

«Opacidades» y «transparencias» en el
control (de transparencia e ineficacia)
en la contratación seriada entre
empresarios/as (pymes y autónomos/as)

*«Opacities» and «transparency»
in the control of transparency
(and ineffectiveness) hiring in
the series between entrepreneurs
(smes and freelancers)*

por

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

*Profesora Titular de Derecho Civil, Acreditada a Catedrática. Universidad de Granada.
Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.*

RESUMEN: El contexto actual de crisis económico-financiera, juridical, política y social, ha impulsado cambios en la configuración jurídica, europea y nacional, del control de transparencia. Ante la falta de un pronunciamiento claro y expreso por parte del legislador, que zanje las dudas doctrinales y judiciales que hoy se ciernen en torno a si procede o no la extensión del control de transparencia de la cláusula suelo, a las Pymes (microempresas) y autónomos/as, trataremos de aclarar las dudas que hoy existen en la jurisprudencia menor en relación a determinar respecto al control de transparencia cuál es el verdadero (1) *ámbito subjetivo*, (2) *ámbito objetivo* y, (3) *ámbito competencial*, dejando

para otro momento y lugar, el (4) «novedoso» y cuestionable régimen de ineficacia sentado por las SSTS, Sala Primera (en Pleno), 9 de mayo de 2013 y, 25 de marzo y 29 de abril de 2015 (en virtud de la cual se instituye la retroactividad prospectiva —una decisión judicial que cuenta, a día de hoy, con ocho cuestiones prejudiciales)—. Haremos alusión a la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la contratación de productos financieros complejos y su posible nulidad por vicio de consentimiento planteadas por los Juzgados de Primera Instancia ante el TJUE (*ex art.* 1261 del Código Civil, tal y como ha corroborado, recientemente, las SSTS, 19 de mayo, y, Sala Primera, 22 de abril de 2016) y a la nulidad de la cláusula suelo cuando el prestatario/a es una Pyme por no superar el filtro de inclusión [*ex art.* 5.5.º y 7.1 b) LCGC], tal y como defiende parte de la jurisprudencia menor, en SSAP Valladolid, Sección 3.ª, 9 de marzo de 2016 y SAP Soria, Sección 1.ª, 18 de febrero de 2016 (RJ 2016, 26). Para terminar, aludiremos, además, a la necesidad de reflexionar sobre el control de contenido en la contratación entre empresarios siguiendo los textos europeos de referencia y los modelos europeos que existen ya así como, también, aludiremos a la doctrina sobre enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía —una doctrina que tras el anuncio de la Sala Primera del TS reunida en Pleno, 13 de enero de 2015 debe reconsiderar la desatención legal que los empresarios/as hoy tiene en la lucha a favor de la contratación bancaria de adherentes consumidores o no.

ABSTRACT: The current context of economic and financial crisis, legal, and social policy, has DRIVEN: changes in juridicial, European and national configuration, control of transparency. In the absence of UN clear and express statement by the legislature, that addresses the doctrinal and legal questions that today hover around if the PROCEED or without the extension control transparency clause soil Results Search Application also an SME (micro) and Autonomous / as, try to clarify the doubts that exist in the lower jurisprudence in determining fast S. what is the true (1) subjective scope, (2) Scope my goal, (3) area of responsibility, Leaving paragraph another time and place, the (4) «new» and questionable regime of inefficiency Sitting by the SSTS, 1st Chamber, may 9, 2013 and march 25 and 29 april 2015 under which the retrospective-a retroactivity is instituted legal mind that, today, fraudsters decision: questions to the Eight TJUE-. WE WILL allusion to the jurisprudential Consolidated Supreme Court About recruitment of complex financial products and possible annulment on the grounds of Consent (ex art. 1261 CC, as has been confirmed recently, STS, 1st Chamber, may 19 and april 22, 2016) and the nullity of the clause floor when the borrower / a is an SME by any Overcoming include filter [ex art. 5.5 ° and 7.1 b) LCGC], as claimed by the lower part of jurisprudence, SSAP Valladolid, Section 3rd march 9, 2016 and SAP Soria, Section 1, February 18, 2016 (RJ 2016, 26). End paragraph, we shall refer.:

In addition, the s need to reflect on the Control of content Between Contracting Company following the European Reference texts and European models exist as well as also allude to the doctrine of unjust enrichment Foreclosure and-a gain sale doctrine that after the announcement of the 1st Chamber of TS Gathered in plenary, January 13, 2015 should reconsider the legal neglect that entrepreneurs / as today in the Fight has a favor Banking Recruitment consumers or adherents not.

PALABRAS CLAVE: Protección de los Consumidores. Cláusulas Abusivas. Contratos Bancarios. Empresario/a. Cláusulas Suelo.

KEY WORDS: *Consumer Protection. Unfair Terms. Bank Contracts. Businessmen and clauses soil.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. OPACIDADES EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN PYMES Y AUTÓNOMOS/AS. 1. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIÓN: LOS CONTROLES DE INCORPORACIÓN, TRANSPARENCIA Y CONTENIDO EN LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LA QUE PARTICIPAN ADHERENTES: CONSUMIDORES/AS, PYMES Y AUTÓNOMOS/AS. 2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN CON ADHERENTES: CONSUMIDORES O NO. 2.1. *La importancia creciente del control bancario, notarial y registral.* 2.2. *La formación o cualificación de los prestatarios. ¿Un nuevo debate surgido en la jurisprudencia menor!* 2.3. *El (reducido) control entre empresarios/as. Posibles remedios de que dispone el/a adherente-no consumidor/a.* 2.3.1. *La nulidad del producto financiero complejo a través de la aplicación del error-vicio del consentimiento por deficiente información precontractual (ex art. 1261 del Código Civil).* 2.3.2. *La nulidad de la cláusula suelo por incumplir el control de inclusión por deficiente información precontractual [ex arts. 5.5. y 7.1 b) LCGC y 80 TR-LGDCU].* 2.3.3. *La nulidad de la cláusula suelo por no superar el doble filtro de transparencia de creación jurisprudencial.* 3. EL CONTROL DE CONTENIDO EN LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS/AS. NUEVOS DESAFÍOS EN EL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS (EX ART. 82 TR-LCGC). EL CONTROL DE CONTENIDO.—III. OPACIDADES Y TRANSPARENCIAS EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN PYMES Y AUTÓNOMOS/AS.—IV. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, EJECUCIONES HIPOTECARIA, VENTA Y ADJUDICACIÓN SIN HACER PARTÍCIPE EN LAS PLUSVALÍAS: ¿NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL?—V. CONCLUSIONES. SENTENCIAS: 1.TJUE, 2. TS, 3. AP, 4. RRDGRN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Han pasado casi dos años desde que el Tribunal Supremo decidió inadmitir a trámite el recurso de casación presentado por una empresa constructora que, en el ejercicio de una acción de nulidad de una cláusula suelo, después de salir vencedora en primera instancia y derrotada en apelación. Alegaba ante el Tribunal Supremo en su fundamentación jurídica la extensión a su favor de la novedosa doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia contenida en la STS, Sala Primera (Pleno), 9 de mayo de 2013. El Auto (denegatorio) de 30 de septiembre de 2014, cuyo ponente fue el Magistrado Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO —el mismo ponente a quien le correspondió analizar el posible enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias, adjudicación y venta con plusvalía en la STS, Sala Primera (en pleno), 13 de enero de 2015¹ y quien en la STS, Sala Primera, 22 de abril de 2016 reconduce la pretensión de la recurrente mercantil declarando la nulidad del producto financiero complejo por error vicio del consentimiento)— acordó la inadmisión del recurso advirtiendo que la resolución recurrida no infringía la doctrina jurisprudencial sobre transparencia «precisamente porque dicha sentencia se dictó para un supuesto diferente, al tratarse del examen de la validez de las cláusulas suelo en préstamos celebrados con consumidores»².

Desde entonces permanecemos en la espera de que la Sala Primera del Tribunal Supremo entre en el fondo del asunto sobre esta importante cuestión, que afecta, en nuestro país (España), a nada más y nada menos que al 99% (en concreto el 99,2%) del tejido empresarial conformado por Pymes (autónomos y microempresas) que en su práctica totalidad han dependido de la financiación bancaria y padecido la contratación seriada hasta en un 80%. Nos consta que el pasado 27 de abril de 2016 la Sala Primera se reunía para debatir, en pleno, esta importante y trascendental cuestión. Mucho nos tememos, sin embargo, que aún y a pesar del debate y de haber entrado a analizar el fondo del asunto, sin embargo, denegará la extensión del control de transparencia cuando los prestatarios son PYMES lo que, contará, quizás, con el voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO, ponente de la STS de 12 de junio de 2012 (sentencia que constituyó, en su día, verdadero germen del control de transparencia anclado en la LCGC), autor, también del voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015 (sobre devolución de cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo declarada nula) y sensible a esta cuestión; lo que abrirá el debate a la opinión pública y a los operadores jurídicos. Un debate que, a estas alturas, nos parece imprescindible e importante y que augura tener firmes opositores lo que demuestra, finalmente, la importancia del tema en cuestión.

De su decisión (la del legislador, en su día) y la del Supremo, en defecto de que el legislador eleve a rango legal (lo que a nuestro juicio sería deseable) este novedoso control jurisprudencial de transparencia dependen miles de

consumidores/as y de empresarios/as. Y es que de las PYMEs depende, en definitiva, la recuperación de nuestra economía y la regeneración de miles de puestos de trabajo³ porque en el contexto de crisis económica actual miles de consumidores/as y empresas están condenados a sobrevivir en una economía sumergida. Una situación insostenible para nuestra sociedad⁴.

La importancia social del debate en cuestión está fuera de toda duda. España es un país en el que la cifra del tejido empresarial —según los datos emitidos por el Banco de España—⁵ está muy por encima de países como Reino Unido (98%), Alemania (46%), Francia (41%) o Italia (22%), pero por debajo de Holanda (107%), Dinamarca (101%)⁶. De la respuesta legal o de la que ofrezca el Tribunal Supremo, como complemento (que lo es) del ordenamiento jurídico (*ex art. 1.6 del Código Civil*), para tratar de ofrecer una alternativa al drama social que padecen hoy miles de empresarios/as (*ex art. 3 del Código Civil*) —un drama que arrasa el siglo XXI— y que hemos tratado de radiografiar de manera transversal en las dos obras colectivas fruto de los dos Congresos que hemos organizado en la Universidad de Granada, relativos al Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as (2015, Thomson Reuters Aranzadi)⁷, dependen, en buena medida, también, miles de consumidores/as tal y como hemos advertido en anteriores trabajos de investigación publicados en esta revista (en 2013⁸ y 2015⁹) y otras revistas —revista REDES (2014¹⁰), revista del Colegio de Registradores de la Propiedad (2015¹¹), Cuaderno Civitas (2016¹²), y revista Aranzadi Civil-Mercantil (en 2016¹³), resulta una auténtica necesidad social dar respuesta a la contratación entre empresarios/as—. En esta ocasión y bajo el título «Opacidades y Transparencias en el control de transparencia en la banca entre empresarios/as», nos proponemos aclarar (hacer más transparente, si se nos permite, el (reducido) control en la contratación seriada entre empresarios, a través de este nuevo trabajo de investigación que lleva por rúbrica «Opacidades» (y «Transparencias») en el control de transparencia en la contratación entre empresarios (Pymes y Autónomo/as)); nos proponemos transmitir, desde el inicio, las dudas, «opacidades» u «obscuridades» que están pendientes de respuesta legal o judicial en torno al control de la contratación bancaria (seriada y estandarizada) entre empresarios.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define como el adjetivo que se relaciona con la cualidad de opaco —palabra que proviene del latín «*opacus*»— que describe todo aquello que impide el paso de la luz. Es en una primera acepción, lo contrario de «transparente» (o lo que es lo mismo, «nítido» o «diáfano»). Otras acepciones, equivalentes de este término, aluden (también) a la «falta de brillo», o «tristeza que causa la falta de transparencia» en tanto en cuanto es esa falta de transparencia la que no deja pasar la luz en un

cuerpo (la contratación con condiciones generales). Una definición más técnica de dicho concepto lo hace equivalente al cociente entre la intensidad de radiación que incide en un medio absorbente y la intensidad que sale del mismo.

Siendo la Luz (la legalidad/justicia) la Ley de Condiciones Generales de la contratación entre adherentes, consumidores o no —que sería el cuerpo— y una vez proyectado el control de transparencia (legal, bancario, notarial, registral y judicial) sobre contratación entre empresarios/as lo que «empantana», «empaña» y «sumerge en las tinieblas», es decir, en la «oscuridad», en la «sombra», o si se prefiere «enturbia» o hacen poco nítida y «opaca» la luz que se refleja una vez que se proyecta sobre el cuerpo, en nuestro caso, sobre la contratación seriada (o estandarizada) entre empresarios enturbiando la luz proyectada respecto al: (1) *ámbito subjetivo*, en torno al cual la jurisprudencia menor, también la doctrina, pone en tela de juicio si puede una mercantil (pyme) invocar el doble control de transparencia de la STS de 9 de mayo de 2013 aún siendo conscientes, como alguna jurisprudencia menor es (otra no), que no son consumidores. Recientemente, también, parece estar naciendo una jurisprudencia menor que toma en consideración la formación o cualificación del consumidor poniendo en duda la falta de información y transparencia de la cláusula suelo en aquellos casos en los que se trata de un consumidor cualificado. (2) *ámbito objetivo*, en el que se duda en gran parte de la jurisprudencia menor, si el control de transparencia ha de analizado en sede de las normas de la contratación, en particular, en sede de la LCGC como una nueva y moderna forma de contratación distinta de la contratación por negociación o en las normas de consumo (en particular en el TR-LGDCU). Incluso, se duda a cerca de qué debe entender por transparencia o falta de transparencia y qué consecuencias produce su declaración: si la no incorporación y nulidad de la cláusula o la nulidad por abusividad de la cláusula y, (3) *ámbito competencial* o lo que es lo mismo, determinar cual es el juzgado competente para conocer de la acción de nulidad de la cláusula suelo, ¿el civil o el mercantil? —cuestiones todas ellas que centrarán nuestra atención a lo largo de las páginas que siguen—. Dejando para otro momento y lugar el importante debate relativo al (4) «novedoso» y cuestionable régimen de ineficacia sentado por las SSTS de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo y 29 de abril de 2015 que instaura ¿la retroactividad, la irretroactividad o la retracción hasta la fecha de 9 de mayo de 2013, tal y como ha sugerido recientemente la STS de 25 de marzo y 29 de abril de 2015?), sobre las que permanecemos a la espera de que conteste el TJUE y sobre las que reflexionaremos en nuestro trabajo relativo a «La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia (¿Hay que repensar, también, el régimen de ineficacias del control de transparencia!), que se encuentra pendiente de publicación en la *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, julio de 2016¹⁴)

—una cuestión que afecta al bolsillo del adherente, consumidor/a o no, en lo que se refiere a la retroacción o no de la devolución de cantidades indebidamente cobradas a tenor de la cláusula suelo declarara nula.

Pongamos un ejemplo.

Imaginémonos un/a abogado/a, recién graduado (o, si preferimos, un médico/a, arquitecto/a, ingeniero/a, veterinario/a, empresario/a), que decide pedir dos préstamos hipotecarios: (a) un primer préstamo hipotecario que lo destina a adquirir su vivienda habitual y (b) un segundo préstamos hipotecario que lo destina en su despacho profesional que cuenta con un/a procurador/a (su esposo/a) y una/un secretaria/o (su cuñada/o) y siendo él administrador único y avalista del préstamo le exige la entidad concertar, además, (c) un producto financiero complejo (swaps, preferentes, cap/floor) una triple contratación financiera que se afronta con escasa formación financiera (reconozcamos que la educación financiera es escasa). Pero para quienes consideren o defiendan que, en esta hipótesis resulta presumible considerar que un recién graduado abogado dispone de una educación o cualificación profesional adecuada y que por esta razón, tal y como parece recientemente inferirse de la propia doctrina jurisprudencial menor, se presupone en él/ella conocimientos suficientes que hacen impropio solicitar la nulidad de las cláusulas suelo contratadas en los préstamos hipotecarios (a) y (b) o del producto financiero complejo [en el (c)]— imaginemos que esta triple contratación la realiza una persona reciente graduada de los estudios de arquitectura, ingeniería, clínica médica o veterinaria, o aún más claro, una persona con escasa o nula formación (académica) que decide abrir una carpintería, tienda o comercio, peluquería, etc.

