

## 1.2. Familia

# La responsabilidad de los bienes gananciales. El ejercicio del comercio por persona casada y la posición del cónyuge no comerciante (y II)

*The responsibility of the joint property.  
The exercise of the trade for married person  
and the position of the spouse not businessman  
(and II)*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** Los bienes gananciales responden por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio tal como establece el artículo 1365.2 del Código Civil que, remite al Código de Comercio, dotando para ello de un régimen específico. El presente estudio se va a centrar precisamente en la responsabilidad de los bienes gananciales ante las deudas comerciales, a la posición jurídica del cónyuge no comerciante, a su posible consideración o no como consumidor y, en consecuencia, a la aplicabilidad o no de los controles de abusividad y transparencia en los contratos de préstamo o crédito hipotecarios suscritos por el cónyuge comerciante y en cómo se sustancian tales controles de resultar operativos.

**ABSTRACT:** *The joint property answers of the carried away debts in the exercise if the trade as there establishes the article 1265.2 of the civil code that the sends to the code of trade, providing for it with a specific regime. The present study is going to centre precisely on the responsibility of the join property to the juridical position if the spouse not merchant, to his possible consideration or not as consumer and in consequences to the applicability or not of the controls of transparency in the contracts of mortgage lending signed by the spouse merchant and in since such controled develop.*

**PALABRAS CLAVES:** Sociedad de gananciales. Actividad profesional y empresarial. Cónyuge comerciante. Consumidor. Consentimiento. Fianza. Control de abusividad. Control de transparencia. Préstamo o crédito hipotecario.

**KEY WORDS:** *Company of joint property. Profesional and managerial activity. Businessman. Consumer. Assent. Bail or endorsement. Control of transparency. Mortgage lending.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL EJERCICIO DEL COMERCIO POR EL CÓNYUGE CASADO. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD: 1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL. 2. CALIFICACIÓN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O COMERCIAL. 3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL. 4. CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE NO COMERCIANTE. 5. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO AL EJERCICIO DEL COMERCIO. 6. EL EJERCICIO ORDINARIO DE LA PROFESIÓN, ARTE U OFICIO.—III. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: 1. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN GENERAL Y ALCANCE. 2. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD. 3. LA CONDICIÓN DEL CONSUMIDOR DEL FIADOR/AVALISTA.—IV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD. SU APLICACIÓN AL CÓNYUGE NO EMPRESARIO COMO CONSUMIDOR.—V. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CUANDO EL ADHERENTE ES UN PROFESIONAL O EMPRESARIO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

#### IV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD. SU APLICACIÓN AL CÓNYUGE NO EMPRESARIO COMO CONSUMIDOR

En la contratación en masa el contenido del contrato se redacta previamente, pensando en su utilización por uno de los contratantes —empresario o profesional— en una pluralidad de contratos del mismo tipo que ese contratante celebre, ya sea, y principalmente, con consumidores, ya sea con otros profesionales.

El artículo 51 de la Constitución española establece como uno de los principios reguladores de la política económica y social, la promoción y defensa de los intereses de consumidores y usuarios. Así el referido precepto constitucional dispone que, los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

En nuestro Derecho, en aras de una adecuada protección del consumidor, son varias las fuentes legales existentes: por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), y las disposiciones que la desarrollan. Esta ley es consecuencia de la Directiva 93/13/CEE, 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores. Junto al régimen legal aplicable a las condiciones generales de la contratación, esta Ley 7/1998 modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a fin de establecer un régimen de protección específico y más intenso, cuando el adherente es un consumidor. Este régimen de protección se encuentra ahora regulado en los artículos 80 a 91 del TRLGDCU; y, no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente (art. 82.1), es decir, predispuestas e impuestas. De forma que, las condiciones generales de la contratación como cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos, son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente. Por lo que tal como establece el artículo 1.1 de la LCGC son condiciones generales de la contratación: «*las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*»; y el apartado 2 del mismo precepto

aclara que «el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas asiladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión». En consecuencia, son requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente, la contractualidad, la predisposición<sup>1</sup>, y la imposición<sup>2</sup>, y, tratándose de condiciones generales, se añade además que, se trata de cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos. En todo caso, en estos contratos bajo condiciones generales existe consentimiento contractual válido, si bien la voluntad del consumidor se ve limitada al no hallarse en situación de igualdad, pues se limita a aceptar o no las condiciones que le ofrece el predisponente —la contraparte—<sup>3</sup>. Sobre tales bases hay que señalar que el régimen de la LCGC, por un lado, es más amplio que el del Real Decreto 1/2007, puesto que, se aplica no solo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales; mientras que este último se aplica únicamente al adherente-consumidor; y por otra parte, el régimen de la LCGC es más limitado que el del Real Decreto 1/2007, pues solo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, mientras que el Real Decreto 1/2007, incluye, además de estos, los contratos particulares que hayan sido redactados, en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente. Para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LCGC indica que, no cabe identificar condición general de la contratación, por más que sean prerrredactadas e impuestas con cláusulas abusivas, o en otras palabras, las condiciones generales no son por sí ilícitas ni abusivas, sino que lo será en la medida en que incurran en los supuestos legalmente previstos. Asimismo proclama que «una cláusula es condición general cuando está predisposta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes y no tiene por qué ser abusiva. En cambio, cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa un detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares». Y, a continuación insiste que «la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», y que «las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o —en ciertos casos de contratación o escrita— exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concisión y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas».

Asimismo, la Ley identifica a las partes del contrato como: predisponente y adherente. El predisponente es el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerrredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos. Debe tenerse en cuenta que la norma se aplica tanto a sujetos de Derecho privado como de Derecho público. Mientras que el adherente puede ser consumidor

o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica. Cuando el adherente sea otro profesional, la posición de abuso o dominante podrá plantearse en el marco de las normas generales de la contratación, no en el específico cauce de las cláusulas abusivas. La *ratio* del artículo 1 de la LCGC determina que, el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerrredactada no desaparece por el hecho que, el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando en este supuesto nos encontramos ante cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio; de forma que la norma no exige que la condición se incorpore «*a todos los futuros contratos que firme cualquier consumidor, sino a una pluralidad de ellos*».

En este contexto, el artículo 82 del Real Decreto 1/2007 introduce dos previsiones relativas concretamente a la calificación de una cláusula no negociada individualmente: 1. «*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato*» (apartado 2); y, 2. La carga de la prueba acerca de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente incumbe al profesional que afirme que ha sido negociada individualmente (art. 82.2.II).

En cuanto a la incorporación de las condiciones generales a la reglamentación contractual, se reconduce a tres reglas: 1. Las reglas de control de inclusión o incorporación que, incluye el control de transparencia —claridad, concreción y sencillez en la redacción de las cláusulas— y, establecen los requisitos previos que deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato, esto es, el conjunto de exigencias legales para que una cláusula pueda considerarse válidamente incluida en un contrato (arts. 5 y 7 a 10 de la LCGC y el art. 80.1 del Real Decreto 1/2007). De la dicción del artículo 5 LCGC pueden inferirse los siguientes requisitos para la válida incorporación de las condiciones generales de la contratación: a) Aceptación por el adherente de su incorporación al contrato y que este sea firmado por todos los contratantes; b) El contrato haga referencia a las condiciones generales incorporadas; c) El predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación; d) El predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas; y e) La redacción de las cláusulas se ajuste a los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Establece asimismo el artículo 5 en sus apartados primero, segundo y tercero determinadas concreciones en relación a la información que ha de realizar el predisponente de la condición general en función de si la contratación fuese telefónica, electrónica o el contrato no deba formalizarse por escrito. Y, en relación con la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores, esta incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato —control de transparencia cualificado—. Este control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento; el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si esta puede o no incorporarse válidamente en el contrato. 2. Las reglas de interpretación de las condiciones generales, que establecen criterios de interpretación favorables al adherente (arts. 6 de la LCGC y 80.2 del Real Decreto 1/2007). 3. Las reglas de control de contenido dirigidas a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo, o las contrarias a la Ley. Este control afecta al significado contractual de un contrato correctamente formado. Por lo que, la técnica del control de con-

tenido fuerza a una tarea de depuración del contrato que comienza por eliminar la cláusula abusiva, y que continúa con la exigencia de una labor judicial activa de integración del contenido contractual, como alternativa a la inviabilidad del contrato, si aquella no pudiera llevarse a cabo. Nuestro Derecho establece solo normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores (art. 80 y 82 del Real Decreto 1/2007). De forma que, no hay un sistema de control de contenido específico para las condiciones generales de los contratos —fuera de los derivados genéricamente en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil—, sino solo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor. Si no es consumidor, este control debe detenerse en el análisis, dentro del ámbito del artículo 8.1 de la LCGC de la posible vulneración por la cláusula constitutiva de condición general de contratación de leyes imperativas o prohibitivas.

Por su parte, hay que señalar que el artículo 7 LCGC completa los requisitos de incorporación en su vertiente negativa, al establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. Y, asimismo, el artículo 5 de la LCGC en su apartado cuarto establece una disposición imperativa en cuanto a la redacción de las cláusulas. La expresión «deberá» determina que si la redacción de las cláusulas generales no se adaptase a los requisitos mencionados, la misma no sería válida y debería ser expulsada del contrato o no incorporada a la misma.

Por todo ello, de no cumplirse los requisitos de inclusión, si la cláusula merece el calificativo de condición general, no se incorpora al contrato por aplicación del citado artículo 7 de la LCGC; y si no merece tal calificativo es nula de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil). Por su parte, el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, exige que el contenido de las mismas responda a los principios de *«buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas»* [art. 80.1 c) del Real Decreto 1/2007]. Además, el artículo 82.1 establece que: *«se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*; y, por último, se consideran abusivas en todo caso, las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del Texto Refundido —Real Decreto 1/2007—. De calificarse una cláusula de abusiva conlleva la nulidad parcial con integración del contrato, (art. 1258 del Código Civil) o la nulidad total de este. En todo caso, conforme al artículo 82.4 del Real Decreto 1/2007 son, en todo caso, abusivas las cláusulas que: a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) Limiten los derechos del consumidor y usuarios; c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; y, f) Contravengan las reglas de la competencia y derecho aplicable<sup>4</sup>. Sobre tales bases, el control de incorporación

o inclusión afecta a todo tipo de contratos con condiciones generales, no solo a aquellos en los que intervengan consumidores; el control de transparencia afecta a los contratos con consumidores y, ambos pueden afectar a las cláusulas que definen elementos esenciales del contrato; y el control de contenido no puede afectar a los elementos esenciales del contrato y desde la perspectiva del análisis de la abusividad de las cláusulas solo resulta aplicable a contratos en los que intervengan consumidores, tengan o no condiciones generales.

En este contexto, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección Pleno, de 22 de abril de 2015<sup>5</sup> «la jurisprudencia de esta Sala (sentencias núm. 496/2012, de 18 de junio, número 241/2013, de 9 de mayo, núm. 166/2014, de 7 de abril, núm. 246/2014, de 28 de mayo, núm. 464/2014, de 8 de septiembre, núm. 677/2014, de 2 de diciembre) ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil. Su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparente en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumple unos especiales deberes de configuración del contrato predisuelto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrado con consumidores, que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas».

Ahora bien, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado en varias sentencia, la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y en especial, en aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre el precio y retribución y considerar el control de transparencia de mero control de inclusión. Esta línea se inicia en sentencias como la de 22 de diciembre de 2009<sup>6</sup>; de 17 de junio de 2010<sup>7</sup>; de 1 de julio de 2010<sup>8</sup>; de 25 de noviembre de 2011<sup>9</sup>; y se perfila con mayor claridad en las sentencias de 18 de junio de 2013; de 30 de junio de 2014. Y en relación a las condiciones generales que contienen las denominadas «cláusulas suelo» pueden citarse tanto la sentencia de 9 de mayo de 2013 como las posteriores sentencias de 8 de septiembre de 2014<sup>10</sup>; de 24 de marzo de 2015<sup>11</sup>; de 25 de marzo de 2015<sup>12</sup>; de 29 de abril de 2015<sup>13</sup>; de 23 de diciembre de 2015<sup>14</sup>; de 3 de junio de 2016<sup>15</sup>; de 20 de enero de 2017<sup>16</sup>; y, 30 de enero de 2017<sup>17</sup> entre otras.

Precisamente, en relación con el control de transparencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2013<sup>18</sup> considera que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predisuelta, esto es, fuera del ámbito 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 realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial 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; y, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 9 de mayo de 2013<sup>19</sup> sostiene que cabe un doble control de transparencia: el control de inclusión que supone la observancia de las exigencias contenidas en los artículos 5 y 7 de la LCGC, de manera que las cláusulas generales han de

ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez para que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles; y, asimismo, la observancia de las formalidades establecidas en la Orden de 5 de mayo de 1994 vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida, como recordamos, por la Orden EHA/2899/2011; y que, una vez incorporadas las condiciones al contrato, las mismas han de superar el control de transparencia —del propio contenido de las condiciones incorporadas en el contrato—, es decir, que las cláusulas han de ser claras y comprensibles. Este último, en realidad, constituye un control de abusividad abstracto de validez de la cláusula predisposta, distinto del error propio o error vicio del consentimiento que, supondría un control sobre el caso concreto y que tiene por objeto que «el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado 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, con la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (parágrafo 210 de la sentencia). Se trata, en consecuencia, de constatar que la información suministrada permite al consumidor determinar si se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permite tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (parágrafo 212). Por lo que no se supera el control de transparencia si estas cláusulas están «enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro». En todo caso, este control de transparencia que se identifica con un control de contenido exige que el consumidor pueda conocer la carga económica real del contrato para poder valorar correctamente si lo quiere celebrar, y para poder comparar de manera adecuada las diferentes ofertas de productos dentro del mismo sector<sup>20</sup>, y, asimismo que el consumidor adherente sea específica y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tiene la cláusula suelo como elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues, dichas cláusulas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, se transforman en la *praxis* en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de tal cláusula. En consecuencia, la oferta de interés variable, no completada con una información adecuada, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.

Al respecto, los criterios que enumera el Tribunal Supremo en tal sentencia de 9 de mayo de 2013 para valorar la falta de transparencia, y que según el auto de aclaración de 3 de junio de 2013<sup>21</sup> no constituyen lista cerrada son: a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenario diverso relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas; y, e) En el caso

de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Este control de transparencia, según indica la sentencia de 9 de mayo citada, revela únicamente si una cláusula es clara y comprensible. En caso afirmativo, no cabe realizar el control de contenido, es decir, no puede examinarse si la cláusula es abusiva. Pero si no se supera el control de transparencia, habrá que analizar este extremo, porque no necesariamente la cláusula oscura e incomprensible —falta de transparencia— es abusiva. Este control de contenido consiste en valorar si, en contra de las exigencias de la buena fe, la cláusula causa en el consumidor el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Así se deriva del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82.1 del TRLGDCU. Es por ello que el Tribunal Supremo considera nulas por abusivas las cláusulas suelo de los contratos sometidos a enjuiciamiento porque al beneficiar exclusivamente a la entidad de crédito, provocan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resulta contrario a la buena fe porque no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo y el consumidor suscribe el contrato pues, cree que la carga económica del mismo es otra, más beneficiosa para él que la que realmente está contratando<sup>22</sup>. Si el consumidor hubiera aceptado de forma libre, voluntaria y consciente estas cláusulas, comprendiendo su verdadero alcance, aun cuando comportasen un desequilibrio, no podrían entenderse abusivas porque el control de transparencia legitimaría su validez.

En síntesis, ese doble control de transparencia supone que: a) El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente; y, b) La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. La falta de transparencia de una condición general puede dar lugar a no considerar incluida la cláusula en el contrato de adhesión (principal efecto del control de inclusión), incluso puede ser causa de nulidad de la cláusula (por abuso formal). El control de la cláusula por falta de transparencia solo procede cuando hay casos graves de oscuridad. Cuando una cláusula es realmente incomprensible, es obvio, que la cláusula no puede formar parte del contrato, y si ha llegado a formar parte de él, entonces (en el caso de que el adherente sea un consumidor o usuario) debe considerarse abusiva.

Ahora bien, a diferencia de la anterior resolución de 9 de mayo de 2013, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, (Pleno), de 8 de septiembre de 2014<sup>23</sup> no se refiere al doble filtro de transparencia, sino que únicamente aplica el control de transparencia real —segundo filtro de transparencia según la citada sentencia de 9 de mayo—, implícita en el marco general del control de abusividad; por tanto, el ulterior control de contenido —juicio de abusividad— derivado de la

falta de transparencia de la cláusula desaparece. Por lo que, actuando únicamente sobre el control de transparencia real, y en la línea con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencia de 18 de junio de 2012<sup>24</sup>, 15 de enero de 2013<sup>25</sup>, 17 y 18 de enero de 2013<sup>26</sup>, 18 de noviembre de 2013<sup>27</sup> y 30 de junio de 2014<sup>28</sup>) se destaca que con ello «se opera conforme al acervo y el peso de la formación del derecho contractual europeo que, a tenor de sus principales textos de armonización, se advierte la profundidad de este proceso, a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices del orden público económico, como principios jurídicos generales que, deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso en el ámbito concreto de las condiciones generales tiende a superar la concepción meramente «formal» de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y commutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación». En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 24 de marzo de 2015<sup>29</sup> se destaca que, el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque 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 supondría 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; asimismo, se llama la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la contratación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada y la posibilidad de tal control de abusividad se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y es la utilización por el predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propios de la contratación en masa; y respecto de la cláusula suelo señala que «la falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado». Por su parte, operando en esta línea en la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 23 de diciembre de 2015<sup>30</sup>, también del Pleno dispone que «en relación con el objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte, y además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía en el mercado y la competencia, lo que supone que va más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto. En consonancia con ello, la jurisprudencia de esta Sala sobre cláusulas suelo, tras resolver que las mismas forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/pres-

tación), ha establecido que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieran a los elementos esenciales del contrato no se someten a control de contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no».

En este contexto, el control de transparencia delimitado en la jurisprudencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, ha tenido también reflejo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 (C-26/2013)<sup>31</sup> —que analiza la posible abusividad de una cláusula en un préstamo multidivisa que facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas, sobre la base de cotización de venta de divisa aplicada por la entidad bancaria cuando el importe del préstamo se había obtenido conforme a la cotización de compra que, generaba un beneficio a favor del banco—, lo que, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «esta exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical (parágrafo 71); que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (parágrafo 72); que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescripto por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (parágrafo 73) y concluye que «el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente por el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescripto por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.; y, el artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional». Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior sentencia de este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13) cuyo parágrafo 74 declara que: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1 letras j) y l) y 2 letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan»; y, en las más recientes de la Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016 (Caso GUTIÉ-

RREZ NARANJO —asunto acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15—)<sup>32</sup> y, de la Sala Primera, de 26 de enero de 2017 (Caso PRIMUS y GUTIÉRREZ GARCÍA —asunto C-421/14—)<sup>33</sup>. Para la sentencia de 21 de diciembre de 2016, después de recordar que «el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE (apartado 49), añade: «50. Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013 RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44). 51. Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6 apartado 1 de esta en particular». Por su parte, la reciente sentencia de 26 de enero de 2017 con relación a la consecuencia o efecto que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución no pase el control de transparencia, señala al respecto que: «62. (...) según el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra —cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva—, solo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerne Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, EU:C:2015:447, apartado 50). (...) 67. (...) En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4 apartado 2 de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3 apartado 1, de esa misma Directiva (...).».

Ahora bien, en cuanto al control de abusividad, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE dispone que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. A continuación, el artículo 3.2 de la citada Directiva ahonda en el concepto de cláusula abusiva. De forma que se considerará que, una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga

de la prueba. En clara correspondencia con la Directiva 93/13/CEE, el TRLGDCU dispone en su artículo 82 que, se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El mencionado artículo 82 del TRLGDCU en lo que se refiere al artículo 3.2, determina que, el hecho que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 establece en relación al control abstracto del carácter abusivo de una condición general predisposta para ser impuesta en contratos con consumidores lo siguiente: a) Para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantea en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente; b) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación. No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas —aquellas en los que los sujetos son a la vez acreedores y deudores entre sí, de tal forma que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación—, y menos aún para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato; y, c) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

Sobre tales bases, y partiendo de la licitud de la cláusula suelo, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2017<sup>34</sup> se afirma que, en el análisis del control de transparencia no es necesario que el tribunal, analice todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013 para poder concluir, en su caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso, pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la existencia de transparencia, asimismo, se destaca que la cláusula suelo impugnada cumple los parámetros establecidos por la doctrina jurisprudencial para considerar superado dicho control de transparencia. En este sentido señala que «en una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al docu-

mento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que puede tener 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». Es decir, el Tribunal Supremo considera que la transparencia de una cláusula suelo no solamente tiene que estar reflejada en el contrato hipotecario, sino que pueden tenerse en cuenta otros elementos que informen al cliente de la cláusula que se le aplica. En concreto, se señala en la sentencia que puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas —con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo— y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. En el presente supuesto, la Audiencia tuvo en cuenta la citada doctrina jurisprudencial y llevó a cabo el control de transparencia a la vista de la prueba practicada. Además, se indica en la citada resolución que, los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas «sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual que, aparecía resaltado en negrilla. Se añade a continuación que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés. A la vista de lo anterior, concluye el Tribunal Supremo que los demandantes «conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida «cláusula suelo» que, negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial». Por lo que la cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la Sala, si bien, no resulta necesario que en el análisis del control de transparencia se tengan que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia de 9 de mayo de 2013. 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. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2017<sup>35</sup> se indica que «se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7 de la LCGC a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores, debe aplicarse un control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo»; y añade que, «no debe confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento. Mientras que

en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en el caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento. Las consecuencias de uno u otro régimen son diferentes, pues, el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses». La sentencia de este mismo Tribunal de 7 de noviembre de 2017<sup>36</sup>, asimismo, después de destacar que la lectura de la escritura pública y en su caso, el contraste con las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia, señala que la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertar y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato»<sup>37</sup>.

En este contexto, con acertado criterio, la sentencia de 24 de noviembre de 2017<sup>38</sup> precisa que, el hecho de que un préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo precisamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita la decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que, le supondría subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. En otro caso, la obligación de información precontractual del predisponente se convertiría en una obligación del adherente de procurarse dicha información, lo que resulta opuesto a la doctrina del Tribunal Supremo de la Sala Primera y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, asimismo, en materia de consumidores, siendo decisiva la precisión temporal, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 23 de noviembre de 2017<sup>39</sup> señala que, los controles de transparencia y abusividad tienen que realizarse en el momento en que se celebra el contrato con condiciones generales ya que afectan a la prestación del consentimiento (arts. 1261 y 1262 del Código Civil y art. 5 de la LCGC). Máxime si respecto al control de transparencia que es el que se postula en la demanda para que se declare la ilicitud de la cláusula suelo litigiosa, se ha insistido en la importancia de la información precontractual, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar.

Sin ánimo de exhaustividad, simplemente, nos parece oportuno finalizar este apartado, reseñando que, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulado C-154/15, C-307/15 y C-308/15)<sup>40</sup> en relación con los efectos de una eventual declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación por abusivas y de la

sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno) de 24 de febrero de 2017<sup>41</sup> cuya doctrina se ha reiterado en las sentencias de 20 de abril de 2017<sup>42</sup> y 25 de mayo de 2017<sup>43</sup>, se modifica la línea jurisprudencial establecida en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala (Pleno) de 25 de marzo de 2015<sup>44</sup>, y así en caso de nulidad de la cláusula suelo los efectos restitutorios conforme el artículo 1303 del Código Civil tiene efectos *ex tunc*, desde la fecha de celebración del contrato, y en el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles.

## V. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CUANDO EL ADHERENTE ES UN PROFESIONAL O EMPRESARIO

El control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor. Así, la Exposición de Motivos de la LCGC indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: «*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.*

Sin embargo, lo expresado en la Exposición de Motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores. A su vez, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013 rechazó expresamente en su Fundamento Jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario<sup>45</sup>. La sentencia de este mismo Alto Tribunal de 30 de abril de 2015<sup>46</sup> fija al respecto en su *Fundamento de Derecho* 5.º que: «la normativa contenida en la LCGC es aplicable a todos las condiciones generales, se encuentren en contrato concertado con consumidores o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración. Pero dicha ley no establece un régimen uniforme para una y otras. Mientras que, las normas relativas a la incorporación (arts. 5 y 7) y a la interpretación de las condiciones generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales, el régimen de la nulidad de las condiciones generales es diferente según que el contrato en el que se integran se haya celebrado o no con un consumidor. Mientras que en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo es aplicable la regla contenida en el artículo 8.1 de la LCGC, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad de la norma imperativa o prohibitiva del Código Civil, en el caso que el contrato integrado por condiciones generales se ha concertado con un consumidor, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad establecido en el TRLGDCU». A continuación señala que varias conclusiones pueden extraerse de lo expuesto: «una primera, 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, esto es, cuando este se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente». Una segunda sería que en nuestro ordenamiento jurídico «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 solo 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 especial las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC; por último, el artículo 1258 del Código Civil que se invoca por el recurrente contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe, de modo que el cumplimiento y ejecución del contrato puede determinarse lo que se ha denominado «contenido natural del contrato». Y, concluye con base en este precepto no puede pretenderse que, se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato».

Asimismo, de nuevo la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, en la sentencia de 3 de junio de 2016<sup>47</sup> ha establecido que el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor. Asimismo, indica que, esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. Ni el legislador comunitario ni el español 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. Y, atendiendo a la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la Exposición de Motivos de la LCGC a las normas contractuales generales y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, y que los artículos 1258 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, destaca que puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; y 1141/2006, de 15 de noviembre). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo 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»* (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

Desde esta perspectiva, en el caso sometido a enjuiciamiento, al no haberse discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, y que la sentencia recurrida declara 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—, la Sala Primera concluye 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 Código Civil y 57 Código de Comercio.

Ciertamente, en esta sentencia de 3 de junio de 2016, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en el que se dirime si procede la nulidad de una cláusula suelo presente en un contrato hipotecario suscrito por una persona física para la adquisición de un local en el que se va a instalar una farmacia. Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del TRLGCU la prestataria no tiene la condición de consumidor, dado el carácter esencialmente comercial del préstamo hipotecario. No obstante, también conviene recordar que, un empresario que suscribe un contrato de préstamo hipotecario puede tener la condición de consumidor, si actúa en un ámbito ajeno a su actividad comercial o profesional. Si se trata de personas jurídicas, lo determinante es la falta de ánimo de lucro. Ahora bien, de no tener la condición de consumidor, no puede beneficiarse de las normas protectoras de consumidores y usuarios, por lo que el doble control de transparencia —o control de transparencia cualificado— que fija la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no resulta aplicable a aquellas cláusulas insertas en contratos hipotecarios suscritas por empresarios o profesionales.

Tampoco será aplicable el control de contenido y por ende el control de abusividad y la consecuente nulidad de la cláusula. Si bien, como regla general, las cláusulas suelo no son susceptibles de control de contenido en cuanto son definitorias del objeto principal tal y como ha reiterado insistentemente la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. En todo caso si será aplicable el control de incorporación que tiene su base legal en la LCGC<sup>48</sup>. Precisamente, la propia Exposición de Motivos de esta Ley señala que, en los contratos entre empresarios puede existir desequilibrios y abusos de la posición dominante de una parte sobre la otra, y para la protección de la misma frente a esta situación abusiva, considera que se debe aplicar la buena fe como norma modeladora del contenido contractual (arts. 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio). En todo caso, para determinar la posible nulidad aplicando el principio de buena fe, tal y como establece esta sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2016 se ha de tratar de cláusulas predispuestas, que perjudiquen al adherente en cuanto causen un desequilibrio de su posición contractual, aquellas que como dice la citada sentencia «modifiquen subrepticiamente el contenido que el adherente habría podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato». Lo que se muestra acorde con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos formulados por la Comisión Lando

que, prevén la nulidad de las cláusulas abusivas sea cual fuera la condición de consumidor o no del adherente.

En este contexto, ciertamente se pueden establecer dos conclusiones: 1. Que mientras el control de incorporación en su primer grado resulta plenamente aplicable en este supuesto, no sucede lo mismo con lo que la jurisprudencia denomina «control de transparencia» —control de transparencia material—, que se limita a los contratos con consumidores; y 2. Que el control de contenido no puede extenderse a los supuestos de abusividad prevista en la legislación de consumidores y usuarios.

Ahora bien, en esta línea de exclusión de la posibilidad de control de abusividad en contratos en que el adherente no es consumidor y, por ende la no aplicación del denominado control de transparencia, conocido también como segundo control de transparencia o control de transparencia cualificado, y optando en relación con los contratos entre profesionales por el régimen general del contrato por negociación por la normativa contractual prevista en los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, se pronuncian también recientemente las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2017<sup>49</sup>, de 20 de enero de 2017<sup>50</sup>, 30 de enero de 2017<sup>51</sup>; y, de 2 de noviembre de 2017<sup>52</sup>; y, en la jurisprudencia menor, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2010<sup>53</sup>; de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2016<sup>54</sup>; y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2016<sup>55</sup>; y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2016<sup>56</sup>.

De forma que, en las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, puede considerarse que la virtualidad del principio general de la buena fe como norma modeladora del contenido contractual.

Tal forma de proceder es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201), prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo 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» (art. 4:110.1) y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110.2).

Ahora bien, como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de corresponder a quien pretenda la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegar la existencia de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, y, asimismo, acreditar la inexistencia o insuficiencia de información e indicar cuáles son sus circunstancias personales que puede haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.

En el supuesto enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2017 los esposos no son consumidores, sino que estamos ante un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre profesionales y guiado por un claro propósito mercantil —refinanciar deudas—. En todo caso, atendiendo a la naturaleza de la deuda de la sociedad y su relación con el

objeto social, que es lo que justifica su constitución y desarrollo, la esposa no puede desligarse de las obligaciones derivadas de la participación empresarial de su esposo de conformidad con los artículos 6 y 7 del Código de Comercio y destacando su vinculación funcional con la operación empresarial en cuyo marco se solicitó el préstamo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BISBAL MÉNDEZ, J. (1982). Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio, *Revista Jurídica de Cataluña*.
- CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1989). El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales, *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid: Edersa.
- DE LOS MOZOS, J. L. (1999). De la sociedad de gananciales, en: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII*, vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edersa.
- Comentario al artículo 1365 del Código Civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII*, vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edersa.
- GARDEAZABAL DEL RÍO, F. J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales. En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia*, vol. 2.<sup>o</sup>, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid: Lex Nova.
- GONZÁLEZ LAGUNA, M., y MANZANO SOLANO, A. (1985). Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales, *Estudios en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2005). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 171-172.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. (1983). La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981, *Revista Jurídica de Cataluña*.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2013). La sociedad de gananciales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo.
- MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2009). Comentario al artículo 1344 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 1586.
- PÉREZ JOFRE, E. (1987). El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXVIII*.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T. II*, 2.<sup>a</sup>, Madrid: Ministerio de Justicia.

- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1), (2) y (4). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. IV-2, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzad.
- (2017). *El régimen de gananciales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMS ALBESA, J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos.
- RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2005). De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Comentarios a los artículos 1362 a 1374 del Código Civil. En: J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código Civil. Especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Madrid: Dykinson.
- REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1347 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.). *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2016). Comentario al artículo 1365 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. III, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- SAIZ GARCÍA, C. (2006). *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Navarra: Thomson Aranzadi.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1344 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, *Código Civil comentado*, vol. III, Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 913.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE, Sala Quinta, 17 de marzo de 1998.
- STJUE, Sala Segunda, 20 de enero de 2005.
- STJUE, Sala Cuarta, 30 de abril de 2014.
- STJUE, Sala Cuarta, 3 de septiembre de 2015.
- ATJUE, Sala Sexta, 19 de noviembre de 2015.
- ATJUE, Sala Décima, 14 de septiembre de 2016.
- STJUE, Gran Sala, 21 de diciembre de 2016.
- ATJUE, Sala Décima, 27 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de junio de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 1995.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de julio de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de julio de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de febrero de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de abril de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de abril de 2014.

- STS, Sala de lo Civil, 8 de septiembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de marzo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de mayo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de septiembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de septiembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de octubre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2018.
- RDGRN, 31 de octubre de 2017.
- SAP, Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 10 de julio de 2000.
- SAP, Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, 29 de octubre de 2002.
- SAP, Huelva, secc. 3.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 2014.
- SAP, Málaga, secc. 5.<sup>a</sup>, 11 de junio de 2015.
- SAP, Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de noviembre de 2016.
- SAP, Madrid, secc. 21.<sup>a</sup>, 25 de octubre de 2016.
- SAP, Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 14 de diciembre de 2016.

## NOTAS

<sup>1</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017 (*JUR* 2017, 300944) señala que «en lo que atañe al requisito de la predisposición, lo determinante es que las cláusulas hayan sido elaboradas o redactadas antes de la celebración del contrato, a cuyo efecto resulta indiferente el formato o soporte en que estén recogidas (documento impreso, archivo informático, etc.), así como que el predisponente sea o no su autor material, pues, es suficiente con que las utilice, con independencia de su autoría. El sujeto que predispone no necesariamente será el sujeto denominado legalmente como predisponente en la relación contractual, sino que lo será quien incorpore las cláusulas predispuestas al contrato. Si la ley exigiera que, para poder aplicar la normativa protectora, el predisponente debiera ser el autor material del contenido contractual, a este le sería fácil eludir el régimen legal de condiciones generales mediante el encargo de la redacción a un tercero».

<sup>2</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 7758) dispone al respecto que «el elemento determinante para constatar

la naturaleza «impuesta» de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permite al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. Y esa «imposición» no desaparece por el hecho que el empresario formule y el consumidor pueda elegir entre distintas ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispostas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios, ya que el artículo 1 de la LCGC no exige que la condición forme parte de todos los contratos que se suscriban, sino que se incorporen a una «pluralidad de contratos». Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho que el contratante o adherente haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual», y añade que «podría discutirse si es necesario que el adherente asuma la iniciativa o, al menos, adopte una posición activa, en el sentido de oponerse formalmente a la cláusula en cuestión o a parte de su contenido. Pero esta interpretación, sostenida en su día por la jurisprudencia con base en la redacción inicial del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios carece hoy de fundamento en cuanto que la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no exige la inevitabilidad, sino que se trate de cláusulas «no negociadas individualmente».

<sup>3</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección Pleno, de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360) señala, asimismo que «cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que existan varios empresarios o profesionales que oferten servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas». Y añade «esta «imposición de contenido» del contrato no puede identificarse con la «imposición del contrato» en el sentido de «obligar a contratar». Es el consumidor el que ponderando sus intereses en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (de ahí incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente en el contenido del contrato, con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

<sup>4</sup> CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona: Bosch, 96.

<sup>5</sup> *RJ* 2015, 1360.

<sup>6</sup> *RJ* 2010, 703.

<sup>7</sup> *RJ* 2010, 5407.

<sup>8</sup> *RJ* 2010, 6554.

<sup>9</sup> *RJ* 2012, 576.

<sup>10</sup> *RJ* 2014, 4660.

<sup>11</sup> LA LEY 2015, 30005.

<sup>12</sup> LA LEY 2015, 30006.

<sup>13</sup> LA LEY 2015, 65308.

<sup>14</sup> LA LEY 2015, 204975.

<sup>15</sup> *RJ* 2016, 2306.

<sup>16</sup> *RJ* 2017, 926.

<sup>17</sup> *RJ* 2017, 371.

<sup>18</sup> LA LEY 2013, 45886.

<sup>19</sup> *RJ* 2013, 3088.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo, 336.

<sup>21</sup> *RJ* 2013, 3617. Dispone este Auto «11. El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes —uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas— cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes. 12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo». En el mismo sentido subyace en la argumentación vertida en el Auto de 21 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 200775) para la inadmisión de un recurso de casación en el que se pretendía «una revisión de la valoración probatoria efectuada por la Audiencia para ofrecer su propia valoración que llevaría a concluir que la cláusula suelo se configuró sin cumplir el control de transparencia».

<sup>22</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 648); y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de abril de 2014 (*AC* 2014, 1000), falta de información suficiente, y ausencia de simulaciones de escenarios diversos; en consecuencia, falta de transparencia.

<sup>23</sup> *LA LEY* 2014, 143790.

<sup>24</sup> *RJ* 2012, 8857.

<sup>25</sup> *RJ* 2013, 2276.

<sup>26</sup> *RJ* 2013, 1819; y *RJ* 2013, 1604.

<sup>27</sup> *RJ* 2014, 2233.

<sup>28</sup> *RJ* 2014, 3526.

<sup>29</sup> *RJ* 2015, 845.

<sup>30</sup> *RJ* 2015, 5714.

<sup>31</sup> *TJCE* 2014, 105.

<sup>32</sup> *TJCE* 2016, 309.

<sup>33</sup> *JUR* 2017, 26895.

<sup>34</sup> *LA LEY* 6541, 2017.

<sup>35</sup> *RJ* 2017, 2509.

<sup>36</sup> *RJ* 2017, 4759. En este mismo sentido, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4899); de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5063); de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5261); y con relación a la importancia de la fase precontractual, la sentencia de 1 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5148).

<sup>37</sup> Tanta importancia tiene la obligación bancaria de actuar con diligencia y transparencia en interés de sus clientes que, en materia de servicios de inversión, es oportuno mencionar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2017 (*LA LEY* 2017, 146197) que confirma la sanción de 2 millones de euros impuesta al Banco Santander S.A. por la adquisición generalizada de acciones procedentes de IIC con mayores comisiones de gestión que otras de características idénticas pero sujetas a menores comisiones. Se trata de la comisión de una infracción grave consistente en la inobservancia de la obligación de actuar con diligencia y transparencia.

<sup>38</sup> *RJ* 2017, 5063. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 122020) que establece en un supuesto de novación modificativa que: «*La ratio decidendi* de la sentencia recurrida no radica tanto en el alcance de las novaciones modificativas llevadas a cabo, como en el cumplimiento mismo de la exigencia de transparencia con relación a la cláusula suelo en la contratación originaria del préstamo hipotecario. Pues como la propia sentencia recurrida resalta, la novación modificativa llevada a cabo el 22 de diciembre de 2003, a petición de los clientes, tuvo por objeto la “reducción del tipo de interés del préstamo hipotecario”, sin especificación o concreción alguna con relación a la cláusula suelo que venía ya contemplada en el contrato novado. En el presente caso, como resulta acreditado de la prueba documental practicada, la entidad bancaria, tanto en la fase precontractual, como en la perfección del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, no realizó el plus de información exigible para que los consumidores pudieran adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica

y económica que comportaba la inclusión de la cláusula suelo en dicho contrato. Déficit de información que no queda suplido por la mera lectura de la escritura por el notario, o por la claridad gramatical que puede resultar de la redacción de la cláusula suelo que, si bien sirve para la superación del control de incorporación, no determina, por ella sola, en ausencia de este plus de información, que dicha cláusula suelo supere, además el control de transparencia (SSTS 593/2017, de 7 de noviembre y 655/2017, de 26 de noviembre)». Y, del mismo Tribunal y Sala, también de fecha 24 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 122022) en un supuesto, asimismo, de subrogación y novación del préstamo hipotecario señala: «(...) A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. En la sentencia 643/2017, de 24 de noviembre, hemos indicado que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia. En el presente caso, la Audiencia Provincial convierte la obligación de información precontractual del predisponente (información que la jurisprudencia del TJUE ha considerado determinante para que las cláusulas puedan superar el control de transparencia) en una obligación del adherente de procurarse tal información. Esta tesis es contraria a la jurisprudencia de esta Sala y del propio TJUE y, de aceptarse, le privaría de toda eficacia, puesto que a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, determinante de la falta de transparencia, siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta tal información. De la prueba practicada se desprende que la entidad bancaria no suministró información alguna al prestatario sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de las escrituras, la de subrogación y la de novación, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato. Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta Sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia: “44, En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”.

Esta doctrina ha sido reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, párrafo 75; 23 de abril de 2015, asunto C- 96/14, caso VanHove, párrafo 47; 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo; y 20 de septiembre de 2017, asunto C- 186/16, caso Andriciuc.

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede comportar en el desarrollo del contrato.

En el presente caso, la sentencia recurrida no ha tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado al demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudiera conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas. Por lo que debe concluirse que la cláusula suelo no superó el control de transparencia».

Y añade en relación con los efectos restitutorios: «Conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala a partir de la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 21 de diciembre de 2016, caso GUTIÉRREZ NARANJO), procede declarar la restitución íntegra (*ex tunc*) de los intereses cobrados de más por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, más los intereses legales desde la fecha de su aplicación».

<sup>39</sup> *JUR* 2017, 294939.

<sup>40</sup> *TJCE* 2016, 309. Considera esta sentencia que: a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de este tipo, el derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013; b) Dicha jurisprudencia nacional solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

De lo que cabe concluir que, la limitación de eficacia restitutoria plena a la declaración de nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario vulneraría el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE tanto en su vertiente de «no vinculación» de los efectos de la cláusula abusiva para el consumidor (art. 6.1 de la Directiva), como en la del debido «efecto disuasorio» que la nulidad de la cláusula debe ejercer sobre los profesionales (art. 6.1 en relación con el 7.1 de la Directiva).

<sup>41</sup> *RJ* 2017, 602.

<sup>42</sup> *RJ* 2017, 1559.

<sup>43</sup> *RJ* 2017, 1734. Asimismo, en esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2806); de 27 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 3024); de 5 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3685); de 20 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3377); de 16 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4332); de 21 de diciembre de 2017 (Id. Cendoj: 28079110012017100653); si bien, la restitución de las cantidades, por razón de congruencia, tiene lugar desde la fecha que la propia parte demandante solicitó expresamente en su demanda, coincidente con su reclamación extrajudicial a la entidad prestamista y, de 26 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 121989).

<sup>44</sup> *RJ* 2015, 735. Se fijó como doctrina jurisprudencial: «Que en cuanto en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 —se entiende que es una errata y se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014— y la de 24 de marzo de 2015 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013». Dicha doctrina se asienta como *ratio decidendi* en los *Fundamentos Jurídicos* números 9 y

10 de esta sentencia. Así, si bien es cierto que el Tribunal Supremo toma como base la regla general de la ineeficacia de la cláusula abusiva y de referirse a la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, a continuación señala que esa regla general de ineeficacia de las cláusulas abusivas puede tener excepciones, como la que se aplicó en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 con base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 donde radican los elementos básicos en los que el Tribunal Supremo funda la irretroactividad de la misma, a saber, la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastornos graves que, pueden afectar al orden público económico. En concreto, respecto del trastorno grave del orden público económico, al que se alude de nuevo en esta sentencia, se refiere la letra «k» del párrafo 293 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 donde se señalaba que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

<sup>45</sup> En esta línea, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1467); de 7 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2184); y, de 28 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3354).

<sup>46</sup> *RJ* 2015, 2019.

<sup>47</sup> *RJ* 2016, 2306. Frente a esta sentencia se presenta Voto particular concurrente con el fallo que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Después de manifestar respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados y compañeros de la Sala, indica que el voto particular concurrente que formula, aunque necesariamente discrepante con la doctrina jurisprudencial de la cuestión objeto de examen, se realiza desde la finalidad primordial de que sea útil para la mejor comprensión y estudio de la naturaleza y alcance del control de transparencia y su íntima conexión con la dinámica del fenómeno jurídico de la contratación bajo condiciones generales, incluido en este fenómeno la contratación entre empresarios señalando al respecto que, la doctrina jurisprudencial de esta Sala, relativa a la no aplicación del control de transparencia en la contratación entre empresarios o profesionales (fundamento de derecho tercero y cuarto de la sentencia), desatiende el carácter informador del principio jurídico que se deriva del concepto normativo de transparencia, sin que dicha exclusión encuentre tampoco apoyo en la concreción técnica de las variantes que pueden configurar el control de legalidad de la misma (abusividad/incorporación). Por lo que dicha doctrina debe ser rectificada en el sentido de reconocer la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios». En esta línea, CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, número 3, julio-septiembre, 95, señala al respecto que «los controles legales deberían haberse previsto solo porque es una especial manera de contratar la que se realiza con condiciones generales y no sobre la base de los contratantes. Los especiales controles deberían haberse dispuesto en todo caso y con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios, esto es, siempre que en el contrato se realice incorporando condiciones generales de la contratación. En este sentido, lo que debería haber sido el núcleo de una Ley de Condiciones Generales, es decir, una cláusula general para efectuar un control específico del contenido distinto del que generalmente es aplicable a todos los contratos, nuestra ley no lo tiene, estableciendo únicamente este especial control para el contrato celebrado con un consumidor (art. 8.2 de la LCGC)».

<sup>48</sup> *Vid.*, La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 7602).

<sup>49</sup> *RJ* 2017, 922.

<sup>50</sup> *RJ* 2017, 926.

<sup>51</sup> *RJ* 2017, 371. Se formula voto particular por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

<sup>52</sup> *RJ* 2017, 4558.

<sup>53</sup> *AC* 2010, 491.

<sup>54</sup> *JUR* 2016, 273800.

<sup>55</sup> *JUR* 2017, 7602.

<sup>56</sup> *AC* 2016, 1862.