de 9 de mayo de 2013, porque en este supuesto el profesional tiene la condición de consumidor.

Cuando no habiendo existido negociación, la cláusula no supera el control ordinario de incorporación –información, legibilidad, claridad y comprensibilidad gramatical–, ya que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 es aplicable a todos los contratos celebrados entre un profesional y una persona física o jurídica adherente, aunque también tenga la condición de profesional y actúe en el marco de su actividad o profesión (arts. 2, 5 y 7 LCGC).

Cuando, de conformidad con las normas generales de nulidad contractual, la cláusula fue impuesta, en contra del principio de la buena fe contractual, en ejercicio exorbitante de la posición dominante del predisponente, de forma que comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente, y ello aunque se supere el control de incorporación.

La razón fundamental de la exclusión del control de transparencia cualificado en la contratación con empresarios y profesionales que no tengan la condición de consumidores en un contrato determinado, radica en la consideración, según el criterio del Tribunal Supremo, de que este control de transparencia es diferente del mero control de inclusión y, además, está reservado en la legislación comunitaria y nacional a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, ya que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE conecta ese control de transparencia cualificado con el juicio de abusividad (no con los requisitos de incorporación). En este sentido, el Tribunal Supremo considera que la falta de transparencia sustantiva lo que implica es un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la

privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico y jurídico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera.

Así, el Tribunal Supremo entiende que el indicado artículo 4.2 de la Directiva, al excluir la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, siempre que se redacten de manera clara y comprensible, viene a suponer que la ausencia en las mismas de esa falta de comprensibilidad real supone que tal cláusula es directamente abusiva (sentencias plenarios del TS de 9 de mayo de 2013, de 24 marzo 2015 y 23 diciembre 2015) y por eso su entronque con el control de contenido.

Una protección respecto a la abusividad sólo es predicable, sigue diciendo el Tribunal Supremo, respecto a aquellos adherentes a los que la normativa, comunitaria o nacional, haya querido concedérsela por entender que deben ser objeto de especial protección dada su posición de inferioridad; siendo que la legislación española, a pesar de ser más tuitiva que la comunitaria, sólo ha querido otorgársela a las personas físicas o jurídicas, profesionales o no, que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial o profesional; pero no en caso contrario, por entender que cuando actúan dentro del marco de su actividad característica (con independencia de sus reales conocimientos jurídicos o económicos, en la materia contratada), les es exigible una especial diligencia en todos los ámbitos relacionados con la misma (art. 225 Ley de Sociedad de Capital).

Con este criterio la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta no ha hecho sino acogerse a la concepción ortodoxa que rechaza que las normas de control del equilibrio material de derechos y obligaciones propias de los consumidores pueden aplicarse también a los empresarios adherentes, siguiendo la noción europea de “consumidor” que el propio TJUE ha circunscrito al ámbito de las personas físicas y de las finalidades privadas, ajenas a la posible actividad empresarial del prestatario (sentencias del TJUE de 11 julio 2002, asunto Gabriel, de 20 enero 2005, asunto Engler, y de 3 septiembre 2015, asunto Costea).

Es decir, el Alto Tribunal ratifica su doctrina anterior de interpretación estricta de la norma, que le lleva a afirmar que “*en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario*”. Esta doctrina se encuentra recogida en numerosas sentencias como las de 15 de diciembre de 2005 (empresario restaurador y facturación eléctrica), 10 de marzo de 2014 (residencia de la tercera edad y contrato de mantenimiento de ascensores), 28 de mayo de 2014 (compra de inmueble para destinarlo a despacho profesional), la de 24 de noviembre de 2014 (préstamo hipotecario concedido a una empresa constructora y las cláusulas de vencimiento anticipado), o la de 30 de abril de 2015 (profesional de la reventa en una compra de viviendas a una sociedad inmobiliaria).

Por tanto, las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido y de transparencia cualificada, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 y en las normas imperativas aplicables en cada caso.