En cualquiera de los supuestos imaginados la contratación que afronta el representante de la (modesta) mercantil (constituida, probablemente, en una sociedad de responsabilidad limitada) —recordemos, el/la abogado/a, el/la veterinario/a o el/la carpintero— que en calidad de adherentes en la contratación seriada el predisponente del préstamo hipotecario con idéntico clausulado en los préstamos (a) y (b) o del producto financiero complejo [en la hipótesis del contrato (c)] se ha adherido firmando el clausulado predispuesto por la entidad financiera probablemente sin conocimientos financieros, sin asesoramiento específico (y sin posibilidad de subcontratarlo) y con plena confianza y dependencia económica del predisponente (la entidad financiera) de quien dependen, en última instancia, si desean acometer, con éxito, su proyecto personal (adquirir su vivienda habitual) y profesional (montar su bufete, clínica o local).

Llegado el momento del vencimiento y ejecución del crédito hipotecario y ante la imposibilidad de afrontar el pago de los préstamos hipotecarios por falta de clientela o por las innumerables deudas que proveedores le han dejado insatisfechas, el/la adherente de los contratos (a) y (b) y (c), podrá oponerse al procedimiento de ejecución hipotecaria alegando posible abusividad en calidad de adherente-consumidor únicamente en el contrato hipotecario (a) pero no en

el (b) ni en el (c) porque en su calidad de adherente no consumidor (que lo es, a nuestro juicio) se parte, no sabemos por razón de «presumir» que ha habido con el predisponente una particular negociación para la que dispone, además, de «cierta experiencia profesional» o de conocimientos financieros que se presumen que no existen en la hipótesis del contrato (a) hasta el punto de presumir, también, la posible abusividad (de oficio o a instancia de parte) del adherente en su cualidad de consumidor/a.

Retomando el ejemplo del que partíamos, y tratando de adivinar la solución que el Supremo ofrezca a esta importante y trascendental cuestión, a la vista de la doctrina consolidada jurisprudencial, reciente (de 2016), que sobre el particular viene dictando el Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor, creemos que es posible que en la hipótesis (c) del caso imaginario del que partimos (recordemos, la contratación del producto financiero complejo) fuera posible que el Tribunal Supremo declarase la nulidad por vicio-error del consentimiento (*ex* art. 1261 del Código Civil), tal y como ha declarado recientemente en la STS, Sala 1.^a, 6 de abril de 2016 —de la que su ponente es el mismo que en su día inadmitió a trámite (a través del Auto 30 de septiembre de 2014) el recurso de casación interpuesto por una mercantil que pretendía la extensión (subjettiva) del (reciente entonces) control de transparencia de la STS, Sala Primera (pleno), 9 de mayo de 2013—. Respecto al contrato hipotecario (b) concertado por el adherente en su cualidad de empresario (y por tanto no consumidor) —siguiendo nuestro caso imaginario— a la luz de *batalla quijotesca* emprendida, en su día, por la Jurisprudencia menor es más que probable que admita la nulidad de dicha cláusula por no superar el control de inclusión por falta de información en la fase precontractual de la contratación [*ex* arts. 5.5 y 7 1 b) LCGC], tal y como en una hipótesis idéntica admiten las Audiencias de Valladolid (SAP Valladolid, Sección 3.^a, 9 de marzo de 2016 que declarara la nulidad de la cláusula suelo concertada por el representante legal, administrador único y avalista de la mercantil) y Soria (SAP Soria, Sección 1.^a, 18 de febrero de 2016, en virtud de la cual anular la cláusula suelo por defecto de inclusión (que no de transparencia) superando, con mayor acierto, la tesis de considerar que en estas hipótesis los/as empresarios/as son consumidores/as (cosa que, hoy por hoy no son), tal y como vienen defendiendo SAP Vizcaya, Sección 4.^o, de 1 de diciembre y 24 de marzo de 2015, SAP Girona, Sección 1.^o, de 16 de marzo de 2015, la SAP Albacete, Sección 1.^o, de 13 de marzo de 2015 y la SAP Vizcaya, Sección 4.^o, de 1 de diciembre de 2015 (expresándose en contra del criterio sostenido, en su día, las SSAP Córdoba, Sección 1.^a, 21 y 31 de octubre y 17 de julio, SAP Jaén, Sección 1.^a, 27 de marzo, 10 de julio y la SAP Huelva, Sección 3.^a, 21 de marzo de 2014—. Respecto al préstamo hipotecario (a) concertado por el adherente-consumidor/a, será de aplicación la nulidad de la cláusula suelo por aplicación de la doctrina judicial reiterada que sobre el control de transparencia de la cláusula suelo viene dictando el Tribunal Supremo tras la STS, Sala 1.^a

(pleno) 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015.

Mientras permanecemos a la espera de que la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunido en pleno, entre en el fondo del asunto de esta importante cuestión relativa a la contratación bancaria seriada/estandarizada entre empresarios/as, e impacientes de leer la argumentación legal y judicial del fallo (que mucho nos tememos que se expresará en contra —ojalá nos equivoquemos—) y del (esperado) voto particular¹⁵.

2. ¡Un curioso paralelismo científico-químico con el Control de Transparencia entre empresarios (Pymes)! De la ley de Beer-Lambert-Bouguer y al control de transparencia entre empresarios (Control de Transparencia entre Empresarios [CTE] o Control de Transparencia en la contratación con PYMES) de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, BARRAL VIÑALS, CÁMARA LAPUENTE, ORDUÑA MORENO y SÁNCHEZ MARTÍN, SERRANO NICOLÁS y SÁNCHEZ GARCÍA.

En óptica, la ley de Beer-Lambert-Bouguer, también conocida como ley de Beer o Ley de Lambert o ley de Bouguer es una relación empírica que relaciona la absorción de luz con las propiedades del material atravesado. Partiendo, si se nos permite el paralelismo de que la luz (es el control de transparencia) y el material atravesado es la contratación seriada con consumidores y entre empresarios, prosigamos.

La ley de Beer fue descubierta independientemente (y de distintas maneras) por científicos europeos en Pierre BOUGUER en 1729, Johann Heinrich LAMBERT en 1760 y August BEER en 1852. Los tres científicos, llegaron a defender, de manera independiente, la relación que existe entre la intensidad de luz entrante en un medio con la intensidad saliente después de que en dicho medio se produzca la absorción.

Lo que depende para BEER de la concentración en la solución (Por ejemplo, en un vaso de vidrio tenemos agua con azúcar disuelta y en otro vaso tenemos la misma cantidad de agua pero con mayor cantidad de azúcar en solución. El detector es una celda fotoeléctrica, y lo que se mide es la concentración de la solución de azúcar. Según esta ley, de Beer, si hiciéramos que un rayo de luz atravesara el primer vaso, la cantidad de luz que saldría del otro lado sería mayor que si repitiéramos esto en el segundo, ya que en este último las ondas electromagnéticas chocan contra un mayor número de átomos o/y moléculas y son absorbidos por estos. La Ley de Beer afirma que la cantidad de luz absorbida por un cuerpo depende de la concentración en la solución mientras que para la Ley de Lambert de la distancia recorrida por la luz, mientras que la Ley de Bouguer (también conocida como ley de Lambert Bouguer y Beer), se trataría de combinar

la distancia y la concentración (elementos esenciales de lo que se hace depender la absorción de la luz de las dos leyes anteriormente citadas).

Tratando de extrapolar lo sucedido con esta Ley y estudio y la reflexión que sobre la contratación entre empresarios/as venimos acometiendo parte de la doctrina y los operadores jurídicos bien podríamos aludir a la siguiente ecuación: «de La ley de BEER-LAMBER-BOUGUER y al control de transparencia entre empresarios (CTE o CTPymes) de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA-BARRAL VIÑALS¹⁶, ORDUÑA MORENO y SÁNCHEZ MARTÍN¹⁷ y SERRANO NICOLÁS y SÁNCHEZ GARCÍA^{18, 19}». Porque todos nosotros, desde distintos ámbitos (académico, judicial, notarial, abogados) venimos defendiendo esta tesis que cada día cuenta con más adeptos.

Es imprescindible, pues, la reflexión y el debate académico-científico²⁰ sobre el control en la contratación entre empresarios/as. Un debate que cuenta con firmes defensores (CÁMARA LAPUENTE²¹) y detractores (CARRASCO PÉRRERA²²) lo que evidencia que es un tema sobre el que hay que debatir y reflexionar para lograr aclarar cuáles son los remedios (acciones, medios de tutela)²³ de que dispone el/la adherente (consumidor o no) frente al predisponente (entidad financiera) en la contratación seriada (estandarizada) entre empresarios/as.

II. OPACIDADES EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN PYMES Y AUTÓNOMOS/AS

1. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIÓN: LOS CONTROLES DE INCORPORACIÓN, TRANSPARENCIA Y CONTENIDO EN LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LA QUE PARTICIPAN ADHERENTES: CONSUMIDORES O NO

Tradicionalmente se ha venido defendiendo en España que (1) el control de incorporación y el de contenido²⁴ son dos controles distintos a los que alude la LCGC dirigida a reglamentar la contratación seriada, con condiciones generales, en la que interviene el adherente sea o no consumidor/a. También se ha defendido, con acierto a nuestro modo de ver, que (2) «Donde no debe haber control de contenido (cosa que sucede, tal y como indica el Supremo en la STS, Sala Primera, (Pleno) de 9 de mayo de 2013, en las cláusulas predisuestas relativas a las cláusulas suelo mayor debe ser la exigencia del control de inclusión y, por ende, también mayor protagonismo e importancia adquiere el (doble) filtro de transparencia al que alude el Supremo²⁵. Pero además, (3) la importancia del control judicial, objetivo prioritario de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando el resto de controles preventivos, (1) bancario, (2) notarial y (3) registral, han fallado, está fuera de toda duda.

Conscientes, pues (1) de la importancia, creciente, del control *ex ante* a cargo de las entidades financieras, de los notarios y registradores de la propiedad y, (2) de que hoy por hoy los/as empresarios/as están desatendidos incluso a nivel legal —tengamos en cuenta que la Ley de protección de deudores hipotecarios centra su atención en el/la consumidor/a y en la vivienda habitual, así como también la novedosa causa de oposición a la ejecución por cláusulas abusivas o de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria o la participación del deudor en las plusvalías generadas por adjudicación y venta están previstas únicamente para la contratación con consumidores/as y no entre empresarios/as. Y conscientes, también tanto (2) de que el control de transparencia es un control de inclusión cualificado que se residencia en la LCGC y no en el artículo 82 TR-LGDCU (tal y como han indicado, correctamente las SSTS, Sala Primera (segunda plenaria, de 8 de septiembre de 2014) y 2 de diciembre de 2014. Recordemos que la Ley de condiciones generales de la contratación mereció en 1998, fecha en que se publicó la LCGC, una atención específica del legislador que permitiera *frenar los excesos o abusos* en los que el predisponente de las condiciones generales (la entidad financiera) incurría frente al adherente (persona física o jurídica, consumidor, autónomo o pyme). A estas alturas, prácticamente nadie puede poner en duda, tampoco el Supremo, que nos encontramos ante un nuevo modelo de contratación (estandarizada), que se diferencia, claramente, del esquema tradicional del *contrato por negociación* cuya regulación se ha mostrado insuficiente y superada por la doctrina jurisprudencial en general y por la de transparencia, en particular, basada en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (y no en el Derecho de Consumo) tal y como se advirtió en la STS, Sala Primera, 18 de junio de 2012 (verdadero germen delimitador del control de transparencia), y se ha matizado en la STS, Sala Primera del TS, en Pleno, 8 de septiembre de 2014, y 2 de diciembre de 2014 según la cual, «...aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva 1993, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante puede ser objeto del control por la vía de inclusión y de transparencia (arts. 5.5 y 7 LCGC y 80.1 a) LGDCU»²⁶. Tras esta matización se corrigen, en parte, los excesos cometidos, a nuestro juicio, por la STS, Sala Primera (en pleno) de 9 de mayo de 2013, al conectar el control de transparencia con el juicio de abusividad guiado por el hecho, quizás, de que se trataba de cláusulas suelo insertas en contratos con consumidores/as.

Somos conscientes, además, que el debate, a favor y en contra del control de inclusión, transparencia y contenido propio de la contratación con consumidores/as (aceptados unánimemente²⁷) pero con mayores titubeos en la contratación por empresarios —un control discutible para muchos, pero para otros no²⁸. Se siga una u otra tesis²⁹, lo cierto es que los controles de incorporación, transparencia y contenido deben ser informados, interpretados y aplicados en

virtud de los (1) *principios de buena fe contractual* (ex art. 1258 del Código Civil)^{30, 31}—que constituye el eje sobre el que pivota el principio de orden público económico—, (2) el *principio de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones*—que supone una proyección de la directriz de conmutatividad del comercio jurídico el eje sobre el que pivota el principio del orden público económico—, y (3) el *principio de conservación del contrato*—principios que, tal y como ha advertido el magistrado del Supremo y Catedrático de Derecho Civil (ORDUÑA MORENO)³² modernamente ya no actúan como meros «criterios interpretativos» del contrato (lo que sucedía tradicionalmente en la contratación entre particulares pensada y prevista en el Código Civil en el que predomina la contratación por negociación y en el que se pone el énfasis a la existencia o no del consentimiento por parte del contratante), sino como «criterios valorativos» a los efectos de determinar la justicia contractual de la condición predispuesta a los efectos de que pueda operar su eficacia obligacional entre las partes o no.

Analicemos, pues, cuál es la postura del Supremo y la jurisprudencia menor, en torno a proteger en mayor o menor medida a los adherentes consumidores o no. Comprobemos que sobre este tema surgen dudas y nuevos debates que hacen patente que son muchas, aún, las opacidades que se ciernen en torno a un control que debe ser transparente si lo que pretende es regular una contratación, seriada, en la que el consentimiento de adherente pasa a un segundo plano frente a los deberes especiales del predisponente que se encuentra en el otro lado de la relación contractual. Y es que, hasta hace relativamente poco tiempo, el control de transparencia al que alude el Supremo y al que se han acogido numerosas sentencias del Supremo y Audiencias, resultaba de aplicación a «todo/a consumidor/a», con independencia de su formación, experiencia, cualificación profesional y demás condiciones personales. Desde entonces, una gran mayoría de jueces y magistrados, también de doctrina, venía interpretado que el control de transparencia debía ser exigido y aplicado con total independencia del conocimiento y formación de los prestatarios en base a dos argumentos. Nos preguntaremos si esta visión está cambiando y si, de futuro, cambiará tal y como propone alguna jurisprudencia menor dispuesta a extender, otras veces no, el control de transparencia a consumidores con formación y cualificación profesional. También nos cuestionaremos, a continuación, si dicho control resulta de aplicación a las microempresas, los pequeños y medianos empresarios y a los autónomos tomando en cuenta la batalla quijotesca que en su favor ha emprendido la jurisprudencia menor.

2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN SERIADA CON ADHERENTES: CONSUMIDORES, PYMES Y AUTÓNOMOS/AS

Desde que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno, ha asumido la doctrina jurisprudencial europea sobre transparencia (SSTJUE de 13 de marzo y

21 de marzo de 2013, 30 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 15 de enero de 2015)— reformulando esta doctrina jurisprudencial dictando, en Pleno por la Sala Primera sentencia de 9 de mayo de 2013³³, en virtud de la cual asumió la doctrina ya sentada por la STS, Sala Primera, 18 de junio de 2012³⁴ —sentencia que constituyó, en su día, el verdadero germen del control de transparencia en la contratación seriada pero que no causó tanto revuelo mediático³⁵—; numerosas han sido las ocasiones en las que, el Supremo reunido en Pleno ha refrendado, matizado y configurado (en parte) el régimen jurídico aplicable al control de transparencia tal y como ha hecho, entre otras en las SSTS, Sala Primera, 8 de septiembre de 2014 (segunda plenaria³⁶), 24 y 25 de marzo³⁷ (tercera³⁸ y cuarta plenaria)^{39, 40} —relativa a la eficacia prospectiva de la declaración de nulidad de la cláusula suelo hasta la fecha de 9 de mayo de 2013 y que hoy se encuentran a la espera de la decisión por parte del TJUE de ocho cuestiones prejudiciales planteadas sobre el particular por distintos juzgados entre los que se encuentra el de nuestra ciudad (el primero que suscitó sus dudas sobre el particular). Tal y como se afirma del voto particular que acompaña a la STS, Sala Primera, 8 septiembre 2014 (segunda plenaria) resumiendo, con claridad, la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquél le proporcionó.

