

1.5. Obligaciones y Contratos

La buena fe contractual como límite a las cláusulas suelo en contratos de préstamo a empresarios

Good faith as limit of floor clauses in business to business loans

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil y
Directora Académica del Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresas
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

RESUMEN: En este trabajo se analiza el régimen de control de las cláusulas suelo en el marco de contratos de préstamo con empresarios o no consumidores. A partir del análisis de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en la Sentencia de 3 de junio de 2016 y con referencia a la Sentencia de 9 de mayo de 2013, se hace un estudio del alcance del principio de buena fe como criterio y límite de las condiciones generales de los contratos, tratando de dar con una solución general para la protección de todo adherente, sea consumidor o no consumidor, respecto a este tipo de cláusulas.

ABSTRACT: *This paper analyze the control of general clauses regulation, particularly about floor clauses, in the business to business loans. Based on an analysis of the doctrine of the Supreme Court contained especially in the sentences of the 3rd June 2016 and the 9th may 2013, this is a study about the scope the good faith principle as criterion and limit of the general conditions in the contract, trying to come up with a general solution that protects all adherent (consumers or businessmen) with respect to this kind of clauses.*

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Préstamos entre empresarios. Buena fe. Control de transparencia. Control de incorporación.

KEY WORDS: *Floor clause. Business to business loans. Good faith. Transparency control. Incorporation control.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. PREVISIONES DE LA LCGC ACERCA DE LAS CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS CON EMPRESARIOS.—III. LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016 Y EL CONTROL DE CLÁUSULAS SUELO EN PRÉSTAMOS A EMPRESARIOS: 1. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA A ADHERENTES NO CONSUMIDORES. 2. LA BUENA FE COMO CRITERIO DE CONTROL

Y DE INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS.—IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO EN PRÉSTAMOS A EMPRESARIOS.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años se han puesto de manifiesto ciertas prácticas por parte de las entidades bancarias en relación con ciertos contratos o productos financieros, que se han evidenciado como injustas o abusivas por los graves efectos que esas prácticas causaban en familias y pymes; consecuencia de ello han surgido constantes demandas sociales que instaban a un cambio, a una protección y a una calificación de esas situaciones como abusivas e injustas, abogando en la mayoría de los casos por su nulidad.

Una de las polémicas que aún hoy sigue siendo objeto de constantes resoluciones judiciales, no siempre unívocas y en muchos casos objeto de críticas y motivo de intenso debate doctrinal, es el de las cláusulas suelo; cláusulas contenidas en créditos o préstamos a interés variable pero que fijan un tipo mínimo de interés para ese contrato, de modo que, pese a que los tipos de interés bajen, esa bajada no se trasladará a ese deudor, debiendo soportar ese mínimo que actúa ya como un tipo fijo.

En relación con las cláusulas suelo una Sentencia clave ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) núm. 241/2013, de 9 de mayo, que acuñó un nuevo control de transparencia ligado al conocimiento efectivo por parte del cliente bancario de la carga real asumida al prestar el consentimiento a ese préstamo con una cláusula suelo. Y tras esta Sentencia se han dictado otras nuevas por nuestro Alto Tribunal reiterando o matizando esa doctrina en algunos aspectos (así, entre otras, SSTs de 16 de julio de 2014, 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015). Con estas resoluciones, y especialmente con la de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo ha venido a vincular ese control de transparencia al control de abusividad de cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Ahora bien, ese carácter abusivo solo se predica de las cláusulas suelo que vulneran ese control en el caso de que el prestatario sea un consumidor; la abusividad de una cláusula solo es predicable en el caso de que la misma afecte a consumidores. Y como ha dejado bien claro nuestro Tribunal Supremo recientemente en la STS núm. 367/2016, de 3 de junio, además de que el carácter de abusivas de dichas cláusulas y las previsiones de nuestro ordenamiento en relación a esa abusividad no son aplicables a contratos en los que el afectado sea un no consumidor (empresario, profesional, autónomo, pymes..., en adelante, por claridad utilizaremos para referirnos a todos ellos y a los no consumidores en general el término «empresario»), ese control de transparencia creado con la STS de 9 de mayo de 2013 tampoco es aplicable a los empresarios.

En este trabajo se tratará de exponer la situación actual en relación a las cláusulas suelo en contratos entre empresarios o no consumidores, a raíz de esta STS de 3 de junio de 2016, cuyo análisis crítico realizaremos.

II. PREVISIONES DE LA LCGC ACERCA DE LAS CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS CON EMPRESARIOS

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), pone el centro de su ámbito subjetivo de aplicación en el concepto de «adherente»: parte del contrato que se adhiere, acepta sin ningún tipo de negociación, una serie de condiciones generales en un contrato, impuestas por la otra parte contratante (cfr. art. 2 LCGC¹).

Esta norma se aplica tanto a consumidores como a no consumidores: en la exposición de motivos de la LCGC se advierte de que las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores; y, en uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o —en ciertos casos de contratación no escrita— exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.

En cuanto el adherente sea consumidor, en este caso sí que se exige que, además, esas condiciones generales no sean abusivas; es decir, ya en la exposición de motivos de la LCGC se advierte de que el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores, pudiendo darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse (en definitiva, siempre que no haya existido negociación individual)².

Pero ¿y en caso de adherentes no consumidores? ¿cabría apreciar en algún caso una situación de abuso en cláusulas predisuestas en contratos a los que simplemente se han adherido? Conforme a la exposición de motivos de la LCGC sí podría apreciarse en las condiciones generales entre profesionales alguna situación de abuso de una posición dominante, pero se advierte de que en estos casos habría que atender a las normas generales de nulidad contractual: «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. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas». Atendiendo a esta exposición de motivos (con la alusión al control de un abuso de posición dominante) *a priori* podría plantearse la posibilidad de un control por abusividad también en la contratación entre empresarios, pero lo cierto es que en el articulado de la LCGC no se desarrolla tal idea ni se ve apoyada de ningún modo; podría plantearse acudir como apoyo al Código Civil como norma general y así poder amparar ese control de las cláusulas generales entre empresarios en los artículos 1255, 1256 y 1258 del Código Civil³, aunque se trata de normas vinculadas a la contratación negociada, y lo ideal es que hubiera una norma expresa en la LCGC o en otra norma que desarrollara esa idea de la exposición de motivos de la LCGC en relación directa con la contratación con condiciones generales entre empresarios.

Las previsiones de la LCGC en el marco del control de las condiciones generales predisuestas (dentro de una contratación no negociada sea con consumidores o con no consumidores, como acabamos de señalar), se centran en el control de incorporación o inclusión y en reglas de interpretación de las cláusulas generales predisuestas.

A raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 podemos definir el *control de inclusión o incorporación* como aquel al que se somete toda condición general, que

vendría determinado por la exigencia de cumplir con los requisitos de incorporación previstos en los artículos 5 y 7 LCGC, así como los requisitos de la normativa sectorial bancaria (anteriormente Orden de 5 de mayo de 1994 y actual Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que imponen a las entidades bancarias unos deberes informativos tendentes a advertir al cliente de la existencia de esa cláusula suelo; exigencias informativas que son más amplias en esta Orden de 2011). Este control se superaría con la acreditación de cumplimiento de estos deberes formales, con independencia de que el adherente efectivamente tenga conocimiento o no de su contenido y/o lo comprenda.

El artículo 5 LCGC exige ciertos requisitos para poder considerar que dichas cláusulas se entiendan incorporadas a los contratos:

- en primer lugar debe existir referencia a esas condiciones generales en el propio contrato, haberse puesto a disposición del adherente y que este conozca su existencia y contenido y que el adherente las acepte;
- pero además se exige que tales cláusulas generales sean redactadas de forma que se ajusten «a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez».

Si existiera alguna contradicción entre condiciones particulares y generales prevalecerán las primeras (salvo que las segundas sean más favorables al adherente), y cualquier duda en la interpretación de condiciones generales oscuras se resolverá a favor del adherente, atendiendo en todo caso de forma supletoria a las normas de interpretación de los contratos previstas en el Código Civil (art. 6 LCGC).

La sanción prevista por la LCGC ante condiciones generales que incumplan lo previsto en esa norma, en cuanto a los requisitos de forma y conocimiento del adherente de su existencia, y los requisitos de redacción expresados en el artículo 5 LCGC es el de la no incorporación de la cláusula (cfr. art. 7 LCGC); mientras que se sanciona con la nulidad a aquellas cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y las cláusulas que vulneren normas imperativas o prohibitivas o que contravengan la LCGC en perjuicio del adherente (art. 8 LCGC); como se puede observar también aquí en el artículo 8 LCGC se vincula la abusividad solo a los contratos con consumidores anudándose la consecuencia de nulidad⁴. Esa no incorporación o esa nulidad no determinará la ineficacia de todo el contrato si este puede subsistir sin esa cláusula general; y «la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo» (art. 10 LCGC).

III. LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016 Y EL CONTROL DE CLÁUSULAS SUELO EN PRÉSTAMOS A EMPRESARIOS

1. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA A ADHERENTES NO CONSUMIDORES

La STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, partiendo de la consideración de la cláusula suelo como condición general de la contratación y como cláusula relativa al objeto principal del contrato (elemento esencial y concretamente, en este caso, el precio), consideró que, como tal, además del control de inclusión debe realizarse un control de transparencia, y así lo hace en el caso concreto.

Este control de transparencia, tal y como afirma esta STS de 9 de mayo de 2013, es un control separado y diferente del control de inclusión⁵; no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación a que se refiere la LCGC en su artículo 5, ni en el cumplimiento de las obligaciones formales impuestas por la normativa de transparencia bancaria, ni en la redacción clara, comprensible y sin ambigüedades de la cláusula (lo que podría denominarse como transparencia interna de la cláusula), sino que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de la cláusula suelo en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta, esto es, en este caso, sobre el tipo de interés que se creía estar contratando (un interés variable que sorpresivamente en un determinado momento se convierte en fijo sin que pueda beneficiarse de la bajada sucesiva del Euribor). Con este control se trata, en definitiva, de comprobar que el deudor adherente conoce efectiva y realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su posición jurídica y los riesgos asumidos)⁶.

Comprobada la falta de transparencia efectiva en relación con esa cláusula y, por tanto, en relación con el precio y contraprestación, el Tribunal Supremo declara que esa cláusula suelo es abusiva precisamente porque con esa falta de transparencia se ha causado un perjuicio al consumidor consistente en una alteración sorpresiva de la carga económica del contrato⁷. Con ello, el Tribunal Supremo vino a vincular la calificación de abusividad con el control de transparencia especial que se acuña en esta Resolución de 9 de mayo de 2013⁸.

A raíz de esta STS de 9 de mayo de 2013, se ha discutido sobre si ese control de transparencia puede aplicarse también a contratos en los que son adherentes no consumidores, o debe limitarse su aplicación a los consumidores. Y ello por cuanto, aunque esa STS núm. 241/2013 rechazaba que el control de abusividad se aplicase a contratos con empresarios o profesionales (fundamento jurídico 233), también advertía en su fundamento jurídico 201 de que el control de incorporación de las condiciones generales se aplicaba a cualquier cláusula general predispuesta, cualquiera que fuera el adherente (consumidor o no). Al acuñar un nuevo tipo de control, la controversia surgió en si ese nuevo control de transparencia, más que vinculado al control de contenido o abusividad, bien podría integrarse en el control de incorporación.

La jurisprudencia menor y la doctrina se ha mostrado dividida en cuanto a la respuesta a dar⁹:

i) Hay quien entiende que cabe aplicar de modo analógico el control de transparencia y de contenido o abusividad previsto para consumidores a la contratación entre empresarios. El problema de esta postura es que realmente no hay laguna legal que deba cubrirse por medio de analogía.

ii) Otros propugnan que no puede aplicarse el control de transparencia ni el control de contenido (abusividad) a los contratos entre empresarios, pues no hay una previsión legislativa ni jurisprudencial expresa y clara en ese sentido.

iii) Por otro lado, se ha sostenido que en estas situaciones se apliquen o bien las reglas generales de la buena fe *ex* artículos 1258 del Código Civil y 57 CCom o bien la misma doctrina sobre el error vicio de consentimiento aplicada jurisprudencialmente de forma consolidada en el caso de la contratación de productos financieros complejos (como los *swaps*).

iv) Por último, cabe mencionar la postura de quienes consideran que debe vincularse el control de transparencia con el control de incorporación (y no con el control de contenido como hace el Tribunal Supremo) de forma que sea

susceptible de aplicación sea cual fuere la condición del adherente (consumidor o no)¹⁰, postura que se ha visto respaldada por el voto particular de la STS núm. 367/2016, de 3 de junio, del Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO. De acuerdo con esta teoría no habría ningún obstáculo para poder vincular el control de transparencia de las cláusulas generales con el control de incorporación previsto en sede de la LCGC: no sería preciso ningún cambio legislativo; tan solo sería necesario que el Tribunal Supremo cambie su apreciación en relación con la naturaleza del contrato de transparencia reforzado que previó en la STS de 9 de mayo de 2013 y, en lugar de vincularlo a un control de contenido, lo haga residir en sede de control de incorporación en el marco de la LCGC, que resulta aplicable a cualquier adherente, sea o no consumidor. No se trataría, por otro lado, de aplicar analógicamente las reglas de protección de consumidores a los empresarios puesto que acogiendo esta tesis de un control de transparencia reforzado en el ámbito de los requisitos de incorporación se hace residir el mismo en la regulación que de tales requisitos se recoge en el artículo 5 LCGC (aplicable a consumidores y no consumidores) que es muy similar a la prevista en el artículo 80 TRLCU (aplicable solo a consumidores)¹¹.

