

4. DERECHO BANCARIO

Fiscalización de los deberes de información durante la fase precontractual y contractual en las cláusulas suelo contenidas en préstamos con garantía hipotecaria. La aplicación del test de transparencia al cliente bancario no consumidor a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016

Control of the information and transparency obligations at pre-contractual and contractual stage regarding the floor clauses set forth in mortgage loans. The application of the transparency test when the banking client is not a consumer, in light of the judgment of the Spanish Supreme Court dated on June 3th, 2016

por

SERGIO AGUILAR LOBATO

Abogado

RESUMEN: La STS de 9 de mayo de 2013 constituyó un hito jurisprudencial a la hora de definir si las denominadas cláusulas suelo eran conformes a Derecho. Dicho fallo estableció como requisito para determinar su licitud la superación de dos mecanismos, denominados control de incorporación y control de transparencia, respectivamente. Si bien ha resultado pacífica la aplicación del primero de ellos con independencia de la cualidad del adherente, no había quedado resuelto el ámbito subjetivo del control de transparencia. Así, sin perjuicio de que la mayoría de nuestras Audiencias Provinciales solo ha aplicado el segundo control a los clientes bancarios que revestían el carácter de consumidores, en algunos fallos se ha admitido también su aplicación a aquellos actores que no ostentaban dicha condición. Tras la STS de 3 de junio de 2016, parece que las iniciales dudas han quedado disipadas, estableciéndose a los consumidores como únicos beneficiarios del test de transparencia.

ABSTRACT: *The judgment of the Supreme Court rendered on May 9th, 2013 constituted a landmark case when determining if the so-called floor clauses concerning mortgage loans were valid in accordance with the Law. The aforementioned ruling set out as a condition precedent to determine its lawfulness two mechanisms,*

named incorporation test and transparency test, respectively. Whereas the application of the first control has been unanimously accepted regardless of the banking customer's categorization, it remained unclear the scope of the transparency test. Notwithstanding most of the Provincial Courts hold that the second control was exclusively applicable when the plaintiff is a consumer, there was a set of judgments where it has been construed that the transparency test could be applicable to banking customer who did not meet the requirements to be considered as a consumer. However, once the judgment of the Spanish Supreme Court dated on June 3th, 2016 was published, it seems that the preliminary doubts have been cleared up, since it established that consumers are the only beneficiaries of the transparency test.

PALABRAS CLAVE: Préstamos con garantía hipotecaria. Cláusula suelo. Control de transparencia. Consumidores. Jurisprudencia.

KEY WORDS: Mortgage loans. Floor clause. Transparency test. Consumers. Case law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS CLÁUSULAS SUELO COMO CONDICIONES GENERALES.—III. PARÁMETROS ESTABLECIDOS PARA FISCALIZAR LA COMERCIALIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO.—IV. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA AL ADHERENTE NO CONSUMIDOR Y LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el Tribunal Supremo dictara su célebre Sentencia de 9 de mayo de 2013, numerosos interrogantes se han planteado en nuestro Derecho patrio, cuyas lagunas se han ido colmando a la par que se avanzaba en la construcción jurisprudencial y doctrinal en materia de cláusulas suelo. Desde un punto de vista estrictamente procesal, se han solucionado, entre otros asuntos, los atinentes a la cuestión de las excepciones procesales de litispendencia y cosa juzgada alegadas por las defensas de las entidades de crédito en numerosos litigios¹. También han hallado respuesta otras excepciones invocadas, como la relativa a la falta de legitimación pasiva que planteaban los grandes grupos del sector financiero que habían absorbido previamente a entidades de menor tamaño en los juicios en los que estas últimas actuaban como demandadas². Sobre cuestiones de carácter sustantivo, recientemente se ha solventado, si quiera de forma provisional, la cuestión acerca de los efectos de carácter retroactivo que conllevaba la declaración de nulidad de las cláusulas suelo³.

Empero, todavía quedaba por resolverse un último debate, cual era determinar el ámbito subjetivo del test de transparencia. ¿Sería aplicable únicamente a los adherentes consumidores o por el contrario, también se admitiría para los que no albergaran tal condición? La respuesta se aborda en el presente estudio. Su fundamento estriba en resolver las posibilidades procesales de las pequeñas y medianas empresas afectadas por cláusulas suelo. Ciertamente, su resolución no tenía únicamente una importancia cualitativa, sino también cuantitativa, y es

que afectaba a un 99,8% del tejido empresarial nacional, es decir, a más de tres millones de unidades productivas⁴. Por esta especial circunstancia, a lo largo de estas líneas se tratará de analizar de forma complementaria al tema principal propuesto, otras vías más desconocidas que, con mayor o menor acierto, se han erigido como alternativa para tutelar las pretensiones de estas.

Con carácter previo a todo ello, cabía plantearse los límites que despliega el concepto de consumidor en un sector como el Derecho bancario. De la respuesta a esta pregunta dependía el éxito procesal de multitud de pequeñas y medianas empresas afectadas por cláusulas suelo. Muchas de ellas habían suscrito préstamos con garantía hipotecaria cautivas de la necesidad de financiación, pero carentes a su vez de un departamento jurídico con el que afrontar los riesgos que determinadas operaciones bancarias planteaban. Un criterio finalista en la exégesis interpretativa del concepto de consumidor les conferiría el beneficio de la protección dispensada por el control cualificado de transparencia. Por el contrario, la aplicación de un enfoque literal en la interpretación de la mentada categoría jurídica podía conllevar la desestimación de la mayoría de demandas interpuestas por aquellas, al limitarse la fiscalización de la cláusula suelo al mero control de incorporación. Como apuntaba, esta cuestión parece haber hallado respuesta definitiva con la Sentencia del Alto Tribunal de 3 de junio de 2016.

II. LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Las cláusulas suelo han sido consideradas como condiciones generales⁵. Asimismo, la STS de 9 de mayo de 2013 estableció que estas son, *per se*, lícitas⁶.

Dicha interpretación se fundaba en la propia regulación de la contratación en masa en nuestro ordenamiento jurídico. Podemos afirmar que, al amparo de este, la existencia de dichas cláusulas está admitida mediante la compleja y dispersa⁷ normativa sectorial⁸, entre la que destaca el artículo 7.3.2.c) de la derogada Orden de 5 de mayo de 1994⁹ y el artículo 25 de la Orden EHA, 2899/2011¹⁰, que deroga a aquella, además de a gran parte del anterior régimen de disciplina bancaria¹¹. Del texto de la Orden EHA, 2899/2011 debe también destacarse el artículo 6, regulador de los deberes de información en la fase precontractual, y el 7, que estatuye los relativos a la fase contractual¹².

No solo nuestro Derecho Positivo legitima estas cláusulas. El propio Banco de España, también se sumaba a esta corriente mediante la emisión de su Informe de 27 de abril de 2010¹³. No obstante, el organismo supervisor condicionaba su eficacia a dos factores. En primer lugar, al escrupuloso cumplimiento de la normativa sectorial durante su comercialización. En segundo lugar, precisaba que debía haber mediado acuerdo previo entre la entidad de crédito y el cliente bancario, en su condición de adherente.

Una vez determinado el carácter lícito de la cláusula suelo, se hacía necesario detenerse en los mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para asegurar su legalidad, que por su estrecha vinculación con el tema principal de este estudio, se exponen a continuación.

III. PARÁMETROS ESTABLECIDOS PARA SU FISCALIZACIÓN

Los exhaustivos controles de incorporación y transparencia, pese a gozar de cierta tradición en nuestro Derecho Positivo, son deudores de la construcción

jurisprudencial diseñada por el Tribunal Supremo durante este último lustro, al menos en cuanto a su potenciación y ulterior desarrollo. Esta circunstancia, a su vez, ha tenido su influjo en la cada vez más desarrollada protección del consumidor bancario¹⁴. Entre el amplio abanico de normas aprobadas¹⁵, destaca la LCGC¹⁶, texto tributario de la Directiva 93, 13, CEE, de 5 de abril¹⁷. La precitada norma de Derecho nacional modificó el TRLCU¹⁸, con el objetivo de patentar un régimen tuitivo cualificado en aquellos casos en los que el adherente ostenta la cualidad jurídica de consumidor. La influencia de esta reforma se recoge en los artículos 80 a 91 del TRLCU.

Pese a ciertas vacilaciones jurisprudenciales, que llegaron incluso a estimar en alguna ocasión la concurrencia de vicio del consentimiento del prestatario¹⁹, la STS de 9 de mayo de 2013 trazó dos mecanismos cuya aplicación casuística podría ayudar a determinar la conformidad a derecho o, por el contrario, la nulidad de estas cláusulas²⁰. La fiscalización de estas condiciones generales sería doble: control de transparencia y control de inclusión. Su configuración ha gozado de un amplio consenso doctrinal, con algunas excepciones en lo que respecta a la forma²¹. Podemos analizarla del siguiente modo:

1. CONTROL DE INCLUSIÓN

A los efectos del presente estudio, tal y como se avanzaba en la introducción, conviene precisar que esta modalidad de control se aplica independientemente de la condición del adherente, bien sea este consumidor o profesional.

Son los artículos 5 y 7 LCGC los que determinan su ámbito material, puesto que contienen los requisitos legales exigibles para su superación. El Tribunal Supremo, en el fundamento 201 de su célebre pronunciamiento de 9 de mayo de 2013, afirma que las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación. Para llegar a esta conclusión, fundamenta su criterio en el artículo 5.5 LCGC, según el cual la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Aplicando dicho precepto, serían nulas aquellas condiciones cuya constancia en el contrato no haya sido percibida por el adherente al tiempo de su celebración. Tampoco gozarán de validez las cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En un sector como el bancario, que destaca por estar regulado en pro de la transparencia, el criterio expuesto en el párrafo anterior había encontrado su desarrollo mediante la regulación contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994²², en la Orden EHA, 2899, 11 y en la Circular del Banco de España 5, 12²³.