Tras esta doctrina jurisprudencial corroborada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo (entre otras, en las SSTS, Sala Primera, 11 y 12 de marzo de 2014, 15 y 21 de abril de 2014^{41, 42}, 26 de mayo de 2014, 12 de septiembre de 2014, 22 de octubre de 2014, 3 de noviembre de 2014, 2 de diciembre de 2014⁴³, 11 de febrero de 2015, y 24⁴⁴, 29 y 30 de abril de 2015, 23 de diciembre de 2015⁴⁵ y, en la actualidad, por numerosísimas Audiencias Provinciales⁴⁶), sabemos, con claridad (transparencia) que, las cláusulas suelo, incluidas en la contratación con consumidores, también en la contratación entre empresarios/as: (1) son lícitas, válidas y legales (*per se*), (2) definen el objeto principal del contrato, porque forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario permitiendo conocer el reparto de riesgos (precio y contraprestación) y, que como tales, no pueden ser examinadas por su abusividad porque respecto de ellas no cabe un control judicial de contenido salvo cuando no superen un doble filtro de transparencia —un control de incorporación y un reforzado y específico control de transparencia—, (3) cuya validez y eficacia descansa, fundamentalmente, en la asunción (imposición) por parte del predisponente de una serie de «especiales deberes de información en la fase precontractual» que configuran el negocio jurídico en serie o estandarizado de cuya incorporación, transparencia (comprensión no solo formal sino real) y contenido depende en última instancia la *eficacia*, nulidad o no, de la cláusula predispuesta.

1. Lícitas⁴⁷ y válidas en sí mismas (*per se*) —y por tanto, legales (premisa sobre la que insiste el propio Banco de España en su informe de 27 de abril de 2010⁴⁸—).

2. Definen el objeto principal del contrato, porque forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario permitiendo conocer el reparto de riesgos (precio y contraprestación) y, que como tales, no pueden ser examinadas por su abusividad porque respecto de ellas no cabe un control judicial de contenido (control de precios) (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE) salvo que no superen el doble filtro de transparencia; hipótesis en cuyo caso, y tratándose de consumidores el Supremo parte de presumir automáticamente su abusividad y consiguiente nulidad, siempre que superen el doble filtro de transparencia establecido por la STS de 9 de mayo de 2013, según el cual:

- a) el (*primer*) *control de incorporación*, al que se refiere la STS de 23 de diciembre de 2015 que atiende a una mera transparencia documental o gramatical de la cláusula, establecido por los requisitos de transparencia de la LCGC, dirigido a garantizar que el adherente haya conocido —o al menos ha podido conocer— que el contrato contiene una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés; control que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula y,
- b) el (*segundo*) *control reforzado o específico de transparencia para los elementos esenciales del contrato*, dirigido a la comprensibilidad real del contrato de la carga económica del contrato conforme determina la STS, Sala Primera, 9 de mayo de 2013 y se infiere de las SSTJUE, 30 de abril de 2014 (apartado 73) y 21 marzo 2013 (apartado 49), que garantiza que, al tiempo de celebrarse el contrato, el consumidor conocía las consecuencias económicas y jurídicas que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran —o no— dicha cláusula en cuestión y conociera también la distribución de riesgos propia del contrato.

3. La validez y eficacia de este nuevo modo de contratar descansa, fundamentalmente, en la asunción (imposición) por parte del predisponente de una serie de «especiales deberes» que configuran el negocio de cuya incorporación, transparencia (comprensión no solo formal sino real) y contenido depende en última instancia la *eficacia*, nulidad o no, de la cláusula predispuesta. La particularidad de este tipo de contratación radica en el hecho de que pasa a un segundo plano el consentimiento real del adherente porque se parte del hecho de que en este tipo de contratación existe un claro desequilibrio o predominio de la situación del predisponente sobre la del adherente, sea o no consumidor. Un desequilibrio o predominio inversamente proporcional al tamaño de la empresa con quien la

entidad financiera contrate; lo que significa que a menor tamaño las reglas de esta nueva forma de contratar se aproximan a la normativa de condiciones generales o de consumo (hipótesis en que resulta imprescindible que el adherente sea considerado consumidor) y viceversa, a mayor tamaño de la empresa adquiere mayor protagonismo el consentimiento real y la capacidad de negociación de la cláusula predispuesta porque se iguala el equilibrio de fuerzas propio de una contratación por negociación entre iguales (particulares o empresarios/as). La abusividad no obedece al hecho de que no exista cláusula techo o porque exista desproporción entre el suelo o el techo sino por el hecho de no ser transparentes y ser el adherente un/a consumidor/a, tal y como matiza, con buen criterio, la STS de 29 de abril de 2015 (con cita de la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014), no es preciso que exista un equilibrio económico entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo. Es más, las cláusulas suelo son lícitas aunque no coexistan con cláusulas techo, puesto que forman parte del precio del contrato y corresponde a la iniciativa empresarial decidir el interés al que presta el dinero. En este sentido, advierte la STS de 9 de mayo de 2013 que (...) la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la mera exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una *posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto*.

4. Las cláusulas suelo pueden y deben ser controladas judicialmente, de oficio o a instancia de parte, al amparo de una acción individual o colectiva —tal y como, recientemente, ha recordado la STJUE de 14 de abril de 2016⁴⁹ y la SJMerc Madrid, núm. 11, de 7 de abril de 2016 (a favor de ADICAE), en virtud de las cuales se recuerda que el control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la STS de 9 de mayo de 2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia)⁵⁰—. Negar la posibilidad de un control abstracto obligaría a cada consumidor/a a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva; lo que supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1). La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa.

Hasta la fecha, cada día son más las Audiencias Provinciales que siguiendo la inercia y sugerencias del control de transparencia de la cláusula suelo del

Tribunal Supremo vienen concediendo la nulidad por falta de transparencia en el caso de la contratación con consumidores (entre otras, las SSAP Ourense, Sección 1.º, 29 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 344); SAP Burgos, 28 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 3.ª, 28 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1331); SAP Burgos, 28 de mayo de 2015; SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.º, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389); SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.º, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389); SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210); SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210); SAP Burgos, 28 de mayo de 2015; SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.º, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389); SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210). SAP León, 2 de mayo de 2015; SAP Salamanca, 19 de mayo de 2015; SAP Salamanca, 15 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 4.ª, 15 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1347); SAP Barcelona, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3211); SAP Valladolid de 11 de mayo de 2015; SAP Burgos, Sección 3.º, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 374); SAP Guadalajara, Sección 1.º, 12 de mayo de 2015; SAP Albacete, Sección 1.º, 6 de mayo de 2015; SAP Asturias (Oviedo), Sección 5.ª, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1288); SAP Asturias, Sección 6.º, 18 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 4.ª, 20 de mayo de 2015; SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 4.ª, 20 de mayo de 2015; SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 4.ª, 15 de mayo de 2015; SAP Barcelona, Sección 15.ª, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210); SAP de Valladolid, Sección 3.º, 16 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 58)⁵¹.

Lo cierto es que, cada día son más las Audiencias Provinciales que llegan a la conclusión de que las cláusulas suelo analizadas son transparentes por considerar que hubo (1) información suficiente por el predisponente (la entidad financiera), (2) porque se subrogó en un préstamo hipotecario y por tanto era el vendedor el obligado a ofrecer dicha información, (3) o por el carácter empresario/a del adherente —una cuestión que trataremos con la suficiente profundidad más adelante.

1. En efecto, cada día son más las Audiencias Provinciales que concluyen que el predisponente fue suficientemente *informado* sobre la existencia, contenido y alcance de la cláusula-suelo porque: (a) o bien, se trataba de una «redacción clara, concreta y sencilla» de la cláusula, «al fijar un tipo mínimo del 3% al interés variable y un tipo máximo» por tanto, «el ámbito de fluctuación del interés se consigna pues con nitidez», (b) o bien, la estipulación estaba subrayada por lo que se puede considerar que su función aparece destacada, (c) o bien, porque se podía deducir que el contratante tuvo oportunidad real de conocer la estipulación antes de celebrar el contrato, bajo presunción de veracidad del notario autorizante de la escritura quien hace constar que dio lectura de su redactado al contratante, carente de complejidad u oscuridad en

el extremo contemplado (en este sentido se expresan, las SAP Barcelona, Secc. 15.^a, 17 de mayo y 28 de abril de 2016 y la SAP Asturias de 1 de diciembre de 2015). Algunas Audiencias aluden al hecho de que (i) del contenido de la escritura se advierte con claridad que hubo suficiente información, (ii) o que dos o tres años después de la celebración del contrato, las partes hubieran llegado a un acuerdo novatorio por el que reducían el suelo (en este sentido, SAP Valladolid, Sección 3.^a, 11 de mayo de 2015, SAP Asturias de 19, 20 y 25 de mayo de 2015, SAP Coruña, Sección 4.^a, de 20 de mayo de 2015 y el Auto de la AP Sevilla, Sección 5.^a, 15 de diciembre de 2015). En particular, en el Auto de la AP Zaragoza, Sección 5.^a, 19 de noviembre de 2014 se concluye «no puede hablarse de falta de transparencia y de claridad cuando el sencillo documento aportado que era la propuesta vinculante realizada en forma, que luego ciertamente fue desarrollada en forma poco clara por la escritura de préstamo hipotecario, fija los límites —tipo de interés máximo y mínimo— del préstamo de interés variable». De hecho, suele ser un criterio relevante analizar si la celebración del contrato —y su documentación en la escritura pública— se realizó tras una fase precontractual en la que el banco hubiera facilitado o no los términos esenciales del préstamo de forma resumida e individualizada incluyendo —o no— la cláusula-suelo en dicha oferta.

2. Otras, argumentan que los *prestatarios se subrogaron en la escritura de constitución del préstamo* hipotecario que el promotor concertó con la entidad, hipótesis en las que la jurisprudencia menor está dividida en torno a determinar a quien corresponde el deber de información si a la mercantil promotora/vendedora o a la entidad financiera⁵² (en este sentido, *vid.*, entre otras, la SAP Salamanca, Sección 1.^a, 19 de mayo de 2015; SAP Cáceres, Sección 1.^a, 3 y 7 de julio de 2014; SAP Jaén, Sección 1.^a, 14 de mayo de 2014; SAP Gerona, Sección 1.^a, 2 de octubre de 2014)⁵³.

3. Las hay, incluso, que aluden a que el adherente no era consumidor/a sino empresario/a, oponiéndose, por tanto, a extender respecto de él la normativa de condiciones generales de la contratación y la de consumidores y usuarios. En este sentido, entre otras, la SAP Vizcaya, Sección 1.^a, 1 de diciembre de 2015, SAP Girona, Sección 1.^a, 16 de marzo de 2015, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, 29 de noviembre de 2013 —una «opacidad» más que plantea el control de transparencia judicial analizado desde el punto de vista del ámbito subjetivo al que pasamos a dedicar nuestra atención a continuación.

2.1. LA IMPORTANCIA CRECIENTE DEL CONTROL BANCARIO, NOTARIAL Y REGISTRAL EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

Uno de los objetivos pretendidos de la Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso

residencial es potenciar no solo la educación financiera (imprescindible no solo cuando el adherente es consumidor/a sino, también, cuando es empresario/a) sino, además, el control *ex ante* del clausulado de la escritura de hipoteca, enfocado a la información del consumidor y garantía de la seguridad jurídica preventiva. Centrando nuestra atención en esta última cuestión y convencidos de que de lograrse no solo ahorraría un importante número de litigios antes los tribunales, sino, además y fundamentalmente, evidenciaría la concienciación en los operadores jurídicos de la necesidad de controlar la posible nulidad o abusividad del clausulado de los préstamos hipotecarios o productos financieros complejos, tal y como se ha advertido «en ciertos preceptos orientados a la información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito, como es el artículo 13, relativo a la información general y contenido mínimo del contrato; o el artículo, relativo a la información precontractual»⁵⁴, que se hará constar en la *Ficha Europea de Información Normalizada* (en adelante, FEIN)^{55, 56}... «la FEIN ha de ser clara y comprensible, a fin de superar el control de contenido y ser transparente, luego no se trata de una oferta propiamente dicha con cuya aceptación queda perfeccionado el contrato»⁵⁷. Conscientes, sin embargo, de que los avances obtenidos, hasta la fecha, centran su atención, fundamentalmente en la figura del adherente consumidor/a y no en la del adherente empresario/a, veamos cuáles han sido, hasta la fecha, los pasos acertados o no en la dirección de darle importancia a este tipo de control de legalidad convencidos de que de las entidades financieras, de los/as notarios y registradores/as de la propiedad (también de la educación financiera) depende, en última instancia reconducir la función judicial a aquellas hipótesis en que, en realidad, operando los filtros preventivos hallan fallado (objetivo final, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación).

1. El «primer filtro de transparencia» que debe operar, ha de producirse en la entidad financiera llamada a cumplimentar la normativa bancaria sobre transparencia prevista en la OM de 5 de mayo de 1994 y en la Orden de 28 de octubre de 2011 —*ex* artículo 25— dirigidas a eliminar el efecto sorpresa del préstamo hipotecario. Tampoco con la entrega de la oferta vinculante y el cumplimiento de los demás requisitos previstos en la normativa administrativa sobre transparencia bancaria, puesto que la OM de 5 de mayo de 1994 establece unos deberes informativos extremadamente básicos que, en la práctica, se solventan con la entrega de la oferta vinculante y en la advertencia de la inclusión de la cláusula por parte del notario en el momento de la firma del contrato de préstamo hipotecario, momento inidóneo para que el adherente se replantee su decisión de contratar. El TJUE en sus sentencias de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, la situación de desigualdad del cliente frente a la entidad bancaria, desigualdad que se produce no solo en la contratación con consumidores, sino también entre empresarios cuando intervienen microempresas, pymes y autónomos/as exige que la entidad financiera proporcione una información

clara y detallada al cliente del contenido del contrato, a fin de que comprenda lo que está firmando y sea consciente de las posibles consecuencias que se deriven del mismo, evitándole futuras consecuencias perjudiciales. En orden a reforzar los deberes de información exigidos en la citada OM son insuficientes al efecto eliminar el mencionado efecto sorpresa de este tipo de cláusulas (aparece corroborado por la normativa posterior que ha reforzado extraordinariamente el deber de transparencia) se modificó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, requiriendo la inclusión en el contrato, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, en el caso de que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las cláusulas suelo y techo y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, exige la inclusión de los límites a la variabilidad del tipo de interés en la ficha europea de información normalizada (FEIN).

2. El «segundo filtro de transparencia» se debe producir en el momento en el que se redacta y suscribe la escritura pública a cargo del control notarial al que alude, recientemente, la STJUE, Sala Primera, 1 de octubre de 2015⁵⁸. El papel del notario en la contratación hipotecaria debe ser llevar a cabo un control preventivo de la escritura de hipoteca, basado en la información clara y concreta al/la consumidor/a del contenido del contrato y de las consecuencias que puede implicar su aplicación, y ello antes de su firma. Ahora bien, consideramos que no debe interpretarse esta idea en el sentido de atribuir al notario la competencia para declarar la abusividad de una cláusula, tal y como han criticado algunos autores expertos en la materia, pues se trata de una competencia propia de la vía judicial, sino que, en el supuesto de que el notario considere que una cláusula puede ser abusiva, debe ponerlo en conocimiento e informar a las partes de tal situación, y comprobar que el contrato no contiene cláusulas declaradas nulas con anterioridad en sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, RCGC)⁵⁹. Recientemente, sin embargo, el Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, en sentencia de 7 de marzo de 2016, ha declarado que los notarios no son competentes para anular préstamos hipotecarios (rechazado el recurso interpuesto y ha anulado el artículo 30.3 y 4 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios por falta de habilitación legal para regular la competencia del control de legalidad de los notarios). A la vista de lo sucedido, el propio Consejo del Notariado espera que el futuro Gobierno incluya el control de legalidad del notario en el texto de una ley, «puesto que esta era la voluntad del legislador cuando la incluyó en la normativa». En este sentido, habrá que analizar si tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, de

2 de julio (DF 11.^a), entre las causas de suspensión del procedimiento de venta extrajudicial, ante notario, por nulidad de las cláusulas suelo, a tenor del artículo 76.3 de la Ley del Notariado de 1862 —un precepto que alude como causas de oposición en la venta extrajudicial al carácter abusivo o no transparente de alguna de las cláusulas que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o hubiera determinado la cantidad exigible y que ha sido modificado por dicha ley— constituye o no, en parte, una elevación a rango legal del control preventivo de transparencia de creación jurisprudencial⁶⁰.