Pero en la STS núm. 367/2016, de 3 de junio, se ha determinado que el control de transparencia especial y reforzado que se instauró con la STS de 9 de mayo de 2013 no resulta aplicable a los contratos con cláusulas suelo celebrados con no consumidores. Esta diferencia de tratamiento entre adherentes consumidores y adherentes profesionales o empresarios también se ha recogido en Sentencias de este mismo Tribunal posteriores a 2013: así, SSTs de 10 de marzo de 2014, 7 de abril de 2014, 28 de mayo de 2014, 30 de abril de 2015 y 15 de diciembre de 2015, entre otras.

Advierte el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 3 de junio de 2016 de que ese control de transparencia (que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato), diferenciado del control de inclusión (que atiende a una mera transparencia documental o gramatical), ha sido reservado por la legislación comunitaria y nacional, así como su jurisprudencia respectiva, a las condiciones generales incluidas en contratos con consumidores. Entiende que el control de transparencia, en virtud de su aproximación al juicio de abusividad (con apoyo en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13), solo puede realizarse en el ámbito de los consumidores. Afirma que «precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en el que adherente no tiene la cualidad de consumidor». Y considera que, no previéndose en el ordenamiento español y comunitario legislativamente una protección especial al adherente no consumidor (más allá de la remisión a las normas civiles y mercantiles generales sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones en aras de evitar abusos contractuales), no corresponde a los tribunales configurarla pues no se trata de una laguna legal sino de una opción legislativa.

Pero esta STS de 3 de junio de 2016 cuenta con un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO que discrepa de las apreciaciones de la Sala en cuanto a esa aplicabilidad del control de transparencia en el caso de adherentes empresarios, el cual considera que puede y debe realizarse: *«La jurisprudencia, en su innegable función de decantación y aplicación de estos nuevos principios informadores, puede y debe proceder a la interpretación extensiva del control de transparencia en la contratación entre empresarios; sin que la ausencia de un reconocimiento expreso de la normativa al respecto sea excusa para su no aplicación.*

Lo contrario es, una vez más, como decía don Federico de Castro, quedarse en la «corteza» de las palabras de la norma y no atender a la «médula» o razón de ser que la vivifica y orienta su aplicación con relación a los valores y principios que la informan». Se indica en ese voto particular que ese control de transparencia «responde directamente al anterior ideal de lo justo encarnado en los derechos del ciudadano, claramente imbricado en la posición del adherente, sea consumidor o no, y su aspiración a la toma de decisiones conforme a una comprensión real de la reglamentación predispuesta de cara al acceso a bienes y servicios que le van a ser necesarios, es decir, a su aspiración, basada en la razonable confianza, de que la reglamentación predispuesta resulta transparente en orden a facilitarle una correcta evaluación de las consecuencias que, a su cargo, se deriven de la ejecución o cumplimiento de dicha reglamentación».

Afirma el Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO en este voto particular, asimismo, la conexión del criterio de transparencia con el plano axiológico de las directrices del orden público económico, como ya se ha reconocido en la doctrina jurisprudencial española (entre otras, STS de 8 de septiembre de 2014) y del TJUE (entre otras, SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011). Tal y como se advierte en ese voto particular, en estos casos no puede darse un control de incorporación de la cláusula escindido, como mero control formal, sin atender a la comprensibilidad real por el adherente, cuando de la normativa especial (LCGC) cabe fundamentar la aplicación de ese control completo cualitativo por los tribunales en atención a que nos encontramos ante una contratación seriada, no negociada, y precisamente el fundamento de ese control es el carácter predispuesto del clausulado y la posición de inferioridad contractual del adherente.

En palabras contenidas en ese voto particular formulado a esa STS de 3 de junio de 2016, «ni la interpretación que conduce a la aplicación extensiva del control de transparencia a la contratación entre empresarios es «un tertium genus» ni «tampoco resulta acertada la conclusión interpretativa de que estemos ante una cuestión que responda, en sentido estricto, a una opción legislativa pues, aunque resulte conveniente o deseable, la cuestión aquí planteada puede y debe ser resuelta desde la interpretación y aplicación de la normativa ya existente a la luz de los valores que la informan y de la jurisprudencia que los ha desarrollado. Habida cuenta de que resulta incontestable que la normativa existente no prohíbe, expresamente, dicha interpretación extensiva».

Tal y como se indica en el referido voto particular (con cita del Prof. Sergio CÁMARA LAPUENTE), cabe fundamentar en estos casos una reconducción del control de transparencia hacia el control de incorporación (que no control de abusividad) con sede natural en la LCGC, no existiendo «razones de fundamentación técnica que objeten la interpretación extensiva de este control que aquí se propugna. Pero, sobre todo, no las hay en el plano axiológico y teleológico de la normativa objeto de la aplicación, esto es, la LCGC que, por una parte, sienta las bases de su aplicación en la reglamentación predispuesta y en la posición de inferioridad del adherente y, por la otra, justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser injusto, (contrario a derecho) y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales». Como se señala en este voto particular, existe normativa que permite fundamentar ese control de transparencia por comprensibilidad real también en el caso de los adherentes no consumidores, vinculado a los requisitos de incorporación de la condición general en el contrato (arts. 5.5 y 7 LCGC).

Asume, por tanto, este Magistrado en este voto particular la tesis antes expuesta de que debería entenderse vinculado o residenciado este control de transparencia «real» (referido a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica que implica la cláusula suelo) en el control de incorporación¹².

En mi opinión, precisamente esta tesis aporta una solución bien argumentada al problema existente en el marco de las cláusulas suelo con empresarios, que puede tener una perfecta acogida en nuestro ordenamiento. El hacer residir el control de transparencia como comprensibilidad «real» de las cláusulas en sede de control de contenido o abusividad limita su potencial aplicación subjetiva de modo incomprensible, cuando nos encontramos ante dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos caracterizados por la adhesión a un contrato, predisposición de la cláusula (no negociada individualmente) y falta de comprensibilidad real de la cláusula por el adherente, y cuando precisamente contamos con que les resulta aplicable una misma norma, la LCGC. Por otro lado, tampoco resultan extrañas en nuestro ordenamiento previsiones tuitivas de consumidores y empresarios de forma conjunta: así, al margen de la LCGC, cabe destacar cómo la normativa MiFid califica como clientes minoristas tanto a consumidores como a autónomos y pymes (*vid.* arts. 204 y 205 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores).