Se hace necesario, en consecuencia, para enjuiciar el alcance de esta sentencia, partir de la determinación del ámbito de aplicación de la legislación sobre consumidores, y de cuál ha sido la opción legislativa adoptada respecto del mismo. Así, en lo que respecta al derecho europeo, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, considera consumidor únicamente a la *“persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”* (art. 2); criterio restringido a las personas físicas que ha sido ratificado, dentro de su respectivo ámbito de aplicación, por la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, y por la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Por lo que respecta al derecho nacional, si bien la LCGC 7/1998 es aplicable a *“toda persona física y jurídica adherente, aunque tenga la condición de profesional y actúe en el marco de su actividad”* (art. 2), la misma en su artículo 8.2 restringe la nulidad de las condiciones generales por causa de abusividad, a aquellos contratos que se hayan celebrado con un consumidor, debiendo entenderse por tal, según el artículo 3 de la LGDCU 1/2007, a toda *“persona física o jurídica (o ente sin personalidad jurídica) que actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial”* (art. 3). Como se ve, establece un concepto más amplio de la condición de consumidor que el recogido en la normativa comunitaria, pero que no permite extender más allá de mismo, los controles de abusividad y transparencia cualificada propios de la legislación dirigida a la protección de los consumidores y usuarios, porque los ámbitos objetivos y subjetivos de aplicación de tal normativa han sido fijado expresamente con bastante concreción, por lo que no procede la aplicación extensiva de la misma a supuestos no recogidos en la norma.

No obstante la claridad con la que ahora se pronuncia el Tribunal Supremo, no faltan autores, como Francisco Orduña, Sergio Cámara o Carlos Balluguera, que siguen defendido una interpretación analógica o extensiva del ámbito de aplicación del control de transparencia cualificado a los empresarios y profesionales, partiendo de dos consideraciones principales:

La primera, que en determinados ámbitos el déficit de contractualidad, las asimetrías informativas y la posición de subordinación en el proceso de la contratación por adhesión son similares ya sea la contraparte del empresario

crediticio un consumidor ya lo sea otro empresario o profesional, como suele ocurrir tratándose de empresarios autónomos o pequeñas empresas familiares. Por ello, en tales supuestos, sus defensores se muestran partidarios de una suerte de aplicación analógica de la protección otorgada al consumidor, cuya consecuencia sería la nulidad de la cláusula no transparente por abusividad.

La segunda, entendiendo que el control de transparencia material o de comprensibilidad real (que afecta a las cláusulas que constituyen el objeto principal del contrato) debería ubicarse como parte o extensión del control de incorporación o transparencia gramatical (que afecta a todas las cláusulas del contrato), en cuanto ambas constituyen las dos caras de la misma cuestión: una adecuada formación de la voluntad contractual, y no como un control conectado con el control de contenido o abusividad (aplicable a las cláusulas accesorias). Esta extensión encontraría su fundamento, según estos autores, en la cuasi-identidad entre el control de incorporación existente para los contratos de consumo (art. 80.1 LGDCU) y para los contratos entre empresarios (art. 5 y 7 LCGC), y el efecto subsiguiente sería que la cláusula no transparente no sería nula por abusiva, sino que directamente no se incorporaría al contrato, sin que fuera necesario equiparar al empresario con el consumidor.

Como basamento de ambas posturas se erige el carácter, en la actual realidad social de la contratación por adhesión, de la transparencia contractual como un principio de orden público económico e informador del ordenamiento jurídico, y que, por tanto, debe prevalecer a la hora de interpretar las normas jurídicas sobre la materia, debiendo aplicarse sus consecuencias a aquellos fenómenos jurídicos que en esencia sean idénticos, como ocurre en este caso con los especiales deberes contractuales del predisponente en todo el ámbito de la contratación por adhesión.