3. El «tercer filtro de transparencia» que debe llevarse a cabo corre a cargo de los registradores de la propiedad dado el carácter constitutivo de la hipoteca y puesto que corresponde a ellos (*ex arts.* 51 CE y 18 LH) encargase de impedir la inscripción de una cláusula abusiva que una vez inscrita obtenga fuerza ejecutiva del artículo 130 de la LH mediante el control de legalidad, un control *ex ante* efectivo de los intereses del consumidor. Tal y como, en su día establecieron las SSTJUE de 27 de junio de 2000 y la de 14 de junio de 2012, «la nulidad de una cláusula abusiva no tiene que ser necesariamente declarada en vía judicial»⁶¹, ya que el registrador puede rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad haya sido declarada mediante sentencia judicial firme. El espaldarazo, a favor de este control preventivo, recibido por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras en las resoluciones de 4 de febrero y 22 de enero de 2015, 3 de octubre y 5 de febrero de 2014 y 13 de septiembre de 2013 avalando y animando a los registradores, de toda España, a que filtren, de oficio, las cláusulas abusivas antes de su inscripción supone una apuesta decidida por este control de legalidad dirigido a comprobar que el consumidor conoce y entiende las consecuencias jurídicas y económicas que resulten del producto o servicio, luego «se trata de un control excluido del ámbito del contrato por negociación», debiendo notarios y registradores evaluar el cumplimiento de los requisitos de información precontractual establecidos, pues la protección del consumidor alcanza a la totalidad del proceso de contratación, y se inicia con la puesta a su disposición de la información suficiente del contenido del negocio jurídico⁶².

Nos sumamos, pues a las propuesta doctrinales de quienes consideran que hay que potenciar los cauces de control preventivo existentes, y crear otros nuevos, «ampliando las facultad de notarios y registradores»⁶³, o bien que la «Administración Pública se encargue de revisar periódicamente la denominada “lista negra” de cláusulas abusivas, retomando así la propuesta de la Conferencia Sectorial de Consumo de 1999, consistente en la elaboración de estudios e informes sobre cláusulas abusivas, invitando así al predisponente a su eliminación voluntaria del negocio jurídico, o bien mediante el ejercicio de acciones judiciales en caso contrario, pudiendo intervenir en este procedimiento el notario de oficio, quien se encargaría de denegar la autorización de este tipo de cláusulas, evitando de este modo su incorporación al contrato»⁶⁴, o bien que se cree una

auténtica Comisión de cláusulas abusivas⁶⁵, cuestión planteada por la Comisión Europea en 2008, mediante la Propuesta de Directiva sobre protección de consumidores, donde sugería la creación de un Comité sobre Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁶⁶».

2.2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN SERIADA (ESTANDARIZADA) CON CONSUMIDORES/AS. LA FORMACIÓN O CUALIFICACIÓN DE LOS PRESTATARIOS. ¡UN NUEVO DEBATE SURGIDO EN LA JURISPRUDENCIA MENOR!

Hasta que se dictó la STS de 9 de mayo de 2013, el control de transparencia al que se han acogido numerosas sentencias del Supremo y de Audiencias, resultaba de aplicación a «todo consumidor/a», con independencia de su formación, experiencia, cualificación profesional y demás condiciones personales⁶⁷. En este sentido, una gran mayoría de jueces y magistrados, también de doctrina, venía interpretado que el control de transparencia debía ser exigido y aplicado *con total independencia del conocimiento y formación de los prestatarios en base a dos argumentos, fundamentalmente*: (a) que el préstamo hipotecario fue suscrito por el demandante en su condición de consumidor, en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional; (b) que su condición profesional o los conocimientos que pudiera tener el consumidor no excluyen los estándares de transparencia e información que pesan sobre la entidad bancaria demandada. De hecho y la gran mayoría de tribunales inferiores se muestran partidarios de sostener la falta de transparencia incluso en el caso de que el adherente fuera: (a) una *magistrada* en ejercicio (supuesto al que alude la SJMer, núm. 1 de Valladolid, 6 de junio de 2014, SAP Jaén, Sección 1.^a, 27 de marzo de 2014) o, (b) un *licenciado en derecho y abogado* en ejercicio, (supuesto al que alude la SAP Cáceres, Sección 1.^a, 7 de julio de 2014, en virtud de la cual se advierte que el hecho de que el demandante sea licenciado en derecho y abogado en ejercicio «no empaña en absoluto» la estimación de la demanda de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia). Tomar en consideración que el control de transparencia debía de ser aplicado a todo «consumidor/a medio» a la luz de las circunstancias concretas del caso (criterio objetivo) y no en atención a la comprensión por el concreto consumidor/a afectado/a (criterio subjetivo) ha sido la postura del TJUE (en SSTJUE 26 de febrero de 2015 y 24 de abril de 2014) y del propio Supremo (en SSTS de 24 de marzo de 2015 y el voto particular de Ignacio SANCHO GALLARDO interpuesto a la STS de 8 de septiembre de 2014). Sin embargo, un nuevo debate está surgiendo en la jurisprudencia menor dispuesta, según parece, a dar giro en esta cuestión reaccionado en contra de esta postura y mostrándose partidaria de sostener que la «cualificación profesional de los/as demandantes» ha de ser un criterio auxiliar del juez para denegar o no la falta de transparencia de la cláusula suelo.

Hasta la fecha, que conozcamos, son ya varias las ocasiones en las que se ha denegado la falta de transparencia en atención a la cualificación o formación del prestatario como criterio auxiliar a tomar en consideración, denegando el carácter transparente de la cláusula suelo a (1) una abogada y su marido, juez en ejercicio, y (2) una inspectora de consumo.

1. *Una abogada y su marido* (juez) son condenados a pagar las costas judiciales de su demanda en la que pretendía anular la cláusula suelo (criterio subjetivo) en base a considerar que la formación y cualificación de los prestatarios impide alegar la falta de transparencia de la cláusula suelo. En este sentido, la SJMerc, núm. 2, Barcelona de 30 de abril de 2016—, advierte que, «Ambos firmaron un préstamo hipotecario de 240.000 euros con Banco Popular el 5 de octubre de 2006 que incluía una cláusula suelo limitando el tipo de interés mínimo que pagarían durante la vida del contrato en un 2,25%. El 7 de mayo de 2014, los clientes demandaron a la entidad solicitando la nulidad de esta cláusula suelo al considerar que era abusiva y la devolución de las cantidades cobradas de más por la aplicación de esta condición... El texto de la cláusula, concretamente la «tercera bis 4» de la hipoteca, que incluía también un techo, rezaba así: «Las partes acuerdan que, a efectos de obligaciones, el tipo resultante del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 2,25% nominal anual ni superior al 12,25% nominal anual». La hipoteca, fue contratada «on line», los demandantes recibieron varios correos electrónicos de la entidad y un folleto informativo en los que aparecía «la existencia de un tipo mínimo del 2,25%», tal y como consta en la documentación aportada a la causa por la entidad financiera. Además, añade, en el último mail que les remitió Banco Popular con la oferta vinculante se hacía «especial mención a que revisaran la cláusula suelo en cuestión». A la luz de esta circunstancia, prosigue el juez, uno de los demandados, «magistrado de profesión, reconoció que es posible que conociera la existencia del tipo suelo en su hipoteca y que esta era del 2,25%». «Con este planteamiento», asume el titular del juzgado barcelonés, la aplicación de la legislación de defensa del consumidor y de la referida doctrina del Tribunal Supremo, «no permite la anulación de la citada cláusula» y dice, «No puede dudarse de que los actores conocían la trascendencia del acto y que eran conocedores de la carga económica y jurídica que representaba. Y puede afirmarse también que la entidad bancaria, cumplió con el doble control de transparencia establecido», reza el fallo, fechado el pasado febrero. Su autor asume que la redacción de la cláusula «resulta lo suficientemente clara» y destaca que el propio demandante «reconoce» su existencia.

b) Una *inspectora de Consumo* de la Junta de Castilla y León que poseía estudios superiores y, además, ostentaba el cargo de administradora de una mercantil dedicada precisamente a la compra y venta de inmuebles (supuesto al que se refiere la SAP de Valladolid, Sección 3.^a, 16 de marzo de 2015 revoca

la SJMerc, núm. 1, Valladolid 6 de junio de 2014, advierte, en su FD Segundo, en el que analiza la «personalidad de la prestataria», que, «... la prestataria no es una persona normal con conocimientos medios. Es una profesional que se dedica a la compra y venta de inmuebles. Está directamente relacionada con este medio. Su empresa, de la que es administradora se dedica a esta actividad. Bien las compras las haga para su entidad o para terceros está familiarizada en este ámbito profesional... Siendo ella quien aconseja a sus clientes no podrá aducir ignorancia cuando es ella quien tiene la condición de prestataria en el contrato que analizamos»⁶⁸. También en la SAP Valencia, Sección 9.^a, 10 de marzo de 2015, se confirma que la cláusula suelo supera el control de incorporación por la claridad y transparencia de la cláusula suelo litigiosa, por lo que entra a valorar las circunstancias personales de la parte actora y las concretas circunstancias en las que se llevó a cabo la operación de financiación y concesión del préstamo hipotecario en el que se insertó la cláusula litigiosa, para concluir que atendiendo a las mismas, la parte actora si tuvo pleno conocimiento de su existencia, efectos y consecuencias.

A la luz de esta última y reciente jurisprudencia menor no sabemos bien si se puede confirmar que existe ya un cambio y si, de confirmarse dicho cambio, es o no positivo⁶⁹, si pone o no las cosas en su sitio, o si por el contrario comporta un paso a través en la medida en que el criterio subjetivista debería quedar relegado a los expedientes de error-vicio el consentimiento⁷⁰.

2.3. EL (REDUCIDO) CONTROL ENTRE EMPRESARIOS/AS. POSIBLES REMEDIOS DE QUE DISPONE EL/A ADHERENTE-NO CONSUMIDOR/A PYMES Y AUTÓNOMOS/AS

Estamos convencidos de que el control de transparencia de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato debe residenciarse en la LCGC, como una forma de control de inclusión cualificada, no en el artículo 82 TR-LGDCU⁷¹ tal y como ha aclarado la STS, Sala Primera, de 8 de septiembre de 2014, y de que dicho control tutela y ampara a todo adherente en el que pensó el legislador (esto es la LCGC), sea o no consumidor, sea o no personas físicas o jurídica⁷² porque también estas últimas han sufrido de «tapadillo» —como hemos descrito en otra ocasión⁷³— la falta de información y/o transparencia de la cláusula suelo. En este sentido, y aún conscientes de que los/as empresarios/as (profesionales, autónomos/as y pymes) con la ley en la mano (y la aplicación jurisprudencial unánime que viene haciéndose de la misma) no son consumidores/as, pero sí adherentes⁷⁴ y usuarios de servicios bancarios le son de aplicación la LCGC, la normativa bancaria y, supletoriamente, el Código Civil; una vez se acredite que no superan el control de incorporación y el doble control de transparencia conforme los artículos 5.5, 7.1 b) LCGC, serán nulas las cláusulas que sean contrarias a la Ley, la moral y el orden público

(art. 1255 y art. 6.2 del Código Civil), por contravenir el principio de buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil). No resulta, sin embargo, de aplicación, en el caso de que el adherente sea un trabajador autónomo o una Pyme el listado de cláusulas abusivas contenido en el TRLCU aplicable, únicamente, para cuando el contratante es un consumidor —lo que, por otro lado, parece lógico. Veámos, pues cual es la doctrina del Tribunal Supremo y el criterio de las Audiencias Provinciales sobre el particular.

2.2.1. La nulidad del producto financiero complejo a través de la aplicación del error-vicio del consentimiento por deficiente información precontractual (ex art. 1261 del Código Civil)

El Tribunal Supremo en estos últimos años ha dictado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre error-vicio del consentimiento que aplica a la contratación de productos financieros complejos (por ejemplo, preferente, swap, cap/floor) por deficiente información en la fase precontractual (*ex art. 1261 del Código Civil*) sea quien sea el adherente: consumidor/a o no. Son numerosísimas ya las ocasiones en las que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de la cláusula predisposta compleja contratada en atención al hecho de considerar que han padecido vicio-error en el consentimiento (*ex art. 1261 del Código Civil*).

Las últimas y más recientes sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, sentencias de 19 de mayo y de 22 de abril de 2016, cuyos ponentes son Rafael SARAZA JIMENA e Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO (respectivamente). Centrando nuestra atención en la sentencia, de 22 de abril de 2016, la recurrente, una mercantil que solicita en casación la nulidad de la cláusula predisposta por abusividad de la cláusula, alegando falta de transparencia, gana el recurso frente a la entidad financiera admitiendo el Tribunal Supremo la nulidad de la cláusula (no su abusividad) en base a considerar que hubo vicio del consentimiento de dos contratos de swaps y dos contratos cap/floor (o ganas tú o gano yo) por infracción del artículo 70 quáter⁷⁵ en relación con los artículos 78 y 79 LMV, introducidos en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la expresada Ley que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID).

Tal y como advierte el ponente en el Fundamento de Derecho tercero, (1) que dado que la normativa MiFID estaba vigente y era plenamente aplicable en su integridad a los contratos que nos ocupan le lleva a considerar que la mercantil respecto a la entidad financiera (predisponente) ha sufrido un vicio del consentimiento

debido a la falta de información precontractual. Advierte, además, que (2) hay que distinguir, cosa que no hace la Audiencia, la concurrencia, que a su juicio se produce, entre un «interés antagónico» entre las partes con el legítimo «interés comercial» de la entidad de crédito para obtener un lucro. Esta distinción, añade el magistrado, tiene especial importancia porque, si se aprecia la existencia de un interés antagónico, el banco tiene obligación de informar a su cliente de la existencia de dicho interés contrario al de su cliente, con la consecuencia inevitable de que de no hacerlo se produciría, cosa que a su juicio ocurre en este caso, un vicio en el consentimiento por error.

En esta ocasión, el Supremo considera que el interés del banco no es simplemente un interés comercial sino un interés antagónico; «la banca gana sólo cuando pierde el cliente y el cliente gana solo cuando pierda la banca». En este sentido, concluye, «Al ser antagónicos los intereses de los firmantes del contrato y al no haberse informado de esa circunstancia a los clientes, la entidad financiera ha infringido lo dispuesto en el artículo 70 quáter LMV, lo que afecta a la posibilidad que tenían de prestar un consentimiento libre e informado como pleno conocedor del contenido de los contratos suscritos».

Esta doctrina jurisprudencial que viene consolidando la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, 4 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 327) —referida a la contratación de un seguro de vida que era, en realidad, un *producto financiero complejo* de riesgo tal y como había sucedido con anterioridad— 7 de enero de 2015; 16 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 489), 15 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4237), 18 de abril de 2013, dictada en Pleno, (*RJ* 2013, 3387)⁷⁶. También, en otras ocasiones, el Supremo ha aludido a la distinción entre cliente minorista (no inversor profesional), la imputabilidad de la entidad en el error-vice del consentimiento padecido por la entidad (mercantil) en contra de la buena fe (*ex art.* 7) y al incumplimiento de la normativa MIFID, se llega a la misma conclusión declarando la nulidad por vicio de consentimiento, tal y como se aprecia, entre otras, en las STS, Sala Primera, 19 de mayo de 2016 (FD Quinto) remitiéndose a lo dicho en la STS de 16 de diciembre de 2015 según la cual: «El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, como entiende la Audiencia. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, “[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas”». Además, y remitiéndose a las 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, advierte que «la obligación de información que establece la normativa

legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que tampoco pueden considerarse correctas las afirmaciones de la sentencia respecto de que el cliente pudo pedir las aclaraciones precisas y que el error es inexcusable puesto que firmó sin comprender el contrato. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante y pese a no entender la compleja descripción del producto financiero contratado, podía confiar legítimamente que se trataba del producto que le interesaba, que le cubriera frente a las subidas de los tipos de interés y que no implicara riesgos de los que no hubiera sido informado adecuadamente». También en la STS, Sala Primera, 26 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 953), 12 de enero de 2015 (en Pleno) (*RJ* 2015, 608), 10 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5304), 7 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4313), 8 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4315), 20 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 781).