Sin duda cabe tener en cuenta que las notas que caracterizan este control de transparencia y los fundamentos para crear ese nuevo control de transparencia por el Tribunal Supremo apoyándose en la necesaria comprensibilidad real de las cláusulas, tratando de evitar condiciones generales predispuestas que alteren sorpresivamente el objeto del contrato, frustrando las expectativas del adherente en relación con la carga (económica y jurídica) asumida, tienen perfecta cabida también en el marco de la contratación con empresarios o profesionales. Si se ha creado un nuevo control que refuerza a los anteriormente existentes controles de incorporación y de contenido, ya es voluntad jurisprudencial o legislativa el concretar que ese nuevo control refuerce la incorporación de las cláusulas y no meramente el contenido, que llevaría a limitar su campo de actuación. Considero que es posible mantener esas exigencias de comprensibilidad real y material de las cláusulas predispuestas en el ámbito del control de incorporación. El significado del control de transparencia está vinculado a un control de comprensibilidad real de las cláusulas y ello no es exclusivo del ámbito de la abusividad propia de las previsiones tuitivas de los consumidores.

Entiendo que en la aplicación de ese control de transparencia debe ponerse el inciso en el hecho de que se trate de un sujeto adherente, que no ha podido negociar la cláusula suelo y al que no se le ha informado oportunamente de la misma, sus efectos y carga económica y jurídica, de modo que no ha podido comprender el contenido y efectos reales de esa cláusula. Y en esa situación se pueden encontrar afectados tanto consumidores como no consumidores. Esa transparencia exigida en las condiciones generales de la contratación debe ser hoy día un principio jurídico en el que se pueda amparar la protección de cualquier adherente en el marco de la contratación seriada, no negociada individualmente¹³.

Pero, pese a todo lo que se acaba de comentar, no debemos negar la realidad y que esta que se acaba de indicar no es la postura del Tribunal Supremo, que dictó esa Sentencia núm. 367/2016, de 3 de junio, en Pleno, y, como tal, vincula a los tribunales de instancias inferiores (postura posteriormente reiterada en SSTS núm. 30/2017, de 18 de enero, núm. 41/2017, de 20 de enero, y núm. 57/2017, de 30 de enero).

2. LA BUENA FE COMO CRITERIO DE CONTROL Y DE INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS

En esa STS de 3 de junio de 2016 la Sala del Tribunal Supremo en Pleno (con el voto particular indicado del Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO), tras negar la aplicación del control de transparencia en las cláusulas suelo que afecten a empresarios o no consumidores en general, en su fundamento jurídico quinto concreta la posibilidad de acudir a lo previsto en el régimen general de la contratación y a la buena fe (*ex arts. 1258¹⁴ del Código Civil y 57 CCom*) como principio informador de nuestro ordenamiento en general y del régimen de contratos en particular; para poder considerar nulas aquellas cláusulas que supongan un abuso de la posición contractual dominante y generen un desequilibrio en la posición del adherente al modificar «subrepticamente» aquello que el adherente se representó como que había sido pactado y que deriva de la propia naturaleza y finalidad del contrato; es decir, una cláusula que venga a alterar sorpresivamente la legítima expectativa que tenía el adherente sobre lo que contrataba pero que, por razón de esa predisposición, imposición y falta de negociación e información clara al respecto, no pudo representarse ni conocer realmente sus consecuencias y efectos en la relación contractual consentida.

El Tribunal Supremo en esta Sentencia de 3 de junio de 2016 parte de que tratar de sacar ventaja (y sacarla) de la predisposición de cláusulas en el contrato para introducir un contenido con el que el adherente no contaba o no podía razonablemente contar en atención a la naturaleza del contrato (lo que lleva a que sus expectativas sobre lo que el contrato le iba a suponer y afectar se vean frustradas), supone una vulneración de la buena fe contractual; una buena fe acogida en los artículos 1258 del Código Civil y 57 CCom en sede de normas contractuales generales a las que la exposición de motivos de la LCGC se remite para el control de las condiciones generales entre empresarios¹⁵. Pone el acento del recurso a la buena fe, como criterio de control de cláusulas generales (particularmente cláusulas suelo) en contratos con empresarios, en el carácter sorpresivo del contenido y efectos reales de tales cláusulas, generando un desequilibrio de la posición contractual del adherente.

El criterio de buena fe acogido en estos casos por el Tribunal Supremo viene a ser el recurso que permite resolver la pugna entre el contenido que realmente se deriva de las cláusulas del contrato y el contenido que el adherente se había representado como real y sobre el que efectivamente había consentido bajo la buena fe¹⁶; esta buena fe del artículo 1258 del Código Civil vendría a establecer la preferencia de esas legítimas expectativas del adherente (contenido que conforme a la buena fe creía que era el consentimiento) frente al contenido incorporado en el contrato por la vía de las cláusulas generales predispuestas¹⁷.

Atendiendo a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, cabe considerar que *de facto* se da una respuesta similar a las cláusulas suelo contraídas por empresarios o profesionales respecto a las contraídas por consumidores: la nulidad de las mismas con base en un desequilibrio surgido por el carácter sorpresivo de los efectos de la cláusulas suelo y la carga que ello supone para el adherente, respecto de lo que este pensaba haber contratado y consentido. En el caso de los consumidores se hace con base en un control de transparencia que atiende a si el consumidor comprendía realmente lo que suponía esa cláusula; y en el caso de los empresarios atiende a una buena fe contractual y a una alteración subrepticia de lo que el adherente se representó como objeto del contrato. Pero, como puede observarse, en el fondo la idea que subyace es la de proteger a aquel

adherente que por la actuación del predisponente no llegó a conocer realmente lo que contrataba, de forma que el objeto del contrato se vio alterado sorpresivamente para ese adherente.

Considero que la idea de la buena fe contractual subyace también en el control de transparencia previsto en la STS de 9 de mayo de 2013. Y asimismo se puede afirmar que la actuación del predisponente en cuanto a la información aportada al adherente (o no aportada) resulta relevante de cara a determinar si ha habido o no vulneración de ese control de transparencia o de esa buena fe, de forma que si se acredita que se informó oportunamente y al completo de la existencia y carga de la cláusula suelo no puede afirmarse que haya vulneración del control de transparencia (caso consumidores) ni de la buena fe contractual (caso empresarios¹⁸), no provocando desequilibrios ni alteración del objeto del contrato según se había concebido o representado por el adherente. Por tanto, se trata de una protección muy similar, que aunque tengan distintos criterios de control, el funcionamiento de ambos es parejo, atendiendo a los mismos factores y causas subjetivas (de comprensibilidad) concurrentes en los casos, sea el adherente consumidor o empresario¹⁹. Y a este respecto, podemos plantearnos si no hubiera sido más lógico que se hubiera acuñado un control de transparencia de tal naturaleza que pudiera aplicarse tanto a consumidores como empresarios. Porque el fundamento de protección y las circunstancias concurrentes son las mismas: adhesión a un contrato, condiciones generales y cláusulas predispuestas, falta de información suficiente que permita comprender lo que realmente asumes con el contrato...

Es, en definitiva, en la condición de adherente y no en la condición de consumidor o empresario donde entiendo debía haberse centrado el Tribunal Supremo a la hora de sentar su doctrina acerca del control de las cláusulas suelo. Y a esa condición de adherente (sea consumidor o no) atiende una norma concreta, cual es la LCGC, quien ya en su exposición de motivos advierte de que las cláusulas generales en contratos con empresarios también pueden (y deben) ser objeto de control para evitar situaciones abusivas. Por ello, tanto consumidores como empresarios deben ser objeto de protección como parte «débil» del contrato de adhesión en el que se produzcan desequilibrios prestacionales y frustración de las legítimas expectativas representadas al prestar el consentimiento y firmar el contrato.

Sería deseable que esta previsión contenida en la exposición de motivos de esta LCGC tenga un desarrollo concreto en una norma directamente aplicable: esperemos que el legislador no tarde en atender a esta necesidad. Quizás la teoría de residenciar el nuevo control de transparencia en el control de incorporación *ex* LCGC y lo expuesto en el voto particular de la STS de 3 de junio de 2016 puedan ser la guía del legislador en una norma general de control de cláusulas suelo y cláusulas de similar naturaleza (condiciones generales y predispuestas), aplicables a todo adherente, sea o no consumidor.

IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO EN PRÉSTAMOS A EMPRESARIOS

En esa Sentencia de 3 de junio de 2016 el Tribunal Supremo no entendió que en el caso concreto objeto de enjuiciamiento hubiera abuso de posición contractual dominante, por cuanto se declaró ya probado en la Sentencia recurrida que hubo negociaciones e información a la adherente de la existencia,

funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo. Por ello en esta Sentencia, a diferencia de en la STS de 9 de mayo de 2013²⁰, no existe un pronunciamiento relativo a las consecuencias de la eventual nulidad que se declare de aquellas cláusulas que impliquen una vulneración del principio general de buena fe y con ello una vulneración de la legítima expectativa del adherente y la existencia de un desequilibrio en la posición contractual de este, por haberse modificado el contenido que se había representado el adherente, tratando el predisponente de sacar una ventaja de la imposición y falta de negociación de la cláusula.

Ante la falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto, queda la duda de si dicho Tribunal hubiera resuelto de modo similar a lo que hizo en las SSTs de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015: declaración de irretroactividad o retroactividad parcial de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo con base en la situación económica existente y el riesgo en los mercados de crédito.

Acerca de esta cuestión entiendo, que ante un supuesto de cláusula suelo en contrato con un no consumidor (empresario o profesional) en el que se califique que concurre una situación de abuso de posición contractual dominante y de vulneración de la buena fe contractual (a la que se alude en la exposición de motivos de la LCGC y que puede fundamentar, asimismo, una vulneración de lo previsto en los arts. 1255, 1256 y 1258 del Código Civil y 57 CCom), contrariando con esa cláusula las legítimas expectativas que, según el contrato suscrito, su naturaleza y la buena fe contractual como principio informador de las negociaciones y contratos, pudo tener el adherente al firmar sin la debida información, tal calificación determina, con base en lo antedicho, la nulidad de la cláusula litigiosa. Y, en consecuencia, atendiendo a la normativa general sobre los contratos y sobre la nulidad a la que nos ha conducido el propio Tribunal Supremo en la ya mencionada Sentencia núm. 367/2016, de 3 de junio, en el marco del control de las condiciones generales de la contratación en contratos de adhesión con no consumidores, procede atender a lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil y, con base en este precepto, acordarse la restitución por el predisponente de todas las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula desde el comienzo de la vigencia del contrato.

Ciertamente tal consecuencia choca frontalmente con la que el Tribunal Supremo dio en la STS de 9 de mayo de 2013 para el caso de cláusulas suelo en préstamos con consumidores (y que tendrá que rectificar a raíz de la STJUE de 21 de diciembre de 2016), pero lo cierto es que ha sido este Tribunal el que ha determinado la diferenciación del régimen aplicable a cada adherente según su condición de consumidor o no: mientras que a consumidores acuña un nuevo régimen de control especial, para los empresarios se remite a las normas generales de contratación; por tanto, si respecto de los consumidores crea también un nuevo efecto especial de la nulidad por falta de transparencia que se decide no es aplicable a empresarios, no hay razón alguna que nos lleve a determinar que ese efecto especial de retroactividad parcial (con el que, dicho sea de paso, no estoy de acuerdo) deba ser aplicable a los empresarios en virtud de analogías o interpretaciones extensivas. Respecto a los empresarios el Tribunal Supremo ha sido claro: hay que acudir a las reglas generales de la contratación; por tanto, también habrá que acudir a ellas en cuanto a los efectos de la nulidad, y con ello al artículo 1303 del Código Civil. En este sentido, resulta singular el que en este aspecto los consumidores quedasen en una posición peor que la de los empresarios en situaciones tan similares, si bien a ello condujo la propia doctrina del Tribunal Supremo.

V. CONCLUSIONES

I. Para el control de las cláusulas suelo en el marco de contratos con empresarios el Tribunal Supremo ha determinado que no es aplicable el control de transparencia, sino que ha acudido al principio de buena fe como parámetro de interpretación del contrato y límite a las condiciones generales que puedan llevar a una situación de abuso de posición dominante por el predisponente y a una situación de desequilibrio en perjuicio del empresario adherente (STS de 3 de junio de 2016).

II. Cabe afirmar que se proporciona una protección muy similar a la de los consumidores. Aunque se acojan distintos criterios de control, el funcionamiento del control para ambos sujetos es parejo, atendiendo a los mismos factores y causas subjetivas (de comprensibilidad) concurrentes en los casos, sea el adherente consumidor o empresario. El fundamento de protección y las circunstancias concurrentes son las mismas: adhesión a un contrato, condiciones generales y cláusulas predisuestas, falta de información suficiente que permita comprender lo que realmente se asume con el contrato... Hubiera sido más oportuno que se hubiera acuñado un control de transparencia de tal naturaleza que pudiera aplicarse tanto a consumidores como a empresarios.

III. Considero que el Tribunal Supremo debía haberse centrado en la condición de adherente y no en la condición de consumidor o empresario a la hora de sentar su doctrina acerca del control de las cláusulas suelo. Y a esa condición de adherente (sea consumidor o no) atiende una norma concreta, cual es la LCGC, que ya en su exposición de motivos advierte de que las cláusulas generales en contratos con empresarios también pueden (y deben) ser objeto de control para evitar situaciones abusivas. En consecuencia, tanto consumidores como empresarios deben ser objeto de protección como parte «débil» del contrato de adhesión en el que se produzcan desequilibrios prestacionales y frustración de las legítimas expectativas representadas al prestar el consentimiento al contrato.

IV. Sería deseable que esa previsión contenida en la exposición de motivos de la LCGC tenga un desarrollo concreto en una norma directamente aplicable: esperemos que el legislador no tarde en atender a esta necesidad. Quizás la teoría de residenciar el nuevo control de transparencia en el control de incorporación *ex* LCGC y lo expuesto en el voto particular de la STS de 3 de junio de 2016 puedan ser la guía del legislador en una norma general de control de cláusulas suelo y cláusulas de similar naturaleza (condiciones generales y predisuestas), aplicables a todo adherente, sea consumidor o sea empresario.

V. Dado que el Alto Tribunal ha remitido para el control de las cláusulas suelo en contratos con empresarios a las normas generales de los contratos, ante la falta de pronunciamiento expreso en la STS de 3 de junio de 2016 acerca de las consecuencias de la nulidad de esa cláusula suelo que vulnere la buena fe contractual, no hay razón para no acudir a las consecuencias plenas del artículo 1303 del Código Civil y acordarse la restitución por el predisponente de todas las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula desde el comienzo de la vigencia del contrato.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 18 de junio de 2012
- STS de 9 de mayo de 2013

- STS de 10 de marzo de 2014
- STS de 7 de abril de 2014
- STS de 28 de mayo de 2014
- STS de 16 de julio de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 3 de noviembre de 2014
- STS de 2 de diciembre de 2014
- STS de 24 de marzo de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 29 de abril de 2015
- STS de 30 de abril de 2015
- STS de 15 de octubre de 2015
- STS de 20 de noviembre de 2015
- STS de 9 de diciembre de 2015
- STS de 15 de diciembre de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 3 de febrero de 2016
- STS de 4 de febrero de 2016
- STS de 11 de marzo de 2016
- STS de 8 de abril de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
- STS de 14 de julio de 2016
- STS de 20 de julio de 2016
- STS de 30 de septiembre de 2016
- STS de 5 de octubre de 2016
- STS de 7 de octubre de 2016
- STS de 18 de enero de 2017
- STS de 20 de enero de 2017
- STS de 30 de enero de 2017
- STJUE de 21 de diciembre de 2016

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea)*. Cizur Menor: Thomson-Civitas-Aranzadi.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios. [En línea], disponible en: <http://almacenedderecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>.
- (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 551-643.
- CORDERO LOBATO, E. (2013a). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Diario La Ley*, núm. 8088, 22 de mayo.
- (2013b). Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [En línea], núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278>, 129-133.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, septiembre, 3440-3456.
- ORDUÑA MORENO, F. J. (2013). Control de transparencia y cláusulas suelo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1.258 del Código Civil y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. *InDret* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf.
- (2013a). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario». *InDret* [En línea], núm. 3, disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>.
- (2013b). La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154, de 23 de septiembre.
- (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor: Aranzadi.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8112, 25 de junio.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8.
- (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, marzo, 681-732.

NOTAS

¹ El artículo 2 LCGC advierte en este sentido que «*La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —pre-disponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.*».

Para el concepto de qué es consumidor debemos atender a lo que prevé el artículo 3 TRLCU: «*son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*» Una definición que, como puede observarse, excluye de la aplicación y protección del TRLCU a profesionales o empresarios que contratan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial.

² Tal afirmación debe vincularse a su vez con la modificación introducida con esta LCGC, al transponer la Directiva 93/13, en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios entonces vigente (Ley 26/1984, de 19 de julio) incorporando un nuevo artículo 10 bis y un listado de cláusulas abusivas para consumidores.

³ Puede entenderse que así lo ha hecho el Tribunal Supremo en su STS núm. 367/2016, de 3 de junio. Y, de hecho, la propia LCGC remite al artículo 1258 del Código Civil en el artículo 10 LCGC.

⁴ Como advierte CÁMARA LAPUENTE «el artículo capital en la separación de los distintos controles (material o de contenido por el TR-LGDCU y formal o de incorporación en la LCGC) en función si se trata de un contrato de consumo o no es el artículo 8 LCGC titulado “nulidad” —que sigue al artículo 7, titulado «no incorporación»— cuando no se cumplen los requisitos de “incorporación”» (CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios, [En línea], disponible en <http://almacendederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>).

⁵ Control de inclusión que puede considerarse como el tradicional o clásico control de transparencia formal o documental, vinculado a la redacción clara, sencilla y comprensible para el adherente: cfr. artículos 5 y 7 LCGC. En este sentido, el Tribunal Supremo con esta STS de 9 de mayo de 2013 vendría a prever un doble control de transparencia: uno general, apto para cualquier condición general de la contratación, con encaje en esos artículos 5 y 7 LCGC y ese control formal de incorporación, y otro especial reforzado, diferenciado del anterior, que afectaría a cláusulas que definen el objeto principal del contrato (*vid.* CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, p. 560 y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013a). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Indret* [En línea], núm. 3, disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>, pp. 12 y 13).

⁶ De modo que, en este concreto caso, se debe comprobar si, a partir de la información suministrada, el adherente conoce y es consciente de que esa cláusula suelo existe y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato; se busca comprobar que el prestatario tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto. *Vid.* SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8112, 25 de junio.

⁷ Concretamente el Tribunal Supremo en su valoración del carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de transparencia tuvo en cuenta en esa Sentencia de 9 de mayo de 2013 las siguientes circunstancias: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación, en uno de los casos considerados (BBVA), entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

A este respecto el Tribunal Supremo, a través del Auto de 3 de junio de 2013, aclaró que «no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra [ni] 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». Por otro lado, como mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso, este auto aclaratorio señala: «la información que verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio notario autorizante, o fuera de aquel».

⁸ Cuestión criticada por CÁMARA LAPUENTE, que entiende que «esta moderna comprensibilidad material y no solo formal diseñada tanto por el TJUE como por el TS, no solo puede aplicarse a todo tipo de cláusulas no negociadas (TJUE *dixit*), sino que puede perfectamente adornar al control de incorporación de todas estas cláusulas (art. 80.1 TR-LGDCU y LCGC)», advirtiendo que la tesis que sostiene es «mantener la falta de transparencia

dentro del control de incorporación, sin que las cláusulas con ese defecto sean consideradas abusivas, sino simplemente no puestas, no incorporadas» (CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias..., *op. cit.*, pp. 602 y 608). En sentido similar, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, que en un análisis crítico de la STS de 9 de mayo de 2013 concluye: «Siendo plausible el esfuerzo del Alto Tribunal y su contribución al fin de la polémica, consideramos que, a lo mejor, tal vez, es excesivo considerar que la falta de transparencia es causa de la abusividad de la cláusula, y por tanto, determinante de su nulidad. Puede que hubiera bastado con determinar su no inclusión en el contrato, o que se interpretara favorablemente al consumidor, como son las consecuencias normales de la falta de transparencia» (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. [2013]. Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, septiembre, p. 3453). Cfr. asimismo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ que critica que se fundamente el deber de transparencia cualificado en el artículo 80.1 TR-LGDCU, considerando que debe residenciarse en el artículo 60 TR-LGDCU (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. [2013a]. Falta de transparencia..., *op. cit.*, pp. 17-18); y, asimismo, señala este autor que «se echa en falta en la STS de 9 de mayo de 2013 (Ar. 3088) una correcta argumentación que conecte la falta de transparencia de la cláusula suelo con el reproche de abusividad. Es preciso incardinar la abusividad por un defecto de transparencia en el supuesto de hecho del artículo 82 TR-LGDCU» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. [2013a]. Falta de transparencia..., *op. cit.*, p. 23).

⁹ Cfr. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, marzo, pp. 700-701; y de la misma autora (2016), Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8; CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). Control de cláusulas predispuestas..., *op. cit.*, y de este mismo autor Transparencias, desequilibrios e ineficacias..., *op. cit.*, pp. 601 y sigs.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. *InDret*, [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf, y de este mismo autor (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 106 y sigs., y (2013). Falta de transparencia..., *op. cit.*, pp. 23 y 24; y voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. ORDUÑA MORENO a la STS núm. 367/2016, de 3 de junio. Cfr. también, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas-Aranzadi, pp. 221 y sigs. *Vid.*, asimismo, nota anterior.

¹⁰ Firme defensor de esta tesis es Sergio CÁMARA LAPUENTE como ha manifestado en diversos trabajos: entre otros, Transparencias, desequilibrios e ineficacias..., *op. cit.* y Control de cláusulas predispuestas..., *op. cit.* Por su parte, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ se muestra contrario a esta tesis y a la incardinación de un control de transparencia en sede de requisitos de incorporación en contratos con adherentes no consumidores por cuanto estos requisitos «no pueden ir más allá de las exigencias de entrega y claridad y comprensibilidad en la redacción de las condiciones generales en los estrictos términos del artículo 5 LCGC y, por lo tanto, no se puede fundamentar en ellos, ni siquiera en los contratos de préstamo con empresarios, la ineficacia de una cláusula que no supere el más exigente «segundo filtro de transparencia» exigido por la STS, Sala 1.^a, 9 de mayo de 2013», aportando varias razones como apoyo a esta postura discrepante (*vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil..., *op. cit.*).

¹¹ Asimismo, cabe destacar en esta teoría cómo, de ubicar el control de transparencia en sede de control de incorporación, la consecuencia de que la cláusula no supere ese control de transparencia no sería su nulidad, sino su no incorporación al contrato *ex* artículo 7 LCGC. En este sentido, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias..., *op. cit.*, pp. 605-606 y Control de cláusulas predispuestas..., *op. cit.*; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial..., *op. cit.*, p. 3453, entre otros.

Ello supondría, en consecuencia, como expone CÁMARA LAPUENTE, que: «—no es preciso tras detectar el déficit de transparencia entrar en la dificultosa ponderación de diversas circunstancias para acabar declarando su carácter abusivo (abusividad ponderada) que sería lo coherente con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 (= artículo 82.4 TR-LGDCU); —no es preciso buscar fundamentos artificiosos para justificar el carácter abusivo directo (el perjuicio al consumidor, que se presume, estribaría en no poder contrastar otras ofertas en el mercado); —no lleva a la solución absurda de que la nueva transparencia dé lugar a una nulidad especial que carece de eficacia retroactiva (como sostiene el TS, a la espera de la solución que el TJUE dé en los próximos días a la prejudicial planteada al respecto), mientras que la declaración del carácter abusivo de otras cláusulas por el control de contenido da lugar a una correcta nulidad plena y *ex tunc*; y —no desdice la jurisprudencia del TJUE acerca de que el control relativo a la redacción clara y comprensible de las cláusulas es el mismo para elementos esenciales del contrato y para otras cláusulas contractuales» (CÁMARA LAPUENTE, S. [2016]. Control de cláusulas predisuestas..., *op. cit.*).

¹² *Vid.* lo indicado *ut supra* con respecto a esta postura doctrinal, cuyo firme defensor es el prof. CÁMARA LAPUENTE, entre otros.

¹³ A este respecto, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA señala: «No es menos cierto sin embargo que el Tribunal Supremo ha creado un novedoso control de transparencia que puede encontrar perfecto anclaje legal en la LCGC y, supletoriamente en el Código Civil. Tengamos en cuenta que los controles de incorporación, transparencia y contenido deben ser informados, interpretados y aplicados en virtud de los (1) *principios de buena fe contractual* (*ex art. 1258 del Código Civil*) —que constituye el eje sobre el que pivota el principio de orden público económico y que contrabalancea el principio de libertad contractual (*pacta sunt servanda*) lo que casa mejor con la contratación negociada que con la predispuesta que es la que es objeto de nuestra atención para hallar su solución en la contratación hipotecaria entre empresarios— (2) el *principio de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones* —que supone una proyección de la directriz de conmutatividad del comercio jurídico el eje sobre el que pivota el principio del orden público económico—, y (3) el *principio de conservación del contrato*. Y que estos principios modernamente, tal y como ha advertido la doctrina ya no actúan como meros «criterios interpretativos» del contrato (lo que sucedía tradicionalmente en la contratación entre particulares pensada y prevista en el código civil en el que predomina la contratación por negociación y en el que se pone el énfasis a la existencia o no del consentimiento por parte del contratante), sino como «criterios valorativos» a los efectos de determinar la justicia contractual de la condición predispuesta a los efectos de que pueda operar su eficacia obligacional entre las partes o no. En ese sentido, lo justo y lo razonable, la buena fe y las buenas costumbres van de la mano y dependen del contexto histórico, social y económico en el que el Principio de Buena fe cuyo protagonismo ha recobrado el Tribunal Supremo esté llamado a apelarse» (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. [2016]. Retroactividad, transparencia..., *op. cit.*).

¹⁴ Y ello aunque con anterioridad el Tribunal Supremo ya había determinado la exclusión del artículo 1258 del Código Civil como criterio para valorar y controlar la validez de las condiciones generales en contratos entre empresarios: así, entre otras, STS de 30 de abril de 2015.

¹⁵ Crítico con esta STS de 3 de junio de 2016, CÁMARA LAPUENTE se muestra escéptico en utilizar la buena fe como criterio de control de este tipo de cláusulas generales, advirtiendo de la dificultad de «obtener un control parecido a partir de un sistema legal que parte de la negociación (Código Civil) y cuya cláusula general de buena fe contractual (1258) no estaba diseñada para estos menesteres (más que para «desintegrar» parte del contrato, su función se ha acotado a «integrarlo»; por más que por vía jurisprudencial podría ampliarse ese cometido inicial)» (CÁMARA LAPUENTE, S. [2016]. Control de cláusulas predisuestas..., *op. cit.*).

¹⁶ *Vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil..., *op. cit.* Según este autor, en la STS de 3 de junio de 2016 se realiza una aplicación de la llamada regla de las «cláusulas sorprendentes» «según la cual, no son válidas las cláusulas que resulten tan insólitas de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del contrato que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia. Esta norma

se contenía en el Proyecto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art. 5.c, que resultaba de aplicación tanto a las condiciones generales en contratos con consumidores como en contratos entre empresarios), pero finalmente fue suprimida del texto definitivo de la Ley. Pese a ello la doctrina había considerado que la referida regla podía incardinarse en contratos con consumidores en la cláusula general del artículo 82 TR-LGDCU como un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia y en contratos con adherentes empresarios en el principio general de buena fe del artículo 1258 del Código Civil, tal y como justamente hace ahora la meritada STS de 3 de junio de 2016».

¹⁷ Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil..., *op. cit.* Por otro lado, como advierte este autor, «la primacía de lo que legítimamente se creía haber consentido, frente a una condición general, se puede deducir también de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales consagrada en el artículo 6.1 de la LCCG que en cuanto que incluida en la LCGC resulta de aplicación a cualquier adherente con independencia de su condición de consumidor o empresario. El fundamento de esta regla, según ha expresado la doctrina al respecto, es el respeto al principio de autonomía de la voluntad, conforme al cual las estipulaciones contractuales que han sido acordadas y consentidas por las partes, tienen preferencia sobre las condiciones generales que han sido predispuestas por una de ellas e impuestas a la otra, porque aquellas reflejan la voluntad común de los contratantes» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil..., *op. cit.*).

¹⁸ Eso es lo que precisamente entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de junio de 2016 en el caso concreto objeto de controversia: dado que se acreditó que hubo negociaciones e información oportuna a la adherente de la existencia, funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo, no consideró en ese caso que pudiera apreciarse la situación de abuso contractual dominante y un desequilibrio contrario a la buena fe.

¹⁹ Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil..., *op. cit.* Este autor advierte de que «a través de una aplicación excesiva de la ineficacia *ex* buena fe de cláusulas sorpresivas no se puede pretender extender sin más el control de transparencia definido por la STS, 1.^a, 9.5.2013 (Ar. 3088) en relación a las cláusulas suelo en contratos con consumidores a los contratos con adherentes empresarios». Considera que no puede pretenderse valorar igual la posible frustración de las legítimas expectativas de un empresario que las de un consumidor, debiendo exigirse al empresario una diligencia mayor, partiendo de la existencia de unos conocimientos previos, de modo que, así como en el caso de los consumidores la información (y falta de ella) puesta a disposición por el predisponente es lo relevante en el control y valoración de la cláusula suelo o condición general incluida en contratos celebrados con ellos, en el caso de contratos con empresarios tan relevante es la información suministrada y la no suministrada al empresario por el predisponente, como la diligencia que empleó el empresario adherente en conocer realmente las condiciones financieras de su contrato. Y sobre la diligencia exigible señala este autor: «La diligencia exigible al empresario adherente en el conocimiento de una cláusula suelo dependerá de sus circunstancias subjetivas, entre las que revisten una especial importancia su volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. En este sentido, es obvio que cuanto más se aproximen las circunstancias personales del empresario a las de un consumidor —por ejemplo, autónomo, sin experiencia financiera, que solicita un crédito hipotecario para poner en marcha su negocio— mayor información necesitará para poder prestar un consentimiento sobre el coste del crédito con pleno conocimiento de causa y más posibilidades de éxito puede tener una demanda fundada en el carácter sorpresivo de la inclusión de una cláusula suelo en el contrato de préstamo por ausencia de una información precontractual adecuada». Al respecto de esta opinión, entiendo que el control de transparencia al evocar a una situación subjetiva de comprensibilidad real también permite acoger un análisis de si la falta de comprensión real de la carga económica y jurídica derivada de esa cláusula es fruto de una falta de diligencia del adherente. No creo que el control de transparencia excluya tal valoración. De modo que no entiendo que tal criterio implique un criterio definidor y diferenciador del control que deba hacerse entre empresario y consumidores, en el sentido de descartar que pueda hablarse de un control de transparencia aplicable a empresarios.

²⁰ En la STS de 9 de mayo de 2013, como consecuencia de haber calificado una cláusula como abusiva por esa falta de transparencia, el Tribunal Supremo determina la nulidad directa de la cláusula, aunque con efectos *ex nunc*, y no *ex tunc*, como prevé el artículo 1303 del Código Civil como efecto típico de la nulidad. Cuestión que ha sido sin duda la más polémica y criticada de esta STS de 9 de mayo de 2013. A este respecto se suscitaron diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE y, aunque el Abogado General encargado del asunto (Sr. Paolo Mengazzi) manifestó en su informe de conclusiones previo no vinculante que esa limitación en la eficacia de la nulidad no es contraria al ordenamiento comunitario, finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, ha advertido que la doctrina del Tribunal Supremo español que mantenía la retroactividad (o limitación y los efectos retroactivos) de la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia (STS de 9 de mayo de 2013, de 25 de marzo de 2015, y de 29 de abril de 2015), es contraria al Derecho de la Unión Europea (concretamente al art. 6 de la Directiva 93/13/CE). Asimismo, gran parte de la doctrina y también diversos juzgados y tribunales han discrepado de ese aspecto del fallo de la STS de 9 de mayo de 2013, que vino matizado por la STS de 25 de marzo de 2015: así, entre otros, cfr., el voto particular a la STS de 25 de marzo de 2015 del Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO y, asimismo, de este mismo Magistrado, «Control de transparencia y cláusulas suelo». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 871/2013; CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias..., *op. cit.*, pp. 628 y sigs.; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Retroactividad, transparencia..., *op. cit.*; CORDERO LOBATO, E. (2013a). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). Diario La Ley, núm. 8088, de 22 de mayo, y (2013b). Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). Revista CESCO de Derecho de Consumo, [En línea], núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278>, pp. 131-133; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013b). La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. Diario La Ley, núm. 8154, de 23 de septiembre.