Las mentadas normas han detallado los numerosos hitos de carácter informativo inherentes al proceso de concesión de préstamos hipotecarios, estableciendo un conjunto de pautas a seguir en su comercialización, tanto en la fase prenegocial —destacando la oferta vinculante, que deberá ser examinada por el adherente con tres días de antelación a la formalización del negocio jurídico—, como en la eminentemente contractual.

Una vez examinada la normativa sectorial, esta debe ser vinculada a la reflexión que contiene el parágrafo 144 de la STS de 9 de mayo de 2013, y es que en íntima relación con dicho cuerpo legal, el Alto Tribunal plantea la siguiente interpretación: «*No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial*». Esta matización determina el surgimiento

de un segundo nivel o control, denominado de transparencia, que será expuesto a continuación.

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA

El origen de este segundo parámetro a la hora de enjuiciar la cláusula suelo cabe situarlo en el Derecho de la Unión Europea, en concreto el artículo 4.2. de la Directiva 93, 13, CEE²⁴. Efectivamente, una interpretación a *sensu contrario* del precepto sugiere que, si vulneran el mandato en él establecido, estas cláusulas pueden considerarse abusivas. Es un criterio muy similar al patentado en el TRLCU²⁵, concretamente en su artículo 80.1, que regula los requisitos que deben presidir los contratos que utilizan cláusulas no negociadas individualmente²⁶.

El control de transparencia debe ser analizado desde una doble perspectiva. Respecto a la legislación aplicable²⁷, se ha señalado que su cumplimiento no es óbice para una ulterior declaración de abusividad de la cláusula²⁸. Asimismo, en lo atinente a su posterior desarrollo jurisprudencial, este fue pergeñado por el Alto Tribunal. En la STS de 8 de junio de 2012, el control de transparencia quedó inicialmente fundamentado como una suerte de parámetro objetivo, basado en la información precontractual proporcionada por la parte predisponente, y que consistía en 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»*. Este concepto fue posteriormente abrazado por la STS de 9 de mayo de 2013²⁹, y confirmado por las SSTs de 8 de septiembre de 2014³⁰, de 24 de marzo de 2015³¹, de 25 de marzo de 2015³² y de 23 de diciembre de 2015³³.

El ámbito material sobre el que opera este segundo filtro es el grado de conocimiento que tenía el adherente respecto a la incorporación de dicha cláusula y, en especial, si comprendió en su esfera interna y subjetiva las consecuencias jurídicas y económicas que iba a desplegar el límite al interés variable establecido en la escritura. En efecto, el propio Tribunal Supremo trata de comprobar en el análisis de las cláusulas controvertidas que la información suministrada por la entidad de crédito haya permitido al cliente bancario percatarse de que se trataba de una cláusula que definía el objeto principal del contrato y que incidía o podía incidir en el contenido de la obligación de pago.

En cuanto a su ámbito subjetivo, a diferencia del control de inclusión, el de transparencia pareció haber quedado desde el principio circunscrito a los contratos celebrados con consumidores. Debe distinguirse de otras instituciones consideradas afines, como podría ser el error vicio del consentimiento³⁴, siendo una de las más importantes diferencias que la apreciación de la concurrencia de este último es eminentemente casuística, razón por la que no ha sido planteado en acciones colectivas como la ejercitada en la referida STS de 9 de mayo.

Los efectos jurídicos que conlleva el mencionado control de transparencia son de capital importancia, si nos atenemos a la práctica categorización del mismo como materia de *ius cogens* o derecho necesario que realiza el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de septiembre de 2014. Y es que ciertamente, el mentado fallo llega a invocar el principio procesal de *iura novit curia* para justificar la aplicación del control de transparencia³⁵.

El propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 establece unos parámetros para llevar a cabo el mentado control. La concurrencia de estos durante la fase prenegocial y negocial del préstamo hipotecario permitiría concluir

esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suelo forma parte del precio y de su trascendencia económica, lo que a la sazón conllevaría su conformidad a Derecho. Tales circunstancias se enumeran en el fundamento jurídico número 225:

- Que se haya facilitado información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del precio como objeto principal del contrato.
- Que no se inserte de forma conjunta con la cláusula techo, ya que ello produce apariencia de una contraprestación de las mismas.
- Que existan, durante la fase precontractual, simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar la hipoteca.
- Que haya información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.
- Que no se ubiquen entre una abrumadora cantidad de datos, pues ello tiene como efecto diluir la atención del cliente bancario consumidor.

El nivel de exigencia diseñado por el Alto Tribunal a través de los precitados parámetros ha sido en ocasiones criticado por parte de la doctrina, al ser muy difícil demostrar a las entidades de crédito, como demandadas, el hecho de haber cumplido estrictamente con cada una de las condiciones reseñadas. Se ha llegado a afirmar que dicho postulado tendría como consecuencia inmediata la práctica universalización del carácter abusivo de toda cláusula suelo redactada y comercializada por cualquier entidad financiera³⁶. Por lo anterior también la banca ha cuestionado el establecimiento por parte de la jurisprudencia de un mecanismo de control excesivamente cualificado, más exigente que los requisitos establecidos en el Derecho positivo³⁷. Frente a esta tesis, el Alto Tribunal ha respondido manteniendo dicho enfoque riguroso³⁸, e invocando la interpretación al respecto contenida en las SSTJUE de 30 de abril de 2014³⁹, y de 26 de febrero de 2015⁴⁰.

Dados los numerosos parámetros dispensados por el Tribunal Supremo para proceder al control de la abusividad de la cláusula suelo, emergía la cuestión sobre la necesidad de que todos ellos concurrieran simultáneamente. También surgió el interrogante acerca de si podía existir alguna circunstancia adicional que determinara la nulidad de las condiciones generales tratadas. En este sentido, es destacable el ATS de 3 de junio de 2013⁴¹, aclaratorio de la Sentencia de referencia. Respecto a esta doble cuestión sostiene, en primer lugar, la necesidad de un perfecto conocimiento de la cláusula, por encima de la concurrencia de uno o varios de los criterios aludidos. Asimismo subraya, en segundo lugar, el carácter de *numerus apertus* de la enumeración realizada anteriormente.

IV. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA AL ADHERENTE NO CONSUMIDOR Y LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016

1. LA SITUACIÓN ANTERIOR

En un principio, esta cuestión había nacido virtualmente resuelta. Ciertamente, el Tribunal Supremo declaró que el control de transparencia solo resultaba de aplicación a los préstamos con garantía hipotecaria suscritos con consumidores, y ello tras afirmar expresamente, en el párrafo 211 de su Sentencia de 9 de mayo de 2013, que la constancia documental de la cláusula era suficiente a efectos de su válida incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios.

Lo anterior cabía a su vez inferirlo implícitamente de los siguientes puntos atinentes al infrascripto pronunciamiento:

- En primer lugar, del propio título dispensado a los fundamentos jurídicos dedicados a este segundo control (*«El control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores»*).
- En segundo lugar, literalmente de lo expuesto en el epígrafe 204 (*«Admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores»*), y en el título reservado para el párrafo 209 (titulado como *«El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores»*).
- En tercer lugar, y de un modo puramente conceptual, el contenido del fundamento 210 (que justificaba el control de transparencia en la normativa sectorial aplicable a los consumidores y usuarios⁴²) y 215 (que, a modo de conclusión, unía indisolublemente la comprensibilidad real de las condiciones generales, «en contratos suscritos con consumidores»).

Conforme al carácter interpretable de la Ciencia jurídica, susceptible de múltiples puntos de vista con sus ulteriores decantaciones divergentes, surgieron respecto a la posibilidad de aplicar los mentados controles a cualquier tipo de adherente dos corrientes jurisprudenciales esencialmente antagónicas. La primera, mayoritaria, optaba por seguir la tesis reiteradamente aplicada por el Tribunal Supremo. La segunda, optaba por extender el control de transparencia a adherentes que no tenían la condición de consumidores.

a) Jurisprudencia favorable a la tesis patentada por la STS de 9 de mayo de 2013

Los argumentos esbozados por el Tribunal Supremo han sido seguidos por la mayoría de juzgados en primera instancia (v.gr: las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, de 18 de marzo de 2014, la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ciudad Real, de 11 de abril de 2014 o la del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, de 26 de mayo de 2014, entre otras muchas). Nuestras Audiencias Provinciales también se han decantado mayoritariamente por negar al adherente no consumidor la posibilidad de ser beneficiario del test de transparencia. Los argumentos pergeñados para rechazar la aplicación de dicho control han sido de muy diversa índole:

- La motivación más recurrente que ha invocado este cuerpo jurisprudencial para decantarse por denegar el test de transparencia ha sido que el prestatario no ostentaba la condición de consumidor; haciéndose en estos casos una sucinta remisión a la reiterada doctrina esgrimida por las Sentencias del Alto Tribunal. Consecuencia de lo anterior es que esta circunstancia únicamente permitiría fiscalizar la validez de las condiciones generales de la contratación impugnadas al amparo del artículo 8.1 y no del artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación⁴³.

- También se ha acudido a principios tradicionales que vertebran nuestro Derecho Civil, como la libertad pacticia establecida en el artículo 1255 del Código Civil. Este precepto constituiría el propio fundamento de las cláusulas suelo. Adicionalmente, su contenido se erigiría como límite externo de estas, siendo a la sazón los mismos límites que nuestra legislación civil acuña para las cláusulas

negociadas⁴⁴. Aunque, tal y como reconoce la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2016, para que dichos límites operen es exigible una gravedad de tal magnitud inédita en este tipo de litigios. Esta resolución, pese a aceptar que la moral y el orden público constituyen también límites a la autonomía de la voluntad, recuerda que para que su conculcación afecte al contrato es precisa una lesión grave o muy intensa que sobrepase el concepto de desequilibrio importante de derechos y obligaciones. En consecuencia, y dada la gravedad de la transgresión, esta conllevaría inexorablemente la nulidad de todo el contrato, y no solo de la cláusula impugnada. En un sentido muy similar se había pronunciado previamente la STS de 30 de abril de 2015.

- Por otra parte, se ha examinado la impugnación de las cláusulas suelo a la luz de la posible vulneración de los artículos 6.3 y 7 del Código Civil, relativos al ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y a la prohibición tanto del abuso del derecho como del ejercicio antisocial del mismo. Tal tesis no ha prosperado inicialmente⁴⁵. Respecto a la genérica invocación al principio general de la buena fe, se ha señalado que su aplicación queda meramente referida al modo de ejercicio de los derechos de acuerdo con la conciencia subjetiva, debiéndose orientar dicho ejercicio por los axiomas de probidad y lealtad. Asimismo, se hace necesario un análisis casuístico para determinar su apreciación. En lo atinente al abuso del derecho, se ha recordado acertadamente que su interpretación ha de ser restrictiva, atendiendo a su excepcionalísima naturaleza. También se ha señalado que no es aplicable en supuestos en los que la actuación controvertida está cubierta por un precepto legal, y ello en virtud del principio de que quien ejercita su derecho no daña a nadie. Quizá la postura más firme sobre este extremo, en la resolución de los pleitos referentes a cláusulas suelo, la ha protagonizado la SAP de Cantabria, Sec. 4.^a, de 20 de diciembre de 2013: *«el abuso del derecho ha de ser apreciado de manera excepcional, siendo precisa en todo caso la concurrencia del requisito subjetivo consistente en la voluntad de causar un perjuicio o la ausencia de interés legítimo»*.

- Otro argumento que se ha defendido es la invocación de la figura del notario, y su importancia en la fase precontractual, estatuyéndolo como garantía para verificar que el adherente empresario tenía conocimiento de la cláusula suelo tras las advertencias que el fedatario público le había realizado⁴⁶ en cumplimiento por parte de este último de su labor de verificación de los requisitos normativamente impuestos⁴⁷. Consecuentemente, se ha razonado que no cabría fiscalizar dichas condiciones generales.

- Asimismo, la jurisprudencia ha invocado que la información suministrada por la entidad de crédito durante la fase precontractual había sido suficiente, lo que hacía sugerir que se había superado el control de incorporación. La SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.^a, de 5 de marzo de 2015 hacía patente tal circunstancia del siguiente modo: *«En consecuencia, cabe concluir que la entidad bancaria ha cumplido con la obligación de facilitar al cliente con carácter previo a la celebración del contrato la documentación que contiene la cláusula controvertida y que el mismo fue informado con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública. Tampoco cabe calificar la cláusula como ilegible, ambigua, oscura e incomprensible»*. En este mismo sentido, se había reseñado la claridad de la cláusula litigiosa y su ínsita licitud⁴⁸, por ejemplo en la SAP de Oviedo, Sec. 6.^a, de 5 de julio de 2015, que afirma respecto a la dición de la cláusula suelo conflictiva que *«La redacción no puede ser más simple y concisa y por tanto cumple rigurosamente los requisitos de sencillez, claridad y concreción exigidos por el precepto, con el añadido de que el particular que nos ocupa es destacado especialmente empleando letra mayúscula y negrita, de modo que resalta a simple vista del resto del texto»*.

b) Pronunciamientos contrarios a la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal

Pese a tener un alcance minoritario, durante estos últimos años han existido diversos fallos emitidos tanto por Juzgados de lo Mercantil⁴⁹ como por Audiencias Provinciales que, lejos de seguir la tesis mayoritaria expuesta *supra*, han estimado nula la cláusula suelo que afectaba a aquellos adherentes que no gozaban de la cualidad de consumidor. Los argumentos que se han esgrimido han sido dispares, y entre ellos destacan la interpretación literal de la Exposición de Motivos de la LCGC o la mera falta de transparencia de la cláusula enjuiciada. También se ha aludido a un hipotético abuso de la posición dominante por parte del banco demandado. En otros casos, se ha recurrido a una flexibilización o matización del concepto de consumidor. Las Sentencias que han acogido estas interpretaciones han utilizado dichos argumentos bien aisladamente, o bien de forma simultánea y, como veremos, algunos de ellos todavía siguen invocándose al amparo de la STS de 3 de junio de 2016.

- Falta de transparencia por parte de la entidad de crédito

La SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 3 de junio de 2013, en un supuesto en el que la actora era una pequeña y mediana empresa, realizó el control de transparencia sin argumentar el motivo por el que la demandante mercantil debía beneficiarse del mismo. Bajo dicho pretexto, estimaba que las cláusulas suelo no eran transparentes por los siguientes motivos: en primer lugar, por no constar en el acervo probatorio información suficientemente precisa de que las condiciones generales eran un elemento definitorio del objeto principal del contrato. En segundo lugar, porque se inscribían en el contrato junto a cláusulas techo, generando una aparente sensación de contraprestación. Adicionalmente, porque no se demostró que la actora había recibido simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento previsible del tipo de interés. Para finalizar, porque no existía información acerca del coste comparativo con otras modalidades de préstamo.

En la misma línea que la infrascripta resolución se posiciona la SAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 14 de diciembre de 2014. Aunque da un paso más al considerar que la cláusula suelo litigiosa no superaba ni siquiera el control de incorporación, circunstancia esta que por sí misma determinaría inexorablemente la ilicitud de dicha condición general. Estima a su vez que es nula porque, pese a estar suscrita con una pequeña y mediana empresa, la cláusula no es suficientemente transparente, al interpretar que la misma deja inoperante la variabilidad del tipo de interés ofrecido por la demandada en las negociaciones y elegida a su vez por la actora. Concluye por ello que dicho límite desnaturaliza la variabilidad de la operación. En cuanto a los parámetros establecidos por la STS de 9 de mayo de 2013, siguiendo la estela de la Sentencia anteriormente señalada, la Audiencia Provincial de Murcia los aplica, sin tener en cuenta que la actora no reviste la condición de consumidora. Para ello, funda su decisión en el sustrato fáctico del litigio, alegando que no consta que la prestataria hubiera recibido previsiones sobre la evolución del tipo de interés ni tampoco información general acerca de estudios de mercado existentes en la fecha de celebración del préstamo con garantía hipotecaria, o de las circunstancias económicas que podían influir en la variación del tipo de interés acordado.

- Abuso de posición dominante por parte de la parte predisponente

La SAP de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013 inicia su razonamiento admitiendo que la demandante carece de la condición legal de consumidor, circunstancia que impide ser beneficiaria del régimen previsto en el TRLCU y en

la Directiva 93, 13, CEE. Sin embargo, la Sentencia se ampara, para fiscalizar la cláusula litigiosa, y siguiendo un enfoque muy similar al diseñado por la SAP de Huelva, Sec. 3.^a, de 21 de marzo de 2014, en la circunstancia de que la normativa bancaria emplea el término de «clientela», al referirse al sujeto acreedor de las obligaciones de información del predisponente. Evidentemente, esta terminología destaca por su laxitud, en contraposición al uso de los conceptos de consumidor o usuario, mucho más restrictivos *ex* artículo 3 TRLCU.

Otro argumento —secundario— que propone la resolución para fiscalizar la cláusula suelo es el Informe del Banco de España⁵⁰ aludido en el fundamento jurídico 159 de la STS de 9 de mayo de 2013.

Empero, el argumento que se constituyó como *ratio decidendi* de la Sentencia fue la invocación que el órgano *ad quem* hizo de las normas generales sobre consentimiento contractual, teniendo en cuenta la situación de abuso de posición dominante por parte de la entidad financiera predisponente.

«Teniendo en cuenta la diferencia de posición entre una entidad de crédito de grandísima importancia en el mercado financiero de la provincia y una pequeña sociedad que explota un hostel de una estrella; las consideraciones que hace el Banco de España sobre la imposición de estas cláusulas a la clientela y la falta de prueba de que efectivamente la cláusula de limitación de intereses se negociara realmente y la prestataria fuera consciente de su alcance (insistimos, que no contrataba un préstamo a interés variable, sino uno a interés fijo variable al alza), no podemos sino confirmar, aun por razonamientos jurídicos diferentes, la Sentencia de instancia, que califica como nula la cláusula suelo objeto de controversia».

A pesar de lo anterior, la doctrina del abuso de posición dominante ha sido hasta ahora mayoritariamente rechazada por nuestras Audiencias Provinciales⁵¹.

- Flexibilización del concepto de consumidor en las relaciones entre entidad de crédito y cliente bancario

Pese a la aparente claridad que arroja el artículo 3 TRLGCU, al determinar como elemento configurador de la condición de consumidor el hecho de actuar en un ámbito ajeno a la propia actividad empresarial, la conceptualización de esta cualidad jurídica ha comportado ciertos matices que conviene precisar. El camino a una interpretación extensiva de dicho concepto comenzó a explorarlo la SAP de Huelva, Sec.3.^a, de 4 de junio de 2012⁵².

Tributario de este debate, y casi como elemento continuista y actualizador de la vía iniciada, podemos hallar el contenido de la SAP de Huelva, Sec. 3.^a, de 21 de marzo de 2014. Dicho pronunciamiento se caracteriza por aplicar el control de transparencia a un adherente cuya naturaleza jurídica era la de una mercantil, fundamentando su decisión en una conceptualización distinta y matizada de la tradicional noción de consumidor. Esta Sentencia, por el nuevo enfoque doctrinal que aporta, merece ser más exhaustivamente comentada.

El fallo comienza con toda una declaración de intenciones, afirmando que la protección de las personas jurídicas se justifica por mor de la normativa de protección del consumidor. Según la Sentencia, el fin perseguido por el ordenamiento estriba no en tutelar una determinada clase o cualidad de personas actuantes en el tráfico jurídico, sino en garantizar el equilibrio contractual cuando el propio mercado es incapaz de defenderlo por sí mismo. En efecto, la resolución halla en los fallos del mercado la razón suficiente para que el régimen tuitivo de los consumidores despliegue toda su eficacia sin distinciones ni cortapisas. Y ello porque configura a este sector de nuestro ordenamiento como un conjunto normativo que actúa «donde es necesario proteger a la parte más débil del contrato».

Por esa misma razón, tras una introducción en la que sitúa al Derecho del Consumo como una rama autónoma e independiente, la Sentencia alude al cuerpo normativo MiFID⁵³, estimando que los hechos sobre los que ha de juzgar quedan sintéticamente referidos a un sujeto de derecho específico, cual es el usuario de servicios bancarios, con independencia del tipo de producto finalmente contratado, ya sea este, por ejemplo, una permuta financiera o una cláusula suelo. El precitado régimen MiFID, y su pretendida relación con la normativa de protección de los consumidores, tiene lugar del modo que se trata a continuación.

La normativa MiFID, ya pergeñada en el año 2004, hallaba su fundamento inmediato en consagrar el mayor régimen de protección para el cliente bancario. Con esta finalidad, distinguió en relación a este último dos categorías, que serían las atinentes al cliente minorista y al cliente profesional, por contraposición a la tradicional diferenciación entre consumidor y no consumidor que ha seguido nuestro legislador. Consecuentemente, la Sentencia se hace eco de la influencia terminológica que el régimen MiFID ha desplegado en las normas posteriormente aprobadas, ubicadas sistemáticamente en la ya mentada rama del Derecho del Consumo.

Continúa la Sentencia la construcción de su hilo argumental proponiendo como ejemplo la redacción del artículo 78 bis⁵⁴ de la LMV en sus apartados 3 y 4, los cuales ya preconizan esta novedosa distinción, que ha de extenderse a toda la legislación relacionada. Ciertamente, parece ser este el motivo que lleva al órgano *ad quem* a pretender aplicar la distinción, en el caso enjuiciado, entre cliente bancario profesional y minorista ideada en el sistema MiFID. Y es que la resolución llega a afirmar que la Orden de EHA, 2899/2011 obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar al cliente en profesional o minorista. Lo anterior, sin que para el órgano jurisdiccional represente óbice alguno el hecho de que este último cuerpo normativo utilice una amplia terminología en varios puntos de su articulado, empleando indistintamente términos como «usuario» o «cliente bancario», alejándose en cierto modo de la referida influencia que las acepciones patentadas por MiFID puedan tener. Por lo anteriormente expuesto, la Sentencia llega a la conclusión de que en el supuesto de hecho enjuiciado, *«la actora, según la normativa anteriormente redactada, no está excluida de la normativa MiFID y también tiene protección frente a la entidad financiera»*.

- Doble omisión de las obligaciones impuestas por la LCGC

Debe finalizarse este bloque con una de las últimas Sentencias que se pronunciaron antes que el fallo del Tribunal Supremo que constituye el objeto de este artículo, cual es la SAP de Soria, Sec. 1.^a, de 18 de febrero de 2016. En este procedimiento, el juzgador *ad quem* estimó que la cláusula suelo enjuiciada no superaba ninguno de los dos mecanismos de control aplicables. Respecto al control de incorporación, aludía a una redacción confusa de la cláusula litigiosa, y es que en el cuerpo del contrato aportado a los autos se establecía que *«el margen diferencial constante será del 1%»*, mientras que en la información incorporada como documentación anexa, se establecía que *«no obstante lo previsto en la cláusula anterior, se acuerda y pacta expresamente, que el tipo de interés nominal mínimo aplicable fuera el 4%»*. Descartando la validez de la cláusula suelo por no superar el control de incorporación, la Sentencia estableció a su vez que tampoco superaba el control de transparencia, y ello porque *«En primer lugar, la no incorporación y nulidad se encuentran íntimamente vinculadas. La LCGC, como indica en su Preámbulo, [...] regula de un modo global las condiciones generales de la contratación yendo más allá que la Directiva, no solo desde un punto de vista*

objetivo, regulando supuestos a que no se refiere la misma (condiciones generales entre profesionales), como desde un punto de vista subjetivo, aplicándose también a casos en los que el adherente es una persona jurídica que, de conformidad con el TRLCU, también puede ser considerada consumidor».

Asimismo, la Sentencia aludía a una posible contradicción de los artículos 7 y 8 de la LCGC, y es que según apuntaba, por ambos preceptos se vincula a una misma base fáctica —que sería la omisión de los requisitos de incorporación por parte de la demandada—, dos consecuencias jurídicas distintas. De un lado, la no incorporación de la cláusula *ex* artículo 7. De otro, su ulterior nulidad, al haberse conculcado la normativa imperativa *ex* artículo 8. Continúa el fallo amparándose en la redacción de los artículos siguientes, es decir, el 9 y el 10 del texto tratado, para recordar que a lo anteriormente expuesto, debe unirse el hecho de que las consecuencias de la declaración de no incorporación son idénticas a las que comporta la declaración de nulidad.

Como resultado de lo anterior, se establece la posibilidad de determinar la nulidad de una cláusula invocando el incumplimiento, durante la génesis del contrato, de la normativa reguladora de la transparencia bancaria, o aplicado al caso enjuiciado, por haber omitido la demandada el mandato contenido en los artículos 5 y 7 de LCGC.

A las resoluciones analizadas, se ha sumado parte de la doctrina. Uno de los argumentos más destacables ha sido el sugerido por PLAZA PENADÉS, que fundamenta la extensión del control de transparencia en la propia literalidad del artículo 8.1 LCGC, en relación con el artículo 5.5. del citado texto⁵⁵.

Pese a la diversidad de criterios aportados, se hace necesario volver a recordar que la tesis mayoritaria había sido la de seguir la doctrina apuntada por el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

2. LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016

Este importante pronunciamiento profundiza en los interrogantes que planteaba la aplicabilidad del control de transparencia al adherente no consumidor, culminando un iter procesal cuyos inicios se sitúan en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña de 6 de noviembre de 2013, que continuó con la SAP de La Coruña, Sección 4.ª, de 29 de mayo de 2014, finalmente recurrida en casación.

A) Hechos relevantes

La parte demandante, farmacéutica de profesión, había celebrado un contrato de préstamo hipotecario con una duración de veinte años para financiar la compraventa de un local en el que iba a instalar una farmacia. Dicho local garantizaba la obligación de crédito principal. Las circunstancias descritas son de importancia capital, toda vez que determinan la condición de la actora de cliente bancario no consumidor.

En la escritura del mentado negocio jurídico, constaba una cláusula en virtud de la cual «*el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45 nominal anual*».

Finalmente, la entidad prestamista empezó a aplicar la cláusula referida, por lo que fue demandada.

B) *Iter procesal*

Los fundamentos fácticos invocados por la actora en su escrito alegatorio de demanda fueron los siguientes. En primer lugar, esgrimía que la infrascrita cláusula se había despachado en apenas dos líneas. También alegaba la falta de equilibrio entre ambas partes, circunstancia que a su juicio determinaba una total ausencia de reciprocidad en las prestaciones de una y otra parte, así como la ausencia de un techo que hiciera las veces de contraprestación. Asimismo, se hacía eco de un notable perjuicio económico. Como argumentos de carácter sustantivo o material, consideraba abusiva la cláusula en virtud del TRLCU, de la Directiva CEE 93, 13 y de la LCGC —en concreto, respecto a esta última, los artículos 1, 2, 7, 8 y 10—. Por lo anterior, interesaba la declaración de nulidad de las cláusulas y la devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

Por su parte, la demandada alegó que la contraparte carecía de la cualidad de consumidora, habiéndose negociado la cláusula litigiosa, solicitando la total desestimación del escrito alegatorio de demanda.

La Sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña, afirmó acertadamente la condición de no consumidora de la demandante. Empero, y pese a tal circunstancia, decidió estimar la demanda.

Dicha resolución fue recurrida en apelación, conociendo del recurso la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña. El precitado órgano jurisdiccional revocó la Sentencia de instancia absolviendo a la entidad de crédito demandada. Para ello, recurrió en primer lugar al concepto legal de consumidor patentado por el TRLCU. En primer lugar, dicho texto establece en su artículo 2 que su aplicación subjetiva será la atinente a las relaciones entre consumidores y usuarios con empresarios. Parece que, de una interpretación a *sensu contrario*, del precepto, quedarán descartadas aquellas relaciones entre consumidores y usuarios o entre empresarios⁵⁶, como bien apunta la Sentencia. Este argumento ya excluiría desde un primer momento a la actora del régimen tuitivo que invoca, rechazándose la aplicación del test de transparencia. En segundo lugar, la Sentencia razonó que el artículo 3 del TRLCU señala que, para hacer valer el concepto legal de consumidor en la pertinente relación jurídica impugnada, quien lo invoque para sí debe reunir el requisito de actuar extramuros de una actividad empresarial y, o profesional. Es por ello que este pronunciamiento, siguiendo la estela del juez *a quo*, niega que la demandante sea consumidora en el contrato de autos, puesto que el importe obtenido del préstamo estaba dirigido a financiar su ya aludida actividad profesional de farmacéutica.

Pese a rechazar el régimen tuitivo pretendido por la actora, la Sentencia entiende que, ciertamente, el contrato litigioso sí debía someterse a la LCGC, bajo el fundamento de no ser jurídicamente relevante la condición del sujeto pasivo de estas, definido en este ámbito como adherente⁵⁷. Tributario del criterio anteriormente expuesto es el control de incorporación que el órgano *ad quem* realiza sobre las cláusulas litigiosas insertadas en el contrato de préstamo. En este sentido, la Sentencia razona que el mentado control cumple los requisitos del artículo 5.1 de la LCGC. Alega el fallo que, efectivamente, la demandante firmó las condiciones a las que iba a someterse el préstamo, permitiendo mediante esta simple acción su ulterior incorporación al contrato. Otro factor favorablemente valorado para revocar la Sentencia de instancia es que las cláusulas suelo no se insertaron en ningún anexo al contrato, sino que se incluían en el cuerpo del mismo. A su vez, el tipo de interés a aplicar estaba debidamente determinado

en el texto de las estipulaciones contractuales, en concreto al 4,45% nominal anual. Por lo anterior, esgrime la resolución que se ha cumplido por parte de la demandada con las obligaciones inherentes a la comercialización de estas condiciones generales.

Asimismo, la Sentencia valora que no debe ser admitida la oscuridad alegada de una cláusula cuya comprensión se obtiene mediante la aplicación de la diligencia debida en atención a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, apoyándose para llegar a esta conclusión en el artículo 1104 del Código Civil.

Finalmente, el fallo termina con la realización de un ejercicio de subsunción entre el sustrato fáctico más arriba expuesto (v.gr. celebración de un contrato de préstamo de inversión, con las concurrentes circunstancias de que la cláusula no se enmascara entre otras informaciones así como la larga duración del proceso negociador del préstamo) y la doctrina aplicable al caso que ha de enjuiciar, es decir, aplicando únicamente el control de incorporación. Lo anterior le hace llegar al razonamiento de que no se aprecia que, en la predisposición de los límites a la variabilidad del tipo de interés por parte de la demandada, se hayan desobedecido los cánones establecidos en la LCGC. Consecuentemente, rechazó íntegramente las pretensiones de la demanda, estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad de crédito.

C) Doctrina aplicada por el Alto Tribunal

Frente al fallo emitido por la Audiencia Provincial de La Coruña, se interpuso por la actora recurso de casación⁵⁸. La cuestión a dilucidar era la posibilidad de fiscalizar las condiciones generales suscritas por adherentes no consumidores mediante el régimen tuitivo ínsito al control de transparencia cualificado⁵⁹, cuya fase germinal se había encargado de pergeñar el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 y posterior Auto de aclaración de 3 de junio de 2013⁶⁰.

Comienza el Alto Tribunal el contenido sustantivo de su fallo aludiendo, de una forma más prolija que la Sentencia recurrida, a la Exposición de Motivos de la LCGC.

En primer lugar, tras subrayar lo apuntado *supra* acerca de que el concepto de abusividad solo puede ser invocado por aquellos adherentes que revistan la condición de consumidor —coincidiendo en este punto con la Sentencia recurrida—, continúa el fallo fundamentando esta conclusión en los siguientes puntos:

- Originariamente, la STS de 9 de mayo de 2013 ya había rechazado la aplicación del control de transparencia al adherente no consumidor mediante su fundamento jurídico número 201.
- Ulteriormente, las SSTs de 10 de marzo de 2014, de 10 de abril de 2014, y de 15 de diciembre de 2015 habían seguido esta doctrina.
- A su vez, la STS de 28 de mayo de 2014 había determinado, en un supuesto de hecho en el que el adherente tenía la condición de profesional, que en tal circunstancia debía aplicarse el *régimen general del contrato por negociación*.
- En una línea similar se había pronunciado la STS de 30 de abril de 2015 en un sustrato fáctico parecido, al establecer como únicos límites externos de las condiciones generales aquellos que se aplican en las condiciones negociadas, remitiéndose al artículo 1255 del Código Civil y a la moderación que pueda estar prevista en la legislación imperativa.

- Finalmente, concluye el Alto Tribunal reprochando que las Sentencias de las Audiencias Provinciales que habían sido aportadas por la recurrente como segundo submotivo del motivo único de interés casacional alegado se limitaban a enjuiciar supuestos en los que se confundía la cualidad jurídica del prestatario adherente, sin entrar a valorar el verdadero problema de fondo que nos ocupa, cual es la relación entre profesionales en el ámbito de la contratación seriada.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Supremo el razonamiento relativo a este aspecto diciendo que, al anudar el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE el control de transparencia al juicio de abusividad, no es posible la aplicación del segundo control al adherente no consumidor.

En segundo lugar, y habiendo quedado clara la exclusión de la abusividad cuando la parte afectada no es consumidora, el Tribunal Supremo abre en la Sentencia que analizamos una nueva vía, al afirmar explícitamente, a tenor de la precitada Exposición de Motivos, que en los contratos entre profesionales donde consten condiciones generales sí puede existir abuso de posición dominante⁶¹. Aunque este planteamiento ya había sido previamente negado por la jurisprudencia, al no conferir valor normativo autónomo a la referida Exposición de Motivos⁶², esta tesis ha tenido cierta influencia en la jurisprudencia posterior al pronunciamiento del Alto Tribunal.

La percepción de esta situación de abuso halla su fundamento más inmediato en las genéricas reglas atinentes a la buena fe, siempre que se cause un notorio desequilibrio que deberá ser controlado, dice la Sentencia, por las normas generales sobre nulidad contractual, en lugar de por las contenidas en la LCGC. Ciertamente, aceptada esta situación de abuso incluso cuando las dos partes tienen la consideración de empresarios, la siguiente cuestión que se plantea conlleva una más difícil respuesta. Y es que, tal y como el propio fallo admite, nos encontramos en dicho texto ante la ausencia de desarrollo normativo que permita identificar las formas en las que debe operar el mentado control de abuso contractual. Esta situación, como se encarga de aclarar la STS de 3 de junio de 2016, no constituye una laguna legal, sino que obedece a razones de política legislativa.

Una posible solución parece ser expuesta por la Sentencia en su fundamento quinto. Ya se trató *supra* la remisión que, en sede de la materia que nos ocupa, hace la LCGC a las «normas contractuales generales», y la propia jurisprudencia al «régimen general del contrato por negociación». El Alto Tribunal, ante la falta de desarrollo normativo que pueda colmar jurídicamente esta particular situación, —al menos en lo que respecta al desarrollo normativo del que carece la LCGC—, recurre a los artículos 1258 del Código Civil⁶³ y 57 del CCom. Dichos preceptos patentan que los contratos obligan a todas las consecuencias, con el límite de que estas sean conformes al uso, a la ley y a la buena fe. Es precisamente este último principio general el que selecciona el Tribunal Supremo, en el ejercicio de su función exegética, para explorar la posibilidad de expulsar del contrato aquellas cláusulas que supongan para el adherente una posición de desequilibrio. En concreto, el Alto Tribunal parece referirse a aquellas estipulaciones que alteren subrepticamente el contenido que el adherente hubiera podido imaginarse como pactado conforme a la propia naturaleza y efectos típicos del contrato, frustrando la legítima expectativa de la que fuera acreedor el adherente. Por esa razón llega a tildar al artículo 1258 del Código Civil como una forma de blindar el contenido natural del contrato⁶⁴ ante eventuales consecuencias atípicas o sorpresivas que este pudiera desplegar en el futuro.

La anterior doctrina encuentra también su refrendo en el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal Supremo cita las previsiones recogidas en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos⁶⁵, que confieren gran relevancia al principio de la buena fe, llegando a positivizarlo en dicho texto⁶⁶. La falta de arraigo de dicho cuerpo legal en España no ha de ser óbice para su invocación, y es que, como apunta JIMÉNEZ MUÑOZ, el precitado cuerpo normativo prevé incluso cuándo existe un deber precontractual de informar a la contraparte en su artículo 4:107, cuyo fundamento estriba en la observancia de la buena fe, cuya eventual conculcación puede conllevar la apreciación de dolo omisivo⁶⁷. Consecuentemente para aquellos que contravinieren este mandato se establece la sanción máxima que el ordenamiento jurídico civil patenta, al prever la nulidad de dichas cláusulas abusivas, y ello independientemente de si el sujeto pasivo de las mismas reúne o no la condición de consumidor. Por el contrario, este capital rol proporcionado al principio de buena fe halla un no menos relevante límite en cuanto a su ulterior control, y es que, como bien apunta el Alto Tribunal, está vedado el control de contenido de aquellas cláusulas que, estando redactadas de una forma clara, concreten el objeto principal del contrato. Argumento este último nada baladí, puesto que es el que arroja cierta luz al interrogante tratado, aunque adolece de operatividad, denegando la posibilidad de que una cláusula suelo pueda ser fiscalizada por esta última vía, y ello por las peculiaridades ínsitas a su propia esencia, al constituir las condiciones generales incluidas en el contrato litigioso analizado parte del interés remuneratorio, es decir, el precio del contrato.

El otro gran motivo esgrimido por el Tribunal Supremo para cerrar la posibilidad de una fiscalización distinta a la tradicional es la propia base fáctica del litigio⁶⁸. Ciertamente, como ya se trató *supra*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña había declarado como probada la existencia de una larga negociación entre las partes, así como el perfecto conocimiento que la demandante albergaba acerca de la existencia de las condiciones generales en el clausulado del préstamo hipotecario. Se declara, por ello, que la actuación de la entidad financiera demandada fue ajustada a Derecho.

3. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016

Si con carácter previo a dicho pronunciamiento existían dos cuerpos jurisprudenciales que propugnaban una interpretación divergente acerca del alcance subjetivo del test de transparencia, tal y como se advertía *supra*, con posterioridad a dicho fallo la situación ha cambiado sensiblemente, y es que la práctica totalidad de nuestras Audiencias Provinciales se han acogido al criterio sostenido por el Alto Tribunal.

Entre otras muchas, destaca la SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 20 de julio de 2016. Dicha resolución, al juzgar un relato fáctico similar al que había conocido el Tribunal Supremo, se hace eco del aludido pronunciamiento en su fundamento jurídico tercero: *«En este sentido baste con la cita de la reciente STS de 3 de junio, para excluir la aplicabilidad de este segundo control de transparencia cualificado a los contratantes no consumidores»*. También opta por limitarse a citar la doctrina del Alto Tribunal la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 14 de julio de 2016 *«Esta conclusión no supone que las condiciones generales insertas en un contrato entre empresarios o profesionales no puedan ser objeto de control, sino que, como se ha repetido, solo podrán ser sometidas al primer control de transparencia o control de inclusión (alusivo a la mera transparencia documental o gramatical), sin perjuicio*

de la obligación de acomodarse, en su caso, a las normas contractuales generales». En la misma línea se posiciona la SAP de Asturias, Sec. 1.^a, de 11 de julio de 2016 o la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 12 de julio de 2016.

Pese a ser ya prácticamente pacífica esta tendencia, algunas Sentencias han seguido estimando las acciones de nulidad interpuestas por adherentes no consumidores. Entre ellas destaca la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valladolid, de 18 de julio de 2016. En este supuesto, el juez *a quo* estima que, pese a haber formalizado el contrato de préstamo con cláusulas suelo una sociedad mercantil, el fin último era comprar una vivienda. Según dicho pronunciamiento, no existía prueba de que la vivienda adquirida se hubiera destinado a fines comerciales, siendo utilizada como vivienda habitual de la parte afectada. Por ello, esta operación podría estar amparada bajo la normativa tuitiva de los consumidores y por extensión por el test de transparencia.

Otra importante resolución ha sido la SAP de Logroño, Sec. 1.^a, de 15 de julio de 2016. Pese a rechazar de plano la aplicación del test de transparencia al afectado no consumidor, confiere forma sustantiva a la vía iniciada por la STS de 3 de junio de 2016, que consistía en poder estimar las pretensiones de los adherentes no consumidores si la cláusula suelo contrariara la legítima expectativa que pudo albergar el adherente. Esta opción había sido rechazada por el Alto Tribunal en el supuesto juzgado por este, dado que estaba demostrada la existencia de una larga negociación durante la fase precontractual. Empero, de los hechos de los que conocía la Audiencia Provincial de Logroño, cabía inferir la ausencia de negociación entre las partes, así como el carácter predispuesto e impuesto de la cláusula litigiosa. Por lo anterior, la resolución califica esta situación como abuso de posición dominante y vulneración de la buena fe. Este extremo, unido a las previsiones insertadas tanto en la Exposición de Motivos de la LCGC como a las contenidas en los artículos 1255, 1256 y 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, determinó la nulidad de la cláusula impugnada, en virtud del mandato que alberga el artículo 8 LCGC.

La influencia de esta nueva doctrina es todavía una incógnita, por lo que se desconoce si con el paso del tiempo se configurará como una nueva alternativa a las posibilidades procesales del adherente no consumidor o, por el contrario, será una interpretación de carácter meramente residual.

V. CONCLUSIONES

I. La STS de 3 de junio de 2016 pone fin a la discusión jurisprudencial acerca de la posibilidad de extender el control de transparencia al adherente no consumidor.

II. Respecto al concepto de consumidor y su posible interpretación en sede de contratación bancaria, se ha impuesto un criterio literal del mismo, en consonancia con lo establecido en el artículo 3 del TRLGCU, descartándose una exégesis de carácter finalista, o al menos cierta flexibilización en su alcance. La precedente reflexión determina que solo aquellos adherentes que ostenten la cualidad jurídica de consumidor podrán invocar la aplicación del control de transparencia a la hora de fiscalizar la condición general litigiosa.

III. Se han invocado otras vías para garantizar una protección cualificada del adherente no consumidor, siendo la mayoría de ellas ulteriormente descartadas:

- abuso de derecho por parte del predisponente.

- abuso de posición dominante por la entidad de crédito, a tenor de la Exposición de Motivos de la LCGC.
- la información proporcionada no superaba el control de incorporación.
- supuestos fallos del mercado cuyas consecuencias precisaban una consecuente intervención de carácter tuitivo.
- la utilización del cuerpo normativo MiFID para proteger al adherente frente a la entidad financiera, aplicando a supuestos de hecho situados extramuros del régimen MiFID la distinción entre cliente bancario profesional y minorista ideada por dicho sistema.

Estos planteamientos parecen no gozar de la aprobación del Alto Tribunal tras su Sentencia de 3 de junio de 2016.

IV. Otras interpretaciones se han utilizado por nuestras Audiencias Provinciales, precisamente para rechazar la protección cualificada al adherente no consumidor:

- la transparencia documental como elemento suficiente para proceder a controlar las condiciones generales suscritas con adherentes no consumidores.
- la garantía que comporta la intervención del notario durante la perfección del contrato, cristalizada a través de las advertencias formuladas por este tendentes a garantizar el conocimiento por las partes de las consecuencias del contrato.
- la autonomía negocial estatuida en el artículo 1255 del Código Civil, que actuaría como fundamento básico de la validez de las cláusulas suelo.
- la redacción simple y concisa de las condiciones generales conflictivas, lo que determinaba el cumplimiento de la claridad y concreción exigidas por nuestro ordenamiento jurídico.

V. Lo anterior no sería óbice para aplicar otros mecanismos de control en la contratación seriada que hallarían su fundamento en la posible existencia de abuso de posición dominante y quebrantamiento de las reglas atinentes a la buena fe, como se ha encargado de recordar el Tribunal Supremo y de aplicar alguna Audiencia Provincial. Esta nueva exégesis interpretativa hallaría su reconocimiento en el Derecho positivo, con carácter básico, en el artículo 4:107 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y en los artículos 1258 del Código Civil y 57 del CCom. Aunque las consecuencias de este sistema son todavía inexploradas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 62.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2014). *La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular)*. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (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.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, G. (2014). *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Marcial Pons, Madrid.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2013). Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738.
- LONGO MARTÍNEZ, A.A. (2014). El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día. *La Notaría*, Boletín. Núm. 1, 2004, enero.
- MARÍN NARRÓS, H.D (2015). El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral*, núm. 752.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Ed. Lex Nova. Thomson Reuters. Valladolid. Número 133.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las 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, Sección Tribuna, 23 de septiembre, Año XXIV, Editorial LA LEY.
- PLAZA PENADÉS, J. (2016). Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores. *Revista Consumo y Empresa* - núm. 2, mayo.
- SOLER SOLÉ, G., IZQUIERDO BLANCO, P., FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. y SERRA RODRÍGUEZ, A. (2014). *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. VV. Editorial Bosch. Barcelona.
- TORREJÓN, R., MENÉNDEZ DE LUARCA PARDO, C. y BORONAT VELERT, M. (2014). Mecanismos del banco de España para la protección del usuario de servicios bancarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Extraordinario.
- VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M. (2014). Normas de transparencia en la contratación bancaria de préstamos y créditos. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Extraordinario.

VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014, asunto C-26, 13
- STJUE, Sala Cuarta, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143, 13

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 18 de julio de 2000
- STS de 20 de junio de 2011
- STS de 1 de febrero de 2006
- STS de 4 de noviembre de 2010
- STS de 15 de noviembre de 2010
- STS de 9 de mayo de 2013
- ATS de 3 de junio de 2013
- STS de 10 de marzo de 2014
- STS de 10 de abril de 2014

- STS de 28 de mayo de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 24 marzo de 2015
- STS de 25 marzo de 2015
- STS de 29 de abril de 2015
- STS de 15 de diciembre de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 3 de junio de 2016

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Huelva, Sec. 3.^a, de 4 de junio de 2012
- AAP A Coruña, Sec. 4.^a, de 6 de marzo de 2013
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 3 de junio de 2013
- SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013
- SAP de Cuenca, Sec. 1.^a, de 30 de julio de 2013
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de noviembre de 2013
- SAP de Cantabria, Sec. 4.^a, de 20 de diciembre de 2013
- SAP de Barcelona, Sec. 19.^a, de 26 de febrero de 2014
- SAP de Huelva, Sec. 3.^a, de 21 de marzo de 2014
- SAP de La Coruña, Sec. 4.^a, de 29 de mayo de 2014
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 9 de julio de 2014
- SAP Madrid, Sec. 25.^a, de 21 de julio de 2014
- AAP Castellón, Sec. 3.^a, de 28 de julio de 2014
- AAP Málaga, Sec. 6.^a, de 1 de octubre de 2014
- AAP Barcelona, Sec. 15.^a, de 9 de octubre de 2014
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 9 de octubre de 2014
- SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 14 de diciembre de 2014
- SAP de Madrid, Sec. 11.^a, de 2 de febrero de 2015
- SAP de Oviedo, Sec. 1.^a, de 9 de febrero de 2015
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.^a, de 5 de marzo de 2015
- SAP de Oviedo, Sec. 6.^a, de 5 de julio de 2015
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 17 de septiembre de 2015
- SAP de Oviedo, Sec. 15.^a, de 15 de octubre de 2015
- SAP de León, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2016
- SAP de León, Sec. 1.^a, de 26 de enero de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 19 de febrero de 2016.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 15 de febrero de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2016
- SAP de Segovia, Sec. 1.^a, de 17 de mayo de 2016
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 30 de junio de 2016
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 12 de julio de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 14 de julio de 2016
- SAP de Logroño, Sec. 1.^a, de 15 de julio de 2016
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 20 de julio de 2016

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJM número 1 de La Coruña de 6 de noviembre de 2013

- SJM número 1 de Valencia de 8 de diciembre de 2013
- SJM número 2 de Bilbao de 18 de marzo de 2014
- SJM número 8 de Barcelona de 13 de mayo de 2014
- SJM número 1 de Oviedo de 26 de mayo de 2014
- SJM número 1 de Vitoria de 20 de octubre de 2014
- SJM número 3 de Pontevedra de 29 enero 2016
- SJM número 1 de Valladolid, de 18 de julio de 2016

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cuenca de 4 de Junio de 2012
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ciudad Real de 11 de abril de 2014

NOTAS

¹ Este debate se había originado tras la interposición, por una conocida asociación de consumidores y usuarios, de una demanda colectiva ante el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid frente a la práctica totalidad de las entidades financieras. Posteriormente varias entidades de crédito optaron por invocar en sus escritos alegatorios de contestación la excepción procesal de litispendencia. Esta circunstancia obligaba a esperar a la resolución definitiva del procedimiento de Madrid. Sobre ello se pronunció la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 9 de octubre de 2014, afirmando que una vez interpuesta al acción colectiva, los artículos 11 y 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conllevaban la inadmisión a trámite de futuras acciones individuales. La jurisprudencia se dividió ante dicha situación. Así, se posicionaron a favor de estimar dicha excepción procesal el AAP A Coruña, Sec. 4.^a, de 6 de marzo de 2013, o el AAP Barcelona, Sec. 15.^a, 9 de octubre de 2014. Por el contrario, la desestimaron, entre otros, el AAP Castellón, Sec. 3.^a, de 28 de julio de 2014 y el AAP Málaga, Sec. 6.^a, 1 de octubre de 2014. Ante esta situación, la Magistrada titular del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, elevó una cuestión prejudicial al TJUE, hallando provisionalmente respuesta con el dictamen emitido por Maciej Szpunar, Abogado General de dicho órgano, en el que destaca el carácter complementario de las acciones colectivas en relación a las individuales, abriendo de nuevo la puerta a estas últimas.

² Al respecto, se ha desarrollado el concepto de unidad de decisión, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 42 del Código de Comercio. De esta forma, se permite integrar en el concepto de grupo no solo los supuestos en los que una sociedad controla a otra de forma directa —control vertical—, como aquellos otros en los que una sociedad domina a otra u otras por medios societarios indirectos. Cfr: La SAP Madrid, Sec. 25.^a, de 21 de julio de 2014, y la SAP de Madrid, Sec. 11.^a, de 2 de febrero de 2015.

³ Cfr. El comunicado de prensa número 75, 16 del TJUE sobre las conclusiones del Abogado General del TJUE Paolo Mengozzi, aludiendo a que el límite en la retroactividad anudado a la nulidad de las cláusulas suelo es compatible con el Derecho de la UE. A su vez, invoca las repercusiones macroeconómicas que una eventual estimación de nulidad con efectos *ex tunc* podría conllevar. Disponible en formato pdf en el siguiente enlace: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-07_cp160075es.pdf

⁴ Cfr: *Estadísticas Pyme. Evolución e indicadores*. Febrero de 2016, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Acceso en pdf en: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/ESTADISTICAS-PYME-2015.pdf>

⁵ Vid. 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. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, pp. 3440 a 3456.

⁶ Cfr. Parágrafo 166 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁷ Vid. UGENA TORREJÓN, R., MENÉNDEZ DE LUARCA PARDO, C. y BORONAT VELERT, M. (2014). Mecanismos del banco de España para la protección del usuario de servicios bancarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Extraordinario 2014, pp. 65-100.

⁸ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Ed. Lex Nova. Thomson Reuters. Valladolid. Núm. 133. pp. 295-344, que señala la OM de 12 de diciembre de 1989, la OM de 5 de mayo de 1994, la Ley 2/2009 de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares, y más recientemente, se alude a ellas en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social.

⁹ Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

¹⁰ Orden EHA, 2899/2011 de 11 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

¹¹ Esta norma deroga: la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. La Orden PRE, 1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos. La Orden de 27 de octubre de 1962 por la que se regula provisionalmente la tramitación de los expedientes y asuntos en materia de banca oficial y privada y cajas de ahorro.

¹² Vid. VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M. (2014). Normas de transparencia en la contratación bancaria de préstamos y créditos. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Extraordinario, pp. 17-64.

¹³ El contenido íntegro de dicho Informe del Banco de España puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/10_Fich_inf2010.pdf

¹⁴ Con carácter previo a la elaboración del doble control de incorporación y transparencia para las cláusulas suelo, la legislación nacional ya establecía la obligación de información y transparencia hacia el cliente bancario, si bien de un modo más básico que el actual. En este sentido, hemos de recordar que desde hace décadas se había superado la otrora vigente regla *caveat emptor*, al no ser ajeno el Derecho a circunstancias como la contratación entre dos partes en posición asimétrica (v.gr. la entidad de crédito y el cliente bancario. Vid. HERNÁNDEZ PAULSEN, G. (2014) *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Marcial Pons, Madrid, pp. 43 y sigs. Uno de los textos más relevantes en sede de transparencia fue el Real Decreto 629, 1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

¹⁵ Entre otras, la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica; la Ley 26, 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (hoy derogada por la disposición derogatoria e) de la Ley 10/2014, de junio), la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito; la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, a Entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; el derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, por el que se establecen las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, la Orden Ministerial, de 25 de octubre de 1995, de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; Circular 1, 1996, de 27 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del mercado de valores.

¹⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).

¹⁷ Directiva 93/13/CEE, 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores.

¹⁸ Cfr. BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 62, pp. 173-214.

¹⁹ Cfr. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cuenca de 4 de junio de 2012, que apreció la concurrencia de este defecto, o la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 15 de febrero de 2016, que abría la puerta a esta posibilidad, pese a advertir que en todo caso el vicio en el consentimiento difícilmente podría ser calificado como esencial, y, aunque lo fuere, no conllevaría la nulidad de la estipulación controvertida, sino la de todo el contrato. Aunque previamente la STS de 25 marzo de 2015 ya había rechazado esta opción.

²⁰ Aunque también se ha sostenido la existencia de un tercer control adicional, denominado control de ejecución. *Vid.* LONGO MARTÍNEZ, A.A. (2014). El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día. *La Notaría – Boletín*. Núm. 1, 2004, enero. pp. 74-84.

²¹ *Vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 3452 y 3453, en relación a su análisis crítico.

²² Especial atención merece esta norma, puesto que gran parte de los requisitos relativos a la comercialización de las cláusulas suelo se regulaba por dicha Orden. Entre estos, destaca la obligación de la entidad de crédito consistente en aportar al adherente la oferta vinculante, comprensiva de las condiciones del préstamo, al menos tres días antes de su firma. Frente a las voces que reducían su ámbito de aplicación material a los contratos de préstamo hipotecario cuya cuantía fuera inferior a 150.253,03 euros, es necesario recordar que, desde el 8 de diciembre de 2007, y en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, la necesidad de aportar oferta vinculante es obligatoria para la entidad de crédito con independencia de la cantidad por la que se efectúa el préstamo.

²³ Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

²⁴ Su contenido es el siguiente: «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

²⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo, TRLCU).

²⁶ *Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014) *op. cit.* p. 295.

²⁷ *Vid.* MARÍN NARRÓS, H.D. (2015). El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, pp. 3769 a 3798, que apunta a la Ley 2, 1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, Ley 2, 1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, Ley 41, 2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, Ley 1, 2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

²⁸ *Vid.* MARÍN NARRÓS, H.D. *op. cit.* p. 3771.

²⁹ Cfr. Parágrafo 210 de dicha resolución.

³⁰ El interés de esta resolución, y la confirmación de la construcción jurisprudencial pergeñada por la STS de 9 de mayo de 2013, radica en que mientras este último fallo resolvía una acción colectiva, la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 se inicia por una demanda en la que se acumularon ocho acciones de nulidad individual de la cláusula. Cfr. BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014) *op. cit.*, pp. 173-214.

³¹ De este pronunciamiento destaca una importante innovación, al afirmarse que el control de transparencia no solo se circunscribe a la propia fase contractual, por lo que

también ha de realizarse en su etapa posterior; es decir, según cómo evolucione, de acuerdo a su fundamento séptimo.

³² Esta Sentencia confirma los efectos limitados de la retroactividad ínsita a la previa declaración de nulidad de las cláusulas suelo, «*para todo consumidor adherente*», por lo que establece dicha nulidad parcial tanto en acciones colectivas como individuales.

³³ En efecto, de esta Sentencia destacan sus fundamentos jurídicos 1 y 2, que recordando la doctrina fijada en las SSTs de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, vuelve a establecer el efectivo conocimiento de la carga jurídica y económica del contrato por el adherente como elemento objetivo para determinar el cumplimiento del deber de transparencia por la parte predisponente.

³⁴ SOLER SOLÉ, G., IZQUIERDO BLANCO, P., FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. y SERRA RODRÍGUEZ, A. (2014) *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. VV. Editorial Bosch. Barcelona. p. 164.

³⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2014). *La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular)*. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha.

³⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ F. (2013). La restitución de las 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, Sección Tribuna, 23 de septiembre, Año XXIV, Editorial LA LEY.

³⁷ Cfr. Argumentos invocados por la parte demanda en la STS de 23 de diciembre de 2015.

³⁸ Cfr. STS de 23 de diciembre de 2015.

³⁹ Cfr. STJUE, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014, asunto C-26, 13. Y más concretamente, véase a los efectos de la exhaustividad ínsita al deber de transparencia exigible según la Directiva 93, 13, CEE su parágrafo número 75: «*Por todo lo antes expuesto se ha de responder a la segunda cuestión prejudicial 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 se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para 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 prescrito 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*».

⁴⁰ Cfr. STJUE, Sala Cuarta, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143, 13. En especial, sus fundamentos jurídicos número 73, y sobre todo el 74: «*[...] 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 del 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*».

⁴¹ Esta resolución se pronuncia del siguiente modo: «*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[...]* El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato [...] es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real [...] La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más

al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito».

⁴² En concreto, en el artículo 8.1 del TRLGDCU.

⁴³ Cfr. SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 17 de septiembre de 2015, SAP de Segovia, Sec. 1.ª, de 17 de mayo de 2016 y SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 19 de febrero de 2016.

⁴⁴ Cfr. SAP de León, Sec. 1.ª, de 26 de enero de 2016 y SAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 30 de junio de 2016.

⁴⁵ Cfr. Sobre la exigencia de buena fe, ver también la STS de 20 de junio de 2011 y sobre el abuso de derecho las SSTs de 18 de julio de 2000, de 1 de febrero de 2006 y 15 de noviembre de 2010.

⁴⁶ Cfr. SAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 30 de julio de 2013, SAP de Oviedo, Sec. 15.ª, de 15 de octubre de 2015 y SAP de León, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2016.

⁴⁷ Esta obligación del notario ya figuraba en el artículo 7.3.1 de la ya derogada Orden de 5 de mayo de 1994 que establecía, entre otros deberes del notario: «Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación».

⁴⁸ Cfr. SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 9 de julio de 2014 y SAP de Oviedo, Sec. 1.ª, de 9 de febrero de 2015.

⁴⁹ Cfr. Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia de 8 de diciembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil sentencias del número 8 de Barcelona de 13 de mayo de 2014, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria de 20 de octubre de 2014 y del Juzgado Mercantil número 3 de Pontevedra de 29 de enero de 2016.

⁵⁰ Este informe sugería que la aplicación de las cláusulas suelo obedece a decisiones individuales de cada entidad. Lo anterior, de acuerdo a la Sentencia, contribuía a corroborar que, en efecto, el cliente no tiene capacidad real de influencia en la supresión o en el contenido de la cláusula.

⁵¹ Cfr. SAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 30 de julio de 2013, SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 9 de julio de 2014, y SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2016. Especial interés plantea la interpretación establecida por esta última «mismo de contratación seriada como exigencia operativa del funcionamiento del tráfico económico, y a la propia economía del contrato, afirmación todavía más evidente en el caso de la contratación bancaria. Por ello, hablar de «posición de dominio «en relación a la contratación entre una entidad financiera y una pyme no nos parece riguroso desde la perspectiva contractual. La evidente diferencia de capacidad negociadora entre las partes no resta validez a las estipulaciones, ni tampoco, en abstracto, a la libertad contractual».

⁵² De acuerdo con el precitado fallo, existirían dos sujetos acreedores de la protección dispensada por el Derecho de consumidores y usuarios. El primero, el consumidor de acuerdo con el concepto tradicional previamente apuntado. El segundo sería aquel sujeto que, siendo parte en un negocio jurídico dentro de la contratación en masa, su profesionalidad —entendida como cualidad excluyente de la protección otorgada por nuestro sistema jurídico ex artículo 3 TRLGCU—, no es suficiente para garantizar la defensa de sus derechos, por lo que le sería aplicable el régimen tuitivo consagrado en la LCGC.

Nótese asimismo que, debido al complejo marco normativo en el que se encuadra el Derecho Bancario, un nuevo concepto relacionado podía haber surgido. Así, hablamos del cliente bancario como aquella figura cuya conceptualización trasciende a la sugerida por nuestro ordenamiento para el consumidor. Y es que, en algunos supuestos, la cualidad de cliente bancario reside en la mera contratación de un producto financiero —tal es el caso, por ejemplo, de la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios), aunque en otros el significado cambia de forma radical —*Vid.*, la Orden EHA, 2899, 2011. Como la propia resolución reconoce, en este supuesto el concepto de cliente bancario solo puede aplicarse a personas físicas—.

⁵³ MiFID es el acrónimo de *Markets in Financial Instruments Directive*, que puede traducirse al castellano como Directiva del mercado de instrumentos financieros. Este cuerpo normativo está formado por las siguientes Directivas comunitarias: la Directiva 2004/39/CE

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006, 73, CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004, 39, CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006, 49, CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. Su contenido fue transpuesto al ordenamiento nacional por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24, 1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

⁵⁴ En la versión vigente al tiempo de dictarse la Sentencia, dichos apartados de la ya derogada LMV definían, respectivamente, los conceptos de cliente profesional (apartado 3) y minorista (apartado 4).

⁵⁵ Cfr. PLAZA PENADÉS, J. (2016) Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores. *Revista Consumo y Empresa*, núm. 2, mayo <http://vlex.com>, vid, doctrina-judicial-control-transparencia-638432929. Sugiere el autor que el moderno control de transparencia afecta a toda contratación con condiciones generales, de acuerdo con los artículos 5.5, 7 y 8.1 de la LCGC, por lo que la misma solución de ineficacia del artículo del artículo 8.1 de dicho texto debería de aplicarse a los perjudicados que no tienen estricto sensu la condición de consumidores.

⁵⁶ Salvo acuerdo en contrario de las partes, los derechos y obligaciones surgidos de estas relaciones serán gobernados por las disposiciones generales del Código de Comercio y la legislación civil.

⁵⁷ Vgr. la exposición de motivos de la LCGC, de la que merece la pena extraer el siguiente contenido. «Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores».

⁵⁸ Este recurso se tuvo por interpuesto por interés casacional, en virtud del artículo 477.2.3.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Del motivo único invocado surgían a su vez dos submotivos. En el primero se invocaba la supuesta conculcación de la SAP de La Coruña, Sec. 4.^a, de 29 de mayo de 2014 de la doctrina sentada por el Alto Tribunal en la STS de 9 de mayo de 2013 y el ATS de 3 de junio de 2013, además de la STS de 4 de noviembre de 2010, en relación a los artículos 5.1, 5.5 y 7 LCGC. En el segundo de los submotivos la recurrente se hacía eco de una corriente jurisprudencial elaborada por numerosos pronunciamientos de distintas Audiencias Provinciales que, a la luz de los criterios sentados por el Tribunal Supremo, declaraban la nulidad de cláusulas suelo incluidas en contratos celebrados con empresarios. Lo anterior, en una aparente contradicción con otras Sentencias de Audiencias Provinciales que negaban su nulidad.

⁵⁹ En esta Sentencia, el Tribunal Supremo vuelve a definir este control de transparencia como aquel que impide la aplicación de cláusulas que, pese a ser gramaticalmente comprensibles —lo que conlleva la superación del control de incorporación—, puedan suponer una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Esta conceptualización del sujeto pasivo como «adherente medio», expresión literalmente transcrita de la Sentencia del Alto Tribunal, no parece que sea la más feliz en el contexto que nos ocupa, y ello porque, ciertamente, llegados a la conclusión de que el control de transparencia cualificado solo es aplicable al adherente consumidor, parece que aquel prestatario que haya celebrado un contrato de préstamo hipotecario en el que se incluyan cláusulas suelo para el negocio que regenta como trabajador autónomo, no se verá beneficiado por el régimen tuitivo que dispensa el segundo control de fiscalización de dichas cláusulas. ¿Acaso, en el supuesto que se plantea, el prestatario no podría ser un «adherente medio», entendido como aquel que carece de las nociones más elementales de economía? Probablemente, hubiera sido más acertado, de acuerdo con la doctrina finalmente determinada, haberle tildado de consumidor, que es lo que a continuación el Alto Tribunal vuelve a dejar claro al decir que dicha protección está reservada por el Derecho de la Unión Europea y el nacional, precisamente, al consumidor. Pese a no ser relevante esta reflexión para el presente estudio, sí que parece reseñable a efectos de plantear un nuevo debate acer-

ca de la definición que el TRLCU prevé acerca de esta condición jurídica. Y es que parece que sería recomendable, de *lege ferenda*, que dicho concepto se acercara más a la realidad social, —en plena consonancia con el mandato contenido en el artículo 3.1 del Código Civil, en vez de tender a un hermético criterio literal, que determina la cualidad de consumidor o la excluye por la mera finalidad que se le va a dispensar al negocio jurídico celebrado.

⁶⁰ Sin perjuicio de su ulterior desarrollo y matización por parte de las SSTs de 8 de septiembre de 2014, de 24 de marzo de 2015, de 25 de marzo de 2015 y de 23 de diciembre de 2015 y la posterior interpretación que la amplia jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha llevado a término.

⁶¹ En particular, el Alto Tribunal se detiene en el siguiente punto de dicha EM: «*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*». Como señalábamos *supra*, cuestión distinta es poder determinar cuál es el régimen previsto por nuestro Derecho positivo en estos casos.

⁶² Cfr. SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de noviembre de 2013 y SAP de Barcelona, Sec. 19.^a, de 26 de febrero de 2014.

⁶³ Este precepto no ha tenido la trascendencia doctrinal y jurisprudencial que ha podido merecer, en particular por la excesiva atención que ha suscitado su complementario artículo 1255 del Código Civil. A pesar de ello, su aplicación práctica en nuestro Derecho ha sido capital, y en el caso que nos ocupa vuelve a desplegar toda su eficacia. Ciertamente, y pese a la gran relevancia ínsita al principio de la libertad pacticia, no debemos olvidar que el contrato no solo está formado por sus denominados elementos voluntarios. También son de plena aplicación los así llamados elementos necesarios, estando normativizada su obligada presencia en la dinámica de toda relación contractual por el artículo 1258 del Código Civil. Ciertamente, este último completa la regulación de aquel, al recoger esos elementos necesarios del contrato.

⁶⁴ Con el contenido natural del contrato, el Tribunal Supremo se refiere a aquellas consecuencias que cabe atribuir desde una fase prenegocial a los derechos y obligaciones que un determinado negocio jurídico puede desplegar, teniendo en cuenta la buena fe y otras circunstancias atinentes a la fase precontractual, como la publicidad y los actos preparatorios.

⁶⁵ Los Principios de Derecho Contractual Europeo (Comisión Lando), han supuesto un nuevo hito en el largo y complejo proceso en el que se encuentra la armonización del derecho de contratos.

⁶⁶ Véanse, a estos efectos, el artículo 1:102: «*Libertad contractual*», y el artículo 1:106: «*Interpretación e integración*» de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

⁶⁷ Consecuencia de la concurrencia de dolo omisivo durante la fase precontractual sería la nulidad del negocio jurídico celebrado. Una de las circunstancias que se tienen en cuenta para determinar su apreciación es si la parte que lo protagoniza tenía conocimientos técnicos en la materia. Cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2013) Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, pp. 2253 a 2328.

⁶⁸ Como bien señala en Alto Tribunal, al no haberse sostenido por la recurrente el recurso extraordinario de infracción procesal, los hechos declarados como probados constituyen el sustrato fáctico sobre el que deberá emitir su posterior veredicto.