Queda por saber si en el futuro será esta la argumentación legal que ofrecerá el Tribunal Supremo a la hora de estimar o no la acción de nulidad por defecto de transparencia en el caso de que el recurrente sea un adherente no sea consumidor sino un/a empresario/a: autónomo, pyme o microempresa. Una alegación, que a nuestro juicio, no es la más idónea tratándose de condiciones generales predispuestas en las que la negociación (y por tanto, el consentimiento del adherente) pasa a un segundo plano frente al «deber especial» del predisponente en la información formal y real del adherente sea o no consumidor.

2.2.2. La nulidad de la cláusula suelo por incumplir el control de inclusión por deficiente información precontractual [ex arts. 5.5. y 7.1 b) LCGC y 80 TR-LGDCU] también para las empresas

Recientemente, ha estimado la SAP Soria, Sección 1.^a, 18 de febrero de 2016 la aplicación de los artículos 5.5. y 7 b) LCGC a las empresas (también la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón de 28 de abril de 2015, en virtud de la cual se concede la nulidad de la cláusula suelo a quien no es consumidor y sin retroactividad limitada), con claro apoyo a la tesis doctrinal que, hasta la fecha, viene abriéndose paso en la doctrina⁷⁷. Consciente la Sala, así lo confiesa, de que no fue esta la fundamentación jurídica de la demanda

sino que, por el contrario se alegó la falta de transparencia y consiguiente abusividad de la cláusula suelo, considera que aunque no se ha solicitado por ese motivo expresamente en el suplico, pero habiéndose solicitado de manera implícita, si tenemos en cuenta el conjunto de la demanda y conscientes de que dicho extremo se ha podido discutir, contradecir, en primera instancia y dado que la no incorporación y la nulidad, tienen efectos prácticos similares a los de la declaración de abusividad por defecto de transparencia, tal y como se había alegado por la defensa de la mercantil, concluye declarando la nulidad de la cláusula suelo por no incorporación en base a los artículos 5.5 y 7 b) LCGC y que por tanto, no se produce la incorporación al contrato⁷⁸.

En conclusión y, siguiendo esta tesis (nulidad de la cláusula suelo en empresas por no superar el control de inclusión), en la medida en que la LCGC resulta de aplicación *con independencia de las cualidades personales del adherente* (persona física o jurídica) *o lo que es lo mismo, con independencia de que sea o no consumidor*, añade en el Fundamento de Derecho Tercero⁷⁹, que a pesar de que de STS de 29 de abril de 2015 establece, siguiendo la línea marcada por la STS de 9 de mayo de 2013, que la cláusula suelo tiene el carácter de condición general de la contratación y regula un elemento esencial del contrato, y no queda excluida por ello de la normativa sobre cláusulas abusivas, advierte en la sentencia que «Debemos precisar que el control de inclusión de las condiciones generales de contratación (también denominado doble control de transparencia en la STS de 9 de mayo de 2013) debe cumplir con las normas de incorporación y de transparencia propiamente dicha. Tal como ha precisado tanto la jurisprudencia del TJUE como las sentencias de Tribunal Supremo deben diferenciarse ambos aspectos. Así la STS de 9 de mayo de 2013 señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión, así señala que «admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores».

Por lo que se refiere al control de incorporación la LCGC, en principio, exige para que se consideren incorporadas al contrato que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Y, además, a efectos de la incorporación de las condiciones generales al contrato, la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual sean quienes sean los adherentes en la contratación seriada (consumidores o no). Y es que, a través del primer control se examina la claridad de la propia cláusula del contrato, así como la manera en la que se incorpora al contrato. *Conviene tener presente que este primer filtro resulta de aplicación tanto en el caso de que el adherente sea un profesional como*

un consumidor (la cursiva es nuestra). Los parámetros de valoración son los artículos 5.5 y 7 de la LCGC:

Artículo 5.5: « La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez».

Artículo 7: «No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».

Siendo evidente, a la luz de lo antedicho, que la cláusula en cuestión no cumple los requisitos antes citados porque, «En el presente supuesto, la referida cláusula, difícilmente podría cumplir los requisitos de incorporación, y su control, pues curiosamente se observa en el contrato concertado, que en un primer momento, y bajo el epígrafe de “datos financieros de contrato”, se aludía a que «el margen diferencial constante era del 1%». Para luego, volver a insistir en este punto en la cláusula 9, de las condiciones particulares, donde quedaba fijado literalmente que «el tipo de interés para el saldo pendiente de recuperación del bien del primer periodo será el inicialmente pactado, para los sucesivos periodos el tipo de interés a aplicar al saldo pendiente de la recuperación del coste del bien, será el resultante de sumar un punto porcentual al último tipo básico de referencia que estuviera vigente en el segundo día hábil anterior a la fecha de revisión». Es decir, volvía a incidir de nuevo, claramente, en el tipo de interés aplicable. Y sorprendentemente en las hojas últimas de la póliza de contrato, y bajo el epígrafe «hoja anexa», y «explicación», es decir, complemento de lo ya pactado, y no modificación, se estableció la cláusula 6.4, donde se fijaba 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%». Es decir, en un contrato, aparece en dos ocasiones el tipo del 1%, para luego, sin motivo alguno, en la hoja final, en un anexo, se modifica lo pactado expresamente, para establecer un tipo contradictorio con el anterior, y sensiblemente superior, del 4%».

Pero lo más llamativo y, podríamos decir novedoso del fallo es la confesión que hace la propia Sala cuando advierte «ser consciente» de que la parte

demandante no (empresa) no ha solicitado de forma expresa la declaración de no incorporación de la cláusula, por vulneración del contenido de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, y sí, en cambio, la nulidad de la misma, por abusividad en la forma prevista en el artículo 8 de la misma. Un ¿error?, ¿fallo? en la propia fundamentación de la demanda que, sin embargo (dice) «... no es óbice para su apreciación de oficio» en base al principio *iura novit curia* porque, tal y como confiesa, «se deduce de la demanda analizada en su conjunto». En este sentido llega a la conclusión de que la cláusula suelo no resulta incorporada en el contrato y, por tanto, es declarada nula por no haber cumplido los requisitos previstos en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, aún y a pesar de que no se haya solicitado por ese motivo expresamente en el suplico, pero habiéndose solicitado de manera implícita, si tenemos en cuenta el conjunto de la demanda. En cualquier caso, y aun no habiéndose solicitado de manera expresa, como razona, pero habiendo podido ser discutida tal circunstancia por las partes, concluye declarando la no incorporación y la nulidad —de efectos prácticos similares a los que se produciría si se declarase la falta de transparencia de la cláusula con arreglo a la doctrina jurisprudencial.

Tal y como dice en el Considerando Jurídico Tercero la referida sentencia, «En primer lugar, la no incorporación y nulidad se encuentran íntimamente vinculadas. La Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, como indica en su Preámbulo, no se limita a transponer la citada Directiva, sino que 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 Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, también puede ser considerada consumidor.

En segundo lugar, esta regulación *ad extra* (más allá de lo exigido por la Directiva) se complementa con una mayor concreción *ad intra*, pues diferencia entre nulidad y no incorporación. Esta diferenciación, no obstante, no es plena, como se desprende de la contradicción, desde un punto de vista lógico, de los postulados de los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998, de cuya lectura conjunta se desprende que para un mismo hecho, la ausencia de cumplimiento de los requisitos de incorporación —como sería el caso—, se anudan dos consecuencias jurídicas: la no incorporación de la cláusula (art. 7) y la nulidad de la misma, por implicar la contravención de normas imperativas (art. 8). Por tanto, el legislador acaba aglutinando ambas situaciones, a lo que se une el hecho de que los efectos de la declaración de no incorporación son los mismos que los de la declaración de nulidad, de conformidad con los artículos 9 y 10 de la Ley.

Hasta la fecha, son numerosas las Audiencias Provinciales que, en 2015, se han mostrado partidarias de extender el control de transparencia a la contrata-

ción entre empresarios/as, entre las que cabría citar, sin ánimo exhaustivo, entre otras las siguientes: SAP de Córdoba, Sección 1.^a, de 30 de marzo de 2015, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, 5 de febrero de 2015; SAP Zamora, Sección 1.^a, 28 de enero de 2015; SAP Córdoba, Sección 1.^a, 21 de octubre de 2014; SAP Murcia, Sección 1.^a, 4 de diciembre de 2014; SAP, Sección 1.^a, Málaga, 30 de septiembre de 2014; SAP Córdoba, , Sección 1.^a, 31 de octubre, 21 de octubre y 17 de julio de 2014, SAP Barcelona, 26 de febrero de 2014 y SAP Cáceres, Sección 1.^a, 3 de junio de 2013 .

La primera vez que conozcamos, que una Audiencia Provincial utilizó idéntica argumentación legal (*ex arts. 5.5. y 7 LCGC*) fue (1) la SAP de Cáceres, Sección 1.^o, de 3 de junio de 2013, estableció que resulta de aplicación la normativa de consumidores y usuarios, declarando la nulidad de la cláusula suelo en un contrato de préstamo celebrado entre empresarios. En su fundamento sexto argumenta que la nulidad pretendida en la demanda se fundamentaba en el carácter abusivo de la cláusula suelo incluida en los contratos de préstamo hipotecario que los actores habían suscrito con la demandada, por falta de equilibrio en las prestaciones y obligaciones de ambas partes. Teniendo en cuenta los hechos en los que se fundamenta la demanda y los argumentos expuestos, se llega a la conclusión de que el examen de la cláusula impugnada por la entidad mercantil ha de hacerse desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (*RCL 1998, 960*) y no desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Desde este punto de vista, la cláusula suelo debe reunir los mismos requisitos de incorporación y transparencia que se exigen para cualquier condición general, aunque se emplee en la negociación entre profesionales (*arts. 5 y 7 LCGC*). (2) Un año después, en la SAP de Córdoba, Sección 1.^a, de 21 octubre de 2014 se argumentó que aunque la parte actora ostenta la condición de empresa, la cláusula suelo del contrato bancario en cuestión es abusiva y por ello nula y ha de ser considerada como condición general de contratación sometida al control de la LCGC. Esta sentencia establece en su fundamento primero que «aun no siendo posible la declaración de abusividad de una cláusula que afecta a consumidores, puede resultar de aplicación, como así lo fundamenta la actora en su escrito de demanda y advirtió esta Audiencia Provincial en la sentencia de su Sección 3.^a de fecha 18 de junio de 2013 (*AC 2013, 1880*) o en la más reciente de su Sección 1.^a de fecha 17 de julio de 2014 (*JUR 2014, 258485*) (rollo 660/14), la normativa general sobre condiciones generales de contratación, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 (*STS núm. 241/2013 (RJ 2013, 3088)*), en el fundamento jurídico 201, recuerda que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, diciendo: « En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre

empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC». (3) Al año siguiente, la SAP Zamora, Sección 1.º, de 28 de enero de 2015, advierte que, «En primer lugar debe ponerse de manifiesto que la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, resulta de aplicación tanto para personas físicas como para personas jurídicas, al ser definido su ámbito de aplicación subjetivo, en su artículo 2, en el que se señala que la Ley resultará de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional (persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional o empresarial) y una persona física o jurídica (adherente), actuando ésta última en el ámbito de su actividad profesional o empresarial o no. Es en atención a esta regulación que los criterios mantenidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 (*RCL* 2013, 3088), pueden ser aplicados a los contratos suscritos entre un profesional y una persona jurídica que lo concierta al efecto de conseguir financiación para su actividad empresarial, puesto que dicha sentencia considera que la cláusula que tratamos, aunque incida en un elemento esencial del contrato como es el precio, es una condición general de la contratación y, por ello, debe estar sometida al control de transparencia a que se refiere precisamente el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (*RCL* 1998, 960), aunque no resulte de aplicación la normativa protectora de los derechos de Consumidores y usuarios». (4) Un mes después, en la SAP Pontevedra, Sección 1.ª, 5 de febrero de 2015, se advierte que «al vincular el consentimiento a la necesidad de información clara y suficiente, la existencia de la transparencia y las posibilidades de controlarla dependerán de las partes intervinientes, de manera que, respecto al contrato de préstamo matriz, en la medida en que se celebre entre la entidad de crédito y un empresario, quedará sujeto a los requisitos previstos en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación (arts. 5 y 7)...». Y al mes siguiente fue la SAP Córdoba, Sección 1.ª, 30 de marzo de 2015, la que declaró que la falta de transparencia de la cláusula suelo contratada por una mercantil era nula en base al artículo 5 LCGC advirtiendo que, «son aplicables con independencia de las cualidades personales del adherente, al decir: “En definitiva, las cláusulas analizadas no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas”». En particular, en el fundamento octavo expresa «la Exposición de Motivos de

la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960) indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: “Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios”».

2.2.3. La nulidad de la cláusula suelo por no superar el doble filtro de transparencia de creación jurisprudencial

A pesar de que hay quienes sostienen⁸¹, también parece que lo hace el Tribunal Supremo en la STS, Sala Primera (Pleno, 9 de mayo de 2013), que las cláusulas que no superan el doble control de transparencia son nulas por abusivas para el/la consumidor/a —ligando y conectando el control de incorporación artículo 80.1 TRLGDCU con el juicio de abusividad contenido en el artículo 82.1 TRLGDCU —por cuanto y en palabras del Supremo, la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor/a—⁸²; no es esta la interpretación que creemos es la interpretación correcta y la que aquí pretendemos extrapolar a las empresas (Pymes) a quienes consideramos les debe resultar de aplicación el doble filtro de transparencia en la medida en que participen en este nuevo modelo de contratación seriada.

Sostener estas dos afirmaciones (recordémoslas, «no siempre son abusivas las cláusulas no transparentes» y «siempre son nulas las cláusulas suelo que no supera el control de incorporación por no ser transparentes [son opacas] pero puede que no sean abusivas») obvias para algunos⁸³ encuentran hoy por hoy el obstáculo en la doctrina jurisprudencial que sobre el control de transparencia sentó la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando equipara el control de inclusión y transparencia con el juicio de abusividad.

En nuestra opinión, el hecho de que el Tribunal Supremo conecte el control de transparencia con el juicio de abusividad atribuye una cualidad que provoca «opacidad» al control de transparencia que impide que la luz (LCGC) se refleje de manera transparente una vez que se proyecta sobre la contratación con condiciones generales entre empresarios/as.

A nuestro juicio, no hay que olvidar que el Tribunal Supremo a quien hay que aplaudirle, de entrada, la creación judicial del control de transparencia guiado por ofrecer una solución legal a los consumidores/as (no empresarios/as). Nos resistimos a pensar, tras analizar las apreciaciones y aclaraciones que el propio Abogado General llevó a cabo⁸⁴ a la STS, Sala Primera (pleno), 9 de mayo

de 2013 que el Supremo desconocía la tesis sostenida por quienes fueron los primeros comentaristas de la LCGC, en particular BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, GONZÁLEZ PACANOSWCA, PAGADOR LÓPEZ⁸⁵; —que es doctrina tradicional, mayoritaria, y acertada (a nuestro juicio)— según la cual la falta de transparencia no conduce necesariamente a la abusividad de la cláusula sino que los requisitos de comprensibilidad y claridad del 4.2 de la Directiva debían reconducirse al control de inclusión de los artículo 5 y 7 b LCGC y no a la nulidad por abusividad de la cláusula tal y como hemos dicho y aclarado con anterioridad.

Insistir, tal y como proponen algunas Audiencias en incluir dentro del concepto del consumidor/a a las empresas (entre otras, en las SSAP Jaén, Sección 1.^a, 10 de julio de 2014 y la SAP Huelva, Sección 3.^a, 21 de marzo de 2014, SAP Jaén 27 de marzo de 2014, SAP Córdoba, Sección 1.^a, sentencias 21 y 31 de octubre y 17 de julio de 2014) hoy por hoy, con el TR-LGDCU y con la doctrina jurisprudencial que el Supremo tiene el concepto de consumidor/a, no tiene demasiado sentido (resulta hasta descabellado). A nuestro juicio, no es necesario forzar la interpretación del concepto de consumidor/a hasta el extremo de llegar a afirmar, tal y como se pretende sostener, que los/as empresarios/as también lo son pues, tal y como hemos dicho ya, hoy por hoy no lo son (a diferencia de lo que sucede en la legislación catalana⁸⁶).

Así lo han declarado, recientemente, entre otras, la SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 1 de diciembre y 24 de marzo de 2015, SAP Girona, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2015, la SAP Albacete, Sección 1.^a, de 13 de marzo de 2015 y la SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 1 de diciembre de 2015.

(1) En la SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 1 diciembre 2015, se advierte, con acierto, que no se le puede otorgar la condición de consumidor/a a los demandantes debido a que su actuación se desarrolló en el ámbito empresarial, destinando el préstamo obtenido a la adquisición de un local comercial. Considera en su fundamento tercero, haciendo referencia a su sentencia de 24 de marzo de 2015 que «llegados a este punto, en que no se atribuye a los demandantes la condición de consumidores, el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas suelo y techo, desde el prisma de la LCGC, no puede determinar su nulidad por su carácter abusivo, porque el artículo 8.2 de la Ley 7/1988 de Condiciones Generales de la Contratación, reserva este específico control de contenido al contrato celebrado con consumidores, por lo que no son aplicables los artículos 82 de y siguientes de la LGDCU». Meses antes, en marzo y se dictaron dos sentencias en esta misma línea interpretativa. (2) en la SAP Girona, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2015, la apelante se apoya en el Código Civil y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para declarar la nulidad de la cláusula suelo. Dejando constancia de que en las condiciones generales entre profesionales puede existir un abuso de posición dominante y que puede declararse la nulidad de una condición general de la contratación que se considere abusiva al ser la misma contraria a la buena fe y cause desequi-

libro importante en los derechos y obligaciones de las partes, inclusive en el caso de contratos entre profesionales y empresarios declara que «que no consta exactamente el objeto del préstamo, pero que en el pacto primero del contrato se estableció que el préstamo no se destinaba a satisfacer las necesidades personales suyas ajenas a su actividad empresarial o profesional. Y que a pesar de tratarse de una cláusula de adhesión, que de no ser cierta debería considerarse nula, no existe razón para dudar de su contenido, sobre todo teniendo en cuenta que la prestataria es una persona jurídica y que aunque esta pueda ser consumidora, lo más habitual y normal es que no lo sea y, por tanto, debe considerarse como empresaria y no serle de aplicación la Ley protectora de consumidores». Y, (3) la SAP Albacete, Sección 1.ª, de 13 de marzo de 2015, en la que tras dejar constancia de que en las condiciones generales entre profesionales puede existir un abuso de posición dominante y que puede declararse la nulidad de una condición general de la contratación que se considere abusiva al ser la misma contraria a la buena fe y causar desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes; deniega la pretensión de declarar consumidor/a a la empresa. En este sentido, en su fundamento segundo, advirtió que el concepto de abusividad lo vincula la ley a los contratos celebrados por los consumidores en el sentido legal de la expresión de acuerdo a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, y a la Directiva 93/13/CEE. Argumenta que de acuerdo con dicha legislación, que mientras que los requisitos de incorporación, claridad, transparencia, concreción y sencillez de las cláusulas de un contrato, es exigible en todo tipo de contrato, como se establece en el artículo 8,1 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, no lo es la abusividad, que sólo sería obligatoria en los contratos con consumidores. Añade, además, en su fundamento de derecho octavo, que «la consecuencia lógica de no atribuirle la condición de consumidor a la actora, es que no es posible el control de abusividad de las cláusulas del contrato porque éste concepto está reservado a los consumidores, según la legislación ya citada, artículo 8,2 de la LCGC y 82 de la TR-LGDCU. El artículo 8,1 sólo permite el control de nulidad cuando las condiciones generales contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la ley, pero el control sobre la abusividad se recoge en el núm. 2 del citado precepto para los contratos celebrados con consumidores».

No nos extraña este modo de actuar teniendo en cuenta el sólido criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Supremo quien no duda aclarado y denegar, hasta la saciedad (pues ya lo ha hecho en numerosísimas ocasiones como pronto pasaremos a comprobar) que las/os empresas (mercantiles, pymes, etc.) no gozan de la condición de consumidor/a desde el punto de vista legal. Al menos, desde el punto de vista estatal pues, como sabemos, la legislación catalana ha declarado lo contrario.

Sin dejar de reconocer la apuesta autonómica catalana a favor de las PYMEs, analizada y estudiada⁸⁷ al hilo de la definición que el artículo 111 del Código

Consumo catalán, ofrece al concepto del consumidor/a —tras la reforma de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo—; una definición que introduce una novedad impactante en relación al concepto de consumidor/a y usuario/a al ampliar su ámbito de aplicación a las PYMES, cuando celebren contratos con las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado, somos conscientes de que la solución legal que se le ofrezca a las pymes ha de venir de la mano de una solución estatal que equipare la problemática y situación dramática en la que se encuentran las Pymes. Por ello y a nuestro juicio, lo adecuado, más que crear una evidente desigualdad entre las Pymes catalanas y el resto de Pymes españolas (andaluzas, extremeñas, madrileñas); lo que habría que analizar es si a falta de una reforma legislativa estatal las normas de derecho contractual existentes en la actualidad codificadas (y en proceso de modernización y europeización) y extra codificadas y sectoriales ofrecen una solución alternativa al drama que, en la actualidad, sufren miles de Pymes; lo que nos remite una vez más a la reglamentar Ley de Condiciones Generales de la Contratación dirigida a reglamentar este nuevo modo de contratación seriada, con condiciones generales, en las que quien contrata puede ser adherente consumidor/a o no.

En nuestra opinión, sin embargo, y en tanto en cuanto no se modifique, cosa que no parece que vaya a suceder a corto o medio plazo, la definición que los artículos 2, 3 y 4 del TRLGDCU ofrecen a los consumidores/as y a quienes no lo son, y pese a que la Directiva 2011/83/CEE es de armonización plena y en su artículo 13 reconduce a los Estados Miembros la competencia para regular los aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación (como podría ser este) —cosa que aún no ha sucedido— hasta la fecha no solo el Tribunal Supremo sino, también, la jurisprudencia menor (también la DGRN⁸⁸) han negado y denegado, hasta la saciedad la condición de consumidor/a; y por ende, la protección que dispensa la normativa de consumo contenida en la LGDCU⁸⁹ —tal y como hemos advertido ya⁹⁰—: (1) *a la mercantil que compra un despacho para el ejercicio de su actividad profesional de prestación de servicios*, hipótesis en la que queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación, tal y como sostiene recientemente, insiste en el tema, en la STS de 28 de mayo y 30 de abril de 2015⁹¹, (2) *al abogado que compra una local que destina a su despacho* (en virtud de la STS, Sala Primera, 28 de mayo de 2014)⁹² (3) *a la Pyme que realiza un contrato de prestación de servicios de gestión en aspectos urbanísticos: legales, fiscales y cualquiera relacionados con la promoción inmobiliaria* (STS, Sala Primera, 7 de abril de 2014)⁹³. En esta sentencia se le niega la condición de consumidor quedando, por tanto, sujeto al régimen general del

contrato por negociación. (4) *la empresa titular de una residencia de ancianos* que contrata el mantenimiento preventivo con una empresa de ascensores (en virtud de la sentencia, Sala Primera, 10 de marzo de 2014), (5) *la sociedad de cooperativas de viviendas* (en virtud de la STS de 24 de septiembre de 2013⁹⁴) y, (6) *la mercantil* que realizó la compra de unos bienes muebles destinados a un uso empresarial (en virtud de la STS de 23 de julio de 2013). Este debate abierto, también en la jurisprudencia menor, ha sido retomado recientemente denegando la protección del consumidor: (7) al *adquirente de un local comercial de hostelería* (SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 29 de enero de 2016, (RJ 2015, 407), (8) al *Administrador de la sociedad* que lo es o lo ha sido de otras sociedades y que está habituado a la negociación y suscripción de contratos de préstamo para la realización de las actividades empresariales (SAP Zamora, Sección 2.ª, 21 de mayo de 2015⁹⁵, (9) a la *sociedad mercantil (cooperativa de viviendas)* que contrató un préstamo hipotecario en base a considerar que la cláusula suelo es fruto de la negociación individual» (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Almuñécar (Provincia de Granada) sentencia de 26 de enero de 2015)⁹⁶, para quien la cláusula abusiva en el caso de la empresa fue negociada individualmente y en ningún caso ocultada a la empresa por el predisponente», la SJMerc Barcelona 13 de febrero de 2014 y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Zamora, de 3 de abril de 2014, (10) al *avalista del empresario* (SAP Pontevedra, Sección 1.ª, 16 de febrero y 30 de marzo de 2016 y 14 de octubre de 2014)⁹⁷, (11) el *fiador si es un profesional* aún cuando el prestatario a quien fia sea considerado consumidor (SAP de Granada, Sección 3.ª, sentencia 3 de octubre de 2014⁹⁸), (12) el particular que adquiere viviendas como inversión e incluso para ponerlas en alquiler dado que en modo alguno la legislación protectora de consumidores y usuarios excluye a quienes tengan, entre otras, la intención de invertir o ahorrar al adquirir viviendas (y mucho menos a quienes obtengan préstamos para financiar la adquisición de algún bien), toda vez que el arrendamiento de viviendas entre particulares es un negocio jurídico privado, por lo que si no se acredita actividad calificable de empresarial en el sector inmobiliario, el deudor hipotecario se debe encontrar amparado por la normativa de consumidores y usuarios (SAP de Las Palmas, Secc. 4.ª, de 26 de noviembre de 2014), (13) a la *empresa* que pide un préstamo con la finalidad de adquirir unas instalaciones destinadas a su actividad empresarial (sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 2, Zamora 2014)⁹⁹, (14) *la mercantil que solicita un préstamo hipotecario para financiera su actividad empresarial* (SAP Cantabria, Sección 4.ª, 20 de diciembre de 2014 y la SAP Jaén, Sección 1.ª, 10 de julio de 2014 y, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 2, Zamora 3 de abril de 2014 y la SJMerc Barcelona 13 de febrero de 2013)¹⁰⁰.

Somos conscientes de que el propio TJUE en la sentencia de 3 de septiembre de 2015 (en el asunto C-110/14, caso Costea vs. SC Volksbank Româ-

nia, en la que, tras recordar la doctrina sentada en la sentencia Di Pinto (C 361/89, EU:C:1991:118, apartado 15), ha advertido, como hemos analizado con anterioridad¹⁰¹, que el hecho de que el deudor sea un *abogado que posea un alto nivel de conocimientos técnicos* nada empece a que pueda ser considerado consumidor/a y usuario/a cuando concierta un contrato que no esté vinculado a su actividad profesional, careciendo asimismo de trascendencia el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca que grave bienes destinados al ejercicio de su actividad profesional como puede ser su bufete (TJUE en la sentencia, Sala 4.^a, de 3 de septiembre de 2015),

A este debate se suma recientemente, el Auto (núm. 83) de la AP Pontevedra, Sección 1.^a, 6 de abril de 2016 en el que se concluye que es consumidor/a el fiador del empresario (y viceversa, tal y como indicó la SAP de Granada, Sección 3.^a, sentencia 3 de octubre de 2014¹⁰², no lo es (consumidor) el fiador que siendo profesional lo es de una persona consumidora. También, la SAP Pontevedra, Sección 1.^a, 14 de octubre de 2014¹⁰³ calificó como consumidor/a a quien adquiere un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo u obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por el particular al margen de su actividad empresarial o profesional *«(...) la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de «su actividad» empresarial o profesional (la norma comunitaria para más genérica, cuando el lugar del pronombre utiliza el indeterminado «una actividad») resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final».*

Advierte la Sección 1.^a de la AP Pontevedra en su Auto de 6 de abril de 2016 (Razonamiento Jurídico Tercero) que: «Si el fiador D. B. trabajaba como funcionario, no figura relacionado o vinculado funcionalmente con la mercantil destinataria del crédito y es el padre de uno de los dos socios y suegro (o ex suegro, según parece) de la otra socia y administradora única de la empresa, cabe razonablemente pensar que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial o familiar que le unía con los auténticos titulares de la sociedad, intervención que, realizada a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a la exigencia impuesta por la entidad financiera para reforzar el buen fin del contrato, es decir, sus legítimas expectativas de cobro del principal e intereses. En consecuencia, D. B. actuó en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario o profesional, con independencia de la catalogación que merezcan los intervinientes en el contrato principal».

2.3.4. *El control de contenido en la contratación seriada (ex art. 82 TR-LCGC). Nuevos desafíos en la contratación entre empresarios/las*

Hablar del régimen jurídico de las condiciones generales es hablar de control de contenido porque tal y como se ha dicho ya, una Ley de condiciones generales que eluda este control es un cascarón vacío¹⁰⁴. Por ello, creemos, tal y como hemos sostenido ya, siguiendo BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, que el artículo 8.2 LCG¹⁰⁵ «... se limita a destacar (o recordar) como un caso «particular» de condiciones generales abusivas (y, consecuentemente, nulas) las de la lista de la disposición adicional primera LCGU, que lógicamente se aplican solo a los contratos en que intervengan consumidores... No comprende en dicho «recordatorio», del que quedan excluidos los contratos entre profesionales, la definición general de la cláusula o condición general abusiva contenida en la primera frase del artículo 10 bis. 1, párrafo 1.º, que será válida también para dichos contratos entre profesionales...». La diferencia pretendida entre el control de abusividad entre consumidores y empresas «... no es la de circunscribir el concepto de condición general abusiva a los contratos de consumo o el de utilizar un concepto de dicha figura distinto según nos encontremos o no en el campo de la contratación de consumo. La voluntad y preocupación de nuestro legislador se limita a marcar las diferencias en la no aplicación a los contratos entre profesionales de la lista de cláusulas abusivas recogida en la nueva disposición adicional primera de la LGDCU... Si los propietarios pueden ser *débiles* para merecer ser protegidos mediante un control de incorporación, lo serán también para merecer un control de contenido»¹⁰⁶.

Animados, pues, a valorar, «repensar», el *control de contenido* en la contratación entre empresarios a la luz de los Textos Europeos de Referencia que siguen la inercia de los países europeos (Alemania, Francia e Italia) —asumido en la Propuesta de Código Civil Asociación Profesores de Derecho Civil (Propuesta Cuenca)— en los que el legislador extiende, de manera explícita, el control de abusividad a la contratación entre empresas.

Prever un control de abusividad entre empresas, en la contratación con condiciones generales (y negociadas), tal y como propone de manera ambiciosa la fracasada Propuesta de la Comisión Europea que publicó el 11 de octubre de 2011, relativa a una normativa común de compraventa europea (a partir de ahora, CESL) al que es posible acogerse de manera voluntaria cuando en la contratación entre empresas intervenga una Pyme¹⁰⁷ nos parece un enorme acierto¹⁰⁸. Regulado el control de contenido entre comerciantes en el artículo 86 CESL, una vez definido en el artículo 83 el concepto de abusivo¹⁰⁹, se advierte que: «1. Una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva a efectos de la presente sección solo si (a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente a tenor del artículo 7; y (b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales,

en contra de las exigencias de la buena fe contractual. 2. A efectos de la presente sección, a la hora de evaluar si una cláusula contractual resulta abusiva, deberá atenderse a: (a) la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato; (b) las circunstancias concurrentes en el momento en que se celebró; (c) el resto de las cláusulas contractuales; y (d) las cláusulas de cualquier otro contrato del cual dependa». En este sentido, advierte este último artículo que, una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva a efectos de la presente sección solo si: (a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente y, (b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual; lo que significa que el control de contenido rige, en general, para las cláusulas no negociadas individualmente (es decir, rige también, para las cláusulas que han sido previamente formuladas para una sola transacción)».

Esta regulación del CESL se corresponde con el Artículo II.-9:405 DCFR. Un texto de carácter más restrictivo que el Reglamento Europeo de compraventa¹¹⁰ pero más exhaustivo y casuístico que los Principles of European Contract Law¹¹¹ (a partir de ahora PECL) (art. 4:110) y los Principles of the Existing EC Contract Law¹¹² (a partir de ahora ACQPI (art. 6:301). El Draft Common Frame of Reference¹¹³ (a partir de ahora DCFR) opta por establecer una regulación de las cláusulas abusivas no solo aplicable a las relaciones contractuales entre un empresario y un consumidor sino, también, a las relaciones contractuales entabladas entre no empresas (art. II.-9:104), y entre empresas (art. II.-9:105), lo que, de entrada nos parece un acierto¹¹⁴.

En conclusión y salvando las diferencias, que las hay, entre el CESL, el DCFR, los PECL y los Principios Acquis: (1) en todos los textos de referencia se prevé un control de abusividad en la contratación, con condiciones generales, entre empresas; lo que supone, sin duda, un avance significativo respecto a nuestro ordenamiento jurídico interno¹¹⁵. Además, (2) es muy posible que las grandes empresas que contratan con Pymes o autónomos y poseen en principio la libertad de escoger el Derecho aplicable en sus contratos (pues el CESL es un instrumento opcional), no escogerán el instrumento opcional si quieren evitar un control del contenido de sus cláusulas contractuales¹¹⁶. También lo es que a quienes prestan sus servicios, en nuestro caso, a las entidades financieras no les interesa estar sometidas a dicho control.

Somos conscientes de que en nuestro país, a diferencia de lo que sucede en Europa (como pronto comprobaremos), la doctrina y la jurisprudencia, durante más de una década permanece anclada en sostener que no existe un control de contenido específico, y consiguiente abusividad, en la contratación entre empresas/profesionales. Tras la STS, Sala Primera, (Pleno) 9 de mayo de 2013 se aclaró que la falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no supone que el Derecho vigente

en nuestro país permita un control judicial del contenido material de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato ni la relación calidad-precio¹¹⁷.

IV. OPACIDADES Y TRANSPARENCIAS EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO

A pesar de que, hasta hace relativamente poco tiempo, prácticamente nadie ponía en duda la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de la acción individual de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, a tenor del artículo 86, ter, apartado 2 LOPJ¹¹⁸, en los últimos años existen fallos contradictorios en la jurisprudencia menor¹¹⁹, en torno a determinar si en estas hipótesis son competentes los Juzgados de Primera Instancia para conocer de las acciones de nulidad por vicio del consentimiento con apoyo en el Código Civil o el TRLGDCU y no en la LCGC (en cuya hipótesis sería competentes los Juzgados de lo Mercantil).

A este debate al que hemos aludido ya¹²⁰ y que ha sido radiografiado magníficamente en los Autos de la AP de Barcelona, Sección 17.^a, 15 y 21 de enero de 2015¹²¹, de Salamanca de 9 de diciembre de 2014¹²², Huelva, Sección 2.^a, 1 de octubre de 2014¹²³ y Castellón, Sección 3.^a, 12 de noviembre de 2014¹²⁴, al que se ha sumado (para algunos, incluso aclarado) la reciente STS de 25 de marzo de 2015¹²⁵ zanjado las dudas sobre esta cuestión y ofreciendo argumentos a favor de atribuirle la competencia a los *Juzgados de Primera Instancia*, de lo Civil, en atención al hecho de que «parece evidente que si la doctrina jurisprudencial del control de transparencia configurada por el TS, al amparo del artículo 1.6 del Código Civil, está fundamentada en los artículos 80.1 y 82.1 de la LGCYU, interpretados conforme a los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, que permiten llevar a cabo un control de contenido no basado en el desequilibrio, sino en la falta de transparencia de la cláusula predispuesta, por incumplir los artículos 80.1 y 82.1 de la LGCYU, la competencia funcional y objetiva por razón de la materia debería corresponder a los Juzgados de Primera Instancia y no a los Juzgados de lo Mercantil, al no subsumirse la acción ejercitada en la previsión contenida en la letra d) del apartado 2 del artículo 86 ter de la LOPJ, en relación con los artículos regulados en el Capítulo IV de la LCGC».¹²⁶

Recientemente, también, la tramitación parlamentaria presentada por el PP en el trámite de enmiendas al artículo 86.ter LOPJ, apartado segundo, parece haberse sumado a este debate que hoy existe en la jurisprudencia menor. En particular, lo ha hecho, a través de la enmienda 374 en virtud de la cual se propone que el conocimiento de las acciones individuales pase a ser competencia del Juzgado de Primera Instancia.¹²⁷ En particular, la enmienda 374 pretendía atribuir a los Juzgados de lo mercantil el conocimiento de las acciones colectivas

en materia de contratación y en materia de consumidores y usuarios, mientras que las acciones que no tengan este carácter serían conocidas por los Juzgados de Primera Instancia. Esta previsión se acompaña de una segunda cuestión: el establecimiento de una misma sección de la Audiencia Provincial que conociese de los recursos en esta materia para lograr la unificación de criterio, con independencia de que el asunto se hubiese conocido en primera instancia por un Juzgado de Primera Instancia o por un Juzgado de lo mercantil.

Frente a quienes consideraban que resulta evidente que si en las acciones colectivas está permitida la acumulación de acciones con el fin de evitar procedimientos posteriores para exigir la devolución de las cantidades percibidas en virtud de una cláusula declarada judicialmente nula en un acción colectiva de cesación con más razón será posible solicitar la devolución en el ejercicio de una acción individual, devolución que por otra parte no es sino una consecuencia necesaria de la declaración de nulidad —una cuestión sobre la que, recientemente, se ha expresado el Supremo proponiendo la retroactividad prospectiva en la STS de 25 de marzo de 2015 (retrotrayendo los efectos de la declaración de nulidad y devolución de cantidades hasta la fecha de 9 de mayo de 2013)—, en la hipótesis de acumulación de acciones existen, también, posiciones enfrentadas a la hora de determinar si competentes los juzgados de lo civil o de lo mercantil, para conocer de las acciones en cuestión.

A favor de considerar que son competentes los Juzgados de lo mercantil, también en la hipótesis en que se acumulen a la acción principal, la acción de nulidad de la cláusula suelo¹²⁸ (cosa que suele ser usual en la práctica¹²⁹), la acción de nulidad por abusividad¹³⁰, la dación en pago¹³¹ o a la acción de restitución de cantidades indebidamente cobradas o de indemnización de daños y perjuicios (acciones, que insistimos, suelen ser acumuladas cuando se presenta la acción por vicio de consentimiento como acción principal); en tanto en cuanto la LOPJ atribuye exclusivamente a los Juzgados de lo mercantil la competencia para determinar si una condición general es o no transparente (control de incorporación) es o no abusiva (control de contenido) de lo que se deduce que es evidente que también lo son para condenar a la devolución de las cantidades percibidas ilegítimamente en virtud de dicha cláusula abusiva al consumidor demandante perjudicado por la misma. Basta con acudir al artículo 12 de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación en virtud del cual se establece la posibilidad en las acciones colectivas de que se pueda acumular la de devolución de cantidades («A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones»).

No estaría demás que el Tribunal Supremo, en Auto siguiendo el modelo de aclaración de la competencia en relación al tema de acciones de Bankia en el Auto, Sala Primera, 16 de marzo de 2016, según el cual «En este contexto

consideramos, por aplicación del abanico de fueros competenciales previsto en el actual artículo 52.2 LEC, en relación con el artículo 10 LSC, que los suscriptores pueden demandar a Bankia, bien ante los tribunales de su domicilio, bien ante los tribunales del lugar donde se realizó la suscripción pública de acciones, si la adquisición se produjo en un partido diferente al de su domicilio, o bien en el domicilio de la entidad bancaria, que en este caso, por las razones expuestas, puede dar lugar a la elección de Madrid o Valencia. Es importante destacar que esta decisión la adoptamos en atención a las circunstancias concretas que concurren en este supuesto, sin que tal solución pueda extrapolarse de forma automática a la situación de otras entidades mercantiles», se posicionara de modo expreso sobre el particular.

V. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, EJECUCIONES HIPOTECARIAS, ADJUDICACIÓN Y VENTA SIN QUE EL EMPRESARIO/A PARTICIPE EN LAS PLUSVALÍAS: ¿NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL?

«Nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro»: «iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletionem».

(D. 50, 17, 206, en el Libro L. Título XII, Ley 206, libro XII, título VI, ley 14)

Hasta que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno, anunciara, en su sentencia 13 de enero de 2013¹³², de la que fue Ponente el Magistrado D. Ignacio SANCHO GARGALLO, su intención, *obiter dictum*, de «repensar» su propia doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto¹³³ en ejecuciones hipotecarias, adjudicaciones y venta con plusvalía, en las hipótesis en las que la entidad financiera venda la vivienda en un «breve lapsus de tiempo» obteniendo una «plusvalía muy relevante», el único espacio que reconocía a la pretensión de enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias había sido tal y como indica la doctrina¹³⁴ en aquellas hipótesis en las que se ejecutaba, junto con la finca hipotecada, *pertenencias*¹³⁵, y/u obras de sobreedificación, nueva construcción, plantación o siembra no tasadas en el momento de construir la hipoteca ni en el pacto expreso de extensión objetiva de la hipoteca¹³⁶. Únicamente en estas situaciones el Tribunal Supremo (entre otras, las SSTs de 18 de noviembre de 2005, 4 de julio de 1993 y 15 de noviembre de 1990) parecía estar dispuesto a lo que estimaba «justo» y «equitativo», reconocer la pretensión de enriquecimiento sin causa que se producía en virtud del empobrecimiento del propietario del bien hipotecado a favor del enriquecimiento del adjudicatario cuya correlación no hallaba justa causa que lo justificase provocando «injustificado» el

enriquecimiento experimentado por el adjudicatario, en pública subasta, de las pertenencias, obras de elevación, nueva construcción, plantación o siembra) a los que no se había extendido la hipoteca porque no fueron tasados (cfr. en este sentido, las SSTs de 15 de noviembre de 1990, 24 de marzo de 1993, 4 de julio de 1993 y, más recientemente, 18 de noviembre de 2005) ni valorados al fijar el precio de tasación en la escritura de constitución de la hipoteca así lo ha declarado en su STS, Sección 1.^a, 1 de abril de 2015 (Ponente F. Javier ORDUÑA MORENO)¹³⁷. Recientemente el principio general de interdicción del enriquecimiento sin causa en ejecuciones hipotecarias ha sido declarado por el Tribunal Supremo, pero en un supuesto distinto, en las STS, Sala Primera, 19 de febrero de 2016 (Ponente F. Javier ORDUÑA MORENO), en un supuesto de subasta judicial cuyo objeto de tasación de la finca subastada se realizó exclusivamente sobre el valor del solar sin incluir el posible valor de la obra en construcción, siendo el valor de lo edificado muy superior al valor del solar, propiamente dicho. La sociedad mercantil adjudicataria adquiere, por título de cesión de remate, la susodicha finca registral con todo lo que hay en ella, de acuerdo en virtud de dicho artículo 353 del Código Civil, respecto de la adquisición por derecho de cesión. En esta sentencia no se cuestiona la legalidad de la adquisición resultante para la mercantil adjudicataria, tanto respecto del solar objeto de la subasta judicial, como de lo construido en el mismo, conforme a la legalidad, sino el enriquecimiento injusto que le ha reportado, siendo aquí, una manera más de enriquecimiento injusto. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideran aplicable al presente caso la doctrina del enriquecimiento injusto. La sociedad adjudicataria reconoce el enriquecimiento producido y señala que este no tiene causa en los incumplimientos de la promotora, sino en el procedimiento de subasta judicial seguido. En donde se adjudica la finca en cesión de remate por el valor de tasación solo del solar, sin tener en cuenta el valor de lo edificado en el mismo. Por lo que la mercantil adjudicataria adquiere la totalidad de la finca «sin pagar nada de edificado», cuyo valor es varias veces superior al valor del solar.

Consciente el Supremo de que el legislador impulsado, también desde Europa, modificó, a través de la Ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario, los artículos 579 y 671 LEC obligando a hacer partícipe al deudor hipotecario de la plusvalía generada por la venta del inmueble adjudicado en subasta desierta, decide *de oficio* «repensar» su propia doctrina jurisprudencial, sobre enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias lo que le permite «renovación del derecho» por vía judicial, tal y como ha dicho nuestra doctrina¹³⁸.

Tras la STS, Sala Primera, 13 de enero de 2015¹³⁹ el Supremo vuelve a cerrar la puerta a la pretensión de enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias. No obstante, anunciaba, y no es poco importante que lo haga la Sala Primera en Pleno, que estaba dispuesta a matizar su propia doctrina jurisprudencial en aquellas hipótesis en que la entidad financiera proceda a la venta del inmueble

ejecutado y tras adjudicárselo proceda «breve lapsus de tiempo» a venderlo generando, dicha venta, una «plusvalía muy relevante» (dos conceptos jurídicos indeterminados sobre los que reflexionaremos en este comentario). Considera que el «producto de la subasta» equivale al «valor de adjudicación» del bien en subasta desierta (en este caso, al 50% del valor de tasación). A su juicio, la posibilidad con que cuenta el acreedor hipotecario de adjudicarse el inmueble por el 50% de su valor de tasación tal y como sucede en el caso enjuiciado —hoy el 70% tras la reforma operada en 2013 al artículo 671 LEC (antes el 60% tras la reforma operada en 2011) y continuar persiguiendo la deuda con el patrimonio presente y futuro es legítima porque está amparada en un precepto legal; por lo que deniega la pretensión de enriquecimiento injusto en base a considerar que el importe de tasación fue muy superior al valor de la adjudicación. A su juicio, dicha adjudicación (a mitad de precio) está prevista y aceptada expresamente por la Ley y no por el de su tasación. Anuncia, eso sí (y esto es lo realmente novedoso), estar dispuesta a «replantearse» su propia doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias en aquellos casos en los que, tras la ejecución hipotecaria y consiguiente adjudicación en pública subasta desierta, la entidad financiera venda el inmueble en «un lapso de tiempo relativamente próximo» obteniendo una «plusvalía muy relevante» de la que no haga partícipe al deudor hipotecario tal y como prevé el artículo 579.2 b) LEC (FD 11). En dicha hipótesis que, advierte, no es la que le corresponde juzgar en el caso de autos, la aplicación del enriquecimiento injusto se fundaría en su configuración como principio general de Derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el curso de las relaciones jurídicas. Estas matizaciones están en la línea de la reciente jurisprudencia [contenida, entre otras, en la sentencia de 8 de septiembre de 2014 (núm. 464/2014), en virtud de la cual pretende reforzar la justicia contractual que deriva de los principios de buena fe y de conmutabilidad del comercio jurídico, para superar una concepción meramente formalista y rigorista de los esquemas de aplicación del derecho de crédito y la responsabilidad patrimonial derivada (FD 11)]¹⁴⁰.

La importancia de este anuncio radicó en el hecho de que, históricamente, le había correspondido al Supremo (y no al legislador) *custodiar* y *velar* la máxima del Digesto: «Nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro» (D. 50, 17, 206, en el libro L, título XII, Ley 206, libro XII, título VI, ley 14: *iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletionem*), que pasó, en España, a las Partidas (Partida 7, 34, Ley 15) y que no se concretó en ningún precepto concreto del Código Civil. Así, según *los redactores del vigente Código Civil se vieron obligados por la Ley de Bases* a dar traslado del sistema romano de las *condictione* en artículos dispersos en el Código Civil¹⁴¹. Nada más publicarse esta sentencia, la novedad del anuncio de un posible cambio en la doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto

en ejecuciones hipotecarias causó un considerable revuelo mediático (lógico por otro lado) en el que se confundían, en parte, los *deseos* —tal y como se constata en las noticias aparecidas en los periódicos digitales en los que se afirma: «un banco se enriquece injustamente si logra una plusvalía alta por vender una casa ejecutada». Periódico *El Mundo* (20 de febrero de 2015); «El Supremo pone límites al lucro de la banca tras vender pisos embargados». *El País* (20 de febrero de 2015); «El Supremo admite que puede haber enriquecimiento injusto en las subastas de viviendas ejecutadas». *elEconomista.es*, (20 de febrero de 2015) y «El Supremo considera injusto que un banco gane mucho al vender una vivienda ejecutada». EF (24 de febrero de 2015)— con la *realidad*.

Sin embargo, y tratando de no caer en tal confusión ni en la tentación de convertir nuestras reflexiones en «panacea de charlatanes»¹⁴² y tras indagar en la fundamentación dogmática, jurídica, doctrinal y jurisprudencialmente de la doctrina sobre el enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias llegamos a la conclusión de que aún debemos permanecer a la espera de que el Tribunal Supremo se posicione definitivamente sobre el particular¹⁴³ aclarando las dudas que suscita su anuncio (¿cuando se considera que la plusvalía es «muy relevante»?; ¿cuándo se entiende que ha pasado «suficiente lapsus de tiempo» entre la adjudicación y la venta del inmueble?; ¿resulta de aplicación, también, cuando el ejecutado «sea una empresa»? y en aquellas otras pendientes aún de respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de la devolución de las cantidades indebidamente cobradas —cuestión sobre la que reflexionaremos en otro lugar¹⁴⁴.

VI. CONCLUSIONES

Hallar el equilibrio entre (1) el funcionamiento eficiente del Mercado Hipotecario (y Financiero), (2) el respeto a las condiciones generales de la contratación y (3) la protección de los colectivos vulnerables en situación de exclusión social en la que se encuentran hoy no solo miles de consumidores/as, autónomos/as, y Pymes (o microempresas) nos parece una auténtica necesidad social que a falta de que lo haga el legislador debe lograr la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Han transcurrido más de veinte años (concretamente veintitres) desde que Europa nos invitó a trasponer el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en la contratación, con condiciones generales, con consumidores, según el cual «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» —un precepto que no se hallaba en las propuestas previas de la Directiva de 1990 y 1992 y que fue introducido

(aunque no traspuesto en España) por el temor (tal y como apuntó la doctrina alemana) de tratar de evitar que los jueces amparados por la Directiva se estimen competentes para llevar a cabo un control de equilibrio de precios—. A falta de una trasposición legal, a nuestro juicio necesaria a la luz de los debates doctrinales existentes a favor¹⁴⁵ y en contra¹⁴⁶ de su vigencia y a pesar de que aún España no ha traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, de manera similar a como han hecho otros legisladores europeos (tal y como ha sucedido recientemente en Reino Unido tras la aprobación de la nueva Consumer Rights Act de 26 de marzo de 2015 que viene a constituirse como una Ley General británica en defensa de los consumidores¹⁴⁷—); corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo reunida, en Pleno, aclarar y matizar el régimen jurídico aplicable al control de transparencia de creación judicial, europea y nacional.

Primera: Es imprescindible que el Legislador eleve a rango legal, zanjando las dudas y opacidades (objetivas, subjetivas, temporales y ineficacia), hoy plantea el control judicial y los controles de legalidad *ex ante* (bancario, notarial y registral) en la contratación con empresarios/as. Confiamos que en defecto de que el legislador acometa, en breve, esta importante cuestión, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo reunida en Pleno asuma su importante función de ser complemento del Ordenamiento jurídico (art. 1.6 del Código Civil)

Segunda: Es imprescindible que el Tribunal Supremo haga más transparente las opacidades (dudas) que hoy enfrenta a la jurisprudencia menor (también a parte de la doctrina), en torno al ámbito: (1) *objetivo*, ¿dónde se residencia el control de transparencia: en la LCGC o del TR-LGDCU?, ¿qué efectos produce la no transparencia: nulidad o abusividad?, (2) *subjetivo*, ¿cualquier consumidor puede alegar falta de transparencia o solo el no cualificado?, ¿puede una mercantil (pyme o autónomo/a) invocar el doble control de transparencia de la STS de 9 de mayo de 2013?, (3) *competencial* ¿cual juzgado competente para conocer de la acción de nulidad de la cláusula suelo: el civil o el mercantil? y, (4) al régimen de ineficacias (¿cuáles son los efectos que produce la ineficacia o declaración de nulidad de la cláusula suelo tras considerarla no transparente: ¿la retroactividad hasta la fecha de la firma del contrato, la irretroactividad o la retroactividad retrospectiva —es decir, hasta la fecha de 9 de mayo de 2013, tal y como han sugerido las STS de 25 de marzo y 29 de abril de 2015?); corresponde al intérprete y aplicador del derecho posicionarse sobre el particular.

Cuarta: Permanecemos a la espera de saber si el TS decidirá o no extender a la contratación entre empresarios o decida si aplicar su doctrina jurisprudencial consolidada sobre vicio-error consentimiento (que aplica a la contratación de productos financieros complejos) a la contratación entre empresarios. Confiamos que, además, de considerar la nulidad por no incorporación de la cláusula al contrato [*ex art. 5.5. 7.b) 1 LCGC*] extienda, también, su doctrina jurisprudencial (matizada) sobre el control de transparencia a la contratación entre empresarios/as teniendo en cuenta que la LCGC en la que debe residenciarse

el control de transparencia (tal y como dijo la STS, Sala Primera, 12 de junio de 2013, 8 de septiembre de 2014 (plenaria) y 2 de diciembre de 2014) es de aplicación a todo/a adherente sea o no consumidor/a. Incluso, nos gustaría pensar que está dispuesta a repensar, para aquellas cláusulas predispuestas sometidas al control de contenido, el posible control de abusividad en la contratación entre empresarios, aunque sea al menos de *lege ferenda* (desafío al que nos invitan los legisladores europeos y los textos europeos de referencia, particularmente el artículo 86 CSEL) y Propuesta Cuenca a los libros IV y V presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. También, creemos, que el Tribunal Supremo debería reconsiderar su doctrina sobre retroactividad retrospectiva (STS de 9 de mayo de 2013, 25 de marzo y 29 de abril de 2015) siguiendo las cláusulas reglas de la nulidad y no desoyendo los criterios anunciados ya por la propia Comisión Europea y antes de que el propio TJUE le enmiende la plana.

Quinta: Es imprescindible que el TS, a quien le corresponde velar doctrina jurisprudencial del Enriquecimiento injusto, se replantee su propia doctrina jurisprudencial sobre Enriquecimiento Injusto en Ejecuciones Hipotecarias (empresario/a no participe de dicha plusvalía (STS 13 de enero de 2015). Somos conscientes de que la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, parece estar dispuesta a «replantearse» su propia doctrina jurisprudencial sobre «enriquecimiento injusto» en «ejecuciones hipotecarias», «adjudicaciones» y «ventas con plusvalía» (STS, Sala Primera, 13 de enero de 2015). Una cuestión imprescindible particularmente cuando el adherente no es consumidor ni el préstamo hipotecario se destina a financiera la vivienda habitual; hipótesis en la que el empresario/a no dispone de remedio legal alguno que obligue a la entidad a hacerle partícipe de las plusvalías (pues es un supuesto desatendido el legislador obsesionado en darle respuesta, puntual y coyuntural, al consumidor/a). Si perversa nos resulta la aplicación conjunta de los privilegios conferidos artículos 671 y 759.1 LEC y los artículo 682 y 641 LEC para cuando el adherente no es consumidor/a aún mayor nos resulta cuando el adherentes es empresario/a porque en su cualidad le es imposible alegar participar en las plusvalías generadas por la adjudicación y venta del local (hipotecado) ni la abusividad de la cláusula en cuestión. Una desatención legal que, confiamos, sea corregida por el velador de esta doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto que ha puesto fin a otros dramas sociales vividos en siglos pasados.

SENTENCIAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (STJUE)

- STJUE, Sala Primera, 14 de abril de 2016, resuelve los asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, que tienen por objeto sendas peticiones de

decisión prejudicial planteadas con arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, mediante autos de 27 de junio de 2014, advertía, con acierto, que el juez no puede suspender una acción individual para que se declare abusiva un cláusula porque se haya interpuesto una demanda colectiva». En la espera de que el legislador eleve a rango legal el contenido del fallo.

- STJUE 4 de febrero de 2016 (RJ 2016, 327).
- Conclusiones del Abogado General Eleanor Sharpston, de 19 de noviembre de 2015, Asto.: C-377/14: *Conclusiones en las que se plantea la posibilidad de que el juez examine de oficio la abusividad en el seno de un proceso concursal*.
- Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, de 11 de noviembre de 2015, Asto.: C-49/14: «*Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores: Competencia del juez nacional para apreciar de oficio la ineficacia de una cláusula abusiva durante la ejecución de un requerimiento de pago*».
- STJUE, Sala Tercera, de 1 de octubre de 2015, Asunto: C-32/14: *Cláusulas abusivas en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor: control notarial*.
- TJUE, Sala Novena, de 26 de febrero de 2015. Asto.: C-143/13: «*Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 93/13/CE. Cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores, que, por una parte, permiten al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una «comisión de riesgo» percibida por este*».
- Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, de 25 de junio de 2015, Asunto: C-32/14: *Delimitación del control notarial en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores*.
- STJUE, Sala Novena, 26 de febrero de 2015. Asto.: C-143/13: «*Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 93/13/CE. Criterios de apreciación: exclusión de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y a la adecuación del precio o la retribución, siempre que «se redacten de manera clara y comprensible»: exclusión: cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores, que, por una parte, permiten al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una «comisión de riesgo» percibida por este*».
- STJUE, Sala Novena, de 15 de enero de 2015. Asto.: C-537/13: «*Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: Directiva 93/13/CE: ámbito de aplicación: inclusión: estimación: abogado que presta, en el ejercicio de su actividad profesional un servicio jurídico a título oneroso a favor de una persona física que actúa para fines privados*».

- STJUE, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2014. Asunto: C-359/11 y 400/11: *Requisito de transparencia establecido en las Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE, en relación con la obligación de servicio universal que los Estados deben garantizar a favor de clientes vulnerables.*
- STJUE, Sala 6.^a, de 30 de abril de 2014. Asto.: C-280/13: «*La Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones*».
- STJUE, Sala Primera, de 21 de marzo de 2013. Asto.: C-92/11: *Contratos entre profesionales y consumidores con condiciones generales: Obligación de redacción clara y comprensible y de transparencia.*
- STJUE, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013. Asto.: C-415/11: «*La legislación procesal española reguladora de la ejecución de bienes hipotecados, en contratos celebrados por consumidores, es contraria a la normativa comunitaria, al no prever la posibilidad de formular motivos de oposición fundamentados en el carácter abusivo una cláusula contractual que ha sido fundamento del título ejecutivo, ni permitir que el juez que conozca el procedimiento declarativo competente para estimar el carácter abusivo de la cláusula pueda adoptar medidas, como la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, destinadas a garantizar la eficacia de la decisión final*».
- STJUE, Sala Primera, de 21 de marzo de 2013. Asto.: C-92/11: «*Contratos entre profesionales y consumidores con condiciones generales: Obligación de redacción clara y comprensible y de transparencia*».
- STJUE, Sala Primera, de 14 de junio de 2012, Asto.: C-618/2010: *Intervención del órgano judicial en el proceso monitorio y su adecuación a la Directiva 93/13/CEE.*

TRIBUNAL SUPREMO (STS)

- STS, Sala Primera, 4 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 327). El Tribunal Supremo (en adelante TS) ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, especialmente respecto de las participaciones preferentes y los *swaps*, a través de la aplicación del error vicio.
- STS, Sala Primera, 15 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4235). El Tribunal Supremo (en adelante TS) ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, espe-

cialmente respecto de las participaciones preferentes y los *swaps*, a través de la aplicación del error vicio.

- STS, Sala Primera, 18 de septiembre (RJ 2015, 500). El Tribunal Supremo interpreta *la doctrina del enriquecimiento injusto y su aplicación práctica en supuesto de ejecución hipotecaria y posterior venta con plusvalía*.
- STS, Sala Primera, 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 489). El Tribunal Supremo (en adelante TS) ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, especialmente respecto de las participaciones preferentes y los *swaps*, a través de la aplicación del error vicio.
- STS, 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 1923). El TS recuerda que los empresarios no son consumidores por lo que no les resulta de aplicación la legislación de protección de consumidores, en un contrato concertado entre empresas o profesionales.
- STS, 28 de mayo de 2015 (RJ 2015). El TS recuerda que los empresarios no son consumidores por lo que no les resulta de aplicación la legislación de protección de consumidores, en un contrato concertado entre empresas o profesionales.
- STS, Sala Primera, 25 de marzo (RJ 2015, 139). *Confirmación de la doctrina sentada por la STS 2015, 138, 24 de marzo*.
- STS, Sala Primera, 24 de marzo de 2015 (RJ 2015, 138). *Denegación del efecto retroactivo de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la nulidad de una cláusula abusiva en contrato de préstamo hipotecario*.
- STS de 24 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1279).
- STS de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1280).
- STS de 25 de marzo de 2015. Sentencia Plenaria en la que el Tribunal Supremo determina la devolución de las cantidades indebidamente pagadas hasta la fecha de 9 de mayo de 2013.
- STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5618). Analiza el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria (las denominadas «cláusulas suelo»).
- STS, Sala Primera (Sección Pleno), de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 139). *«Falta de transparencia en cláusula suelo en préstamo hipotecario. No estimación del efecto retroactivo que, en principio, comportaría la sanción de nulidad de pleno derecho respecto de las cantidades ya pagadas: cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013; aplicación para todo consumidor adherente, venga o*

- no afectado por la acción colectiva de cesación y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación».*
- STS de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015, 70). *«Préstamo hipotecario: cláusula de redondeo de intereses al alza, perjuicio al consumidor al no ser negociada individualmente. Desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, debe tenerse por no puesta, nulidad parcial del procedimiento hipotecario instado».*
 - STS, Sala Primera, 13 de enero de 2015. *El Tribunal Supremo matiza la postura tradicional de rechazo de aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en materia de ejecución hipotecaria y anuncia que esta dispuesta a cambiarla su propia doctrina jurisprudencial.*
 - STS de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 677).
 - Auto 30 de octubre de 2014. El Supremo no entra en el fondo del asunto del recurso de casación planteado por una pyme que alega el control de transparencia.
 - STS, Sala Primera, 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 464). *«Cláusula suelo en préstamo hipotecario, no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. El alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios: ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación».*
 - STS, Sala Primera, 28 de mayo de 2014. El Supremo ha denegado la condición de consumidor y la protección que dispensa la LGDCU y, en ocasiones la LCGC al abogado que compra un local que destina a su despacho.
 - STS 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 3122). *«Criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula que permite al vendedor la retención de cantidades entregadas a cuenta por el comprador en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Ausencia de incardinación en las previsiones legales específicas: indemnización no desproporcionadamente alta al compararla con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al vendedor. Cláusula penal establecida para el incumplimiento por el comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública y resto de pago del precio.*
 - STS, 7 de abril de 2014 (núm. 16/2014). El Tribunal Supremo analiza la condición de no consumidor de un prestador de un servicio con prestación de gestión y asesoramiento de aspectos urbanísticos.

- STS, Sala Primera; 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 214). «*Criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula que permite al vendedor la retención de cantidades entregadas a cuenta por el comprador en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Ausencia de incardinación en las previsiones legales específicas: indemnización no desproporcionadamente alta al compararla con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al vendedor. Cláusula penal establecida para el incumplimiento por el comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública y resto de pago del precio*».
- STS, Sala Primera, 10 de marzo de 2014. Denegación de la condición de consumidor en una empresa titular de una residencia de ancianos que contrata el mantenimiento preventivo con una empresa de ascensores
- STS de 11 de marzo de 2014 (RJ 2014, 152). «*Abusividad de las cláusulas predisuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes. No permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente dispuesta, sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada*».
- STS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014). El Tribunal Supremo, en un contrato de servicios para el mantenimiento preventivo de aparatos elevadores, en la que la parte receptora no ostenta la condición de consumidor.
- STS de 23 de julio de 2013. Denegación de la condición de consumidor en un empresario.
- STS, Sala Primera, 241/2013, de 9 de mayo: *Control de transparencia en el examen de la contratación con condiciones generales y su aplicación sobre las cláusulas suelo*.
- STS, Sala Primera, 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 5966) sentencia que constituye el verdadero germen de la delimitación judicial del control de transparencia en la contratación seriada.
- STS, Sala Primera, 24 de septiembre de 2013. Denegación de la condición de consumidor en una sociedad cooperativa de viviendas que financia la promoción de las mismas
- STS, Sala Primera, de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 241). «*Cláusula suelo en préstamo hipotecario. Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas, ausencia de información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad. Efectos: nulidad de las cláusulas suelo*».

no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia. Condena a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan, los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas; eficacia no retroactiva de la sentencia».

AUDIENCIAS PROVINCIALES (SAP)

- SAP, Sección 1.^a, Soria, 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 26). Declara la nulidad de la cláusula suelo y consiguiente no incorporación siendo el adherente una empresa.
- SAP Asturias, 1 de diciembre de 2015 (*RJ* 2016, 561). Declarar que la cláusula suelo es transparente.
- Auto AP Sevilla, Sección 5.^a, 15 de diciembre (*JUR* 2015, 80733). Declara la transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Zaragoza, Sección 5.^a, 19 de noviembre (*AC* 2014, 760). Declara la transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Ourense, Sección 1.º, 29 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 344). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Coruña, Sección 3.^a, 28 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1331). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Burgos, 28 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.º, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP de Huelva, Sección 3.º, 21 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 648). A favor de estimar que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia con independencia de la cualificación y formación del consumidor). «Cláusula suelo en préstamo hipotecario, falta de transparencia, cláusula contraria a la buena fe contractual, desequilibrio entre derechos y obligaciones. Eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo de variable contenida. Efectos: retroactividad, condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas de más, por la aplicación la citada cláusula».
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SSAP Ourense, Sección 1.º, 29 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 344). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.

- SAP Coruña, Sección 3.^a, 28 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1331). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Burgos, 28 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo a pesar de que en el contrato se advierte con claridad el carácter variable de la cláusula pero añade...» sin que el cliente fuera informado y conociera la realidad concreta de esta