Estos autores critican el enfoque del Tribunal Supremo y argumentan en contra que de la Directiva 93/13 no se deduce claramente la conexión alegada entre el control de abusividad y el de transparencia sustantiva porque, señalan, su artículo 3 (el que define la abusividad) se entronca con el artículo 6 (no vinculación de las cláusulas abusivas), pero no con el 4.2 ni con el 5 que tratan de la transparencia. Por otra parte, sostienen que tampoco el TJUE se ha pronunciado abiertamente sobre que la falta de transparencia tenga como consecuencia directa el carácter abusivo de las cláusulas afectadas sino que lo más que ha llegado a afirmar es que “*tras el debido examen, podrían ser declaradas abusivas*” (ATJUE de 16 noviembre 2010, asunto Pohotovost, y las SSTJUE de 15 marzo 2012, asunto Pereničová, y de 25 febrero 2015, asunto Matei).

Pues bien, compartimos el criterio del Tribunal Supremo de entender que no es posible la aplicación analógica de la normativa de protección de los consumidores en el ámbito de la contratación bajo condiciones generales con profesionales, porque propiamente no existe una laguna legal al ser evidente, como ya se ha expuesto, la intención del legislador, comunitario y nacional, de no realizar la equiparación entre consumidores y empresarios en cuanto al control de contenido de las condiciones generales, ni de regu-

lar una modalidad especial de protección al adherente no consumidor atendiendo a sus circunstancias subjetivas (empresarios de reducida dimensión o de escasa experiencia) o al ámbito en que actúan (contratación dentro del ámbito de su actividad empresarial pero en un sector ajeno al que constituye el núcleo directo de la misma). Así, cuando el legislador ha querido otorgar algún beneficio especial a un grupo de empresarios determinado, lo ha hecho expresamente, como ocurre con las comisiones o compensaciones por cancelación subrogatoria o no subrogatoria de préstamos o créditos hipotecarios (art. 8 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre), en que se equipara a los prestatarios personas físicas consumidoras con «*los prestatarios personas jurídicas que tributen por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades.*»

La argumentación a través de la referencia al párrafo 8º de la Exposición de Motivos de la LCGC antes transcrita, tiene el inconveniente de que se trata de un texto sin normatividad directa, por lo que debe prevalecer la norma vigente mientras no se produzca una reforma legislativa que incorpore al Código civil o a la LCGC una cláusula general de abusividad en las relaciones empresariales como la del preámbulo a que nos referimos. Entre tanto, en nuestro ordenamiento jurídico seguirá rigiendo la regla de que la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario.

Por último, en cuanto a la fórmula de reconducir el control de transparencia cualificado al marco del control de incorporación y de esa forma poder aplicarlo directamente también entre empresarios, aunque constituye la argumentación más sólida en pro de la referida interpretación extensiva del ámbito de aplicación del control de transparencia cualificado a los profesionales, mientras el Tribunal Supremo no modifique su construcción jurídica de anudar la nulidad automática por abusividad de las cláusulas en las que se detecte un déficit de transparencia material, el control de la misma no queda otro remedio que vincularlo al control de contenido como hace el Alto Tribunal, dada esa conexión creada entre los mismos.

5.6. Conclusión

En conclusión, en los contratos entre profesionales si, como ocurre en el supuesto de hecho de la sentencia que comentamos, se ha acreditado en juicio que la cláusula discutida supera el control de incorporación, porque es comprensible gramaticalmente y el prestatario ha sido informado de su funcionamiento y consecuencias jurídicas y económicas, y se prueba que no existe un desequilibrio en la posición del prestatario contrario a la buena fe contractual, porque, por ejemplo, ha habido negociaciones entre las partes tendentes a la fijación de su contenido; tal cláusula debe considerarse válida e incorporada al contrato.

6. Bibliografía

- BALLUGERA GÓMEZ C.: «Los Requisitos Legales de Transparencia de las Condiciones Generales según la Jurisprudencia Española Reciente», *Diario La Ley* N^o 8795, Edit. La Ley, año 2016.
- CÁMARA LAPUENTE S.: «Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios. Argumentaciones de los Tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas (el marco jurisprudencial “heterodoxo”, construcciones extralimitadas)», *página web: www.almacendederecho.org*, año 2016.
- ORDUÑA MORENO F.: «Control de Transparencia y Contratación Bancaria. Régimen de aplicación y Doctrina Jurisprudencial Aplicable», *Edit. Tirant lo Blanch*, Valencia 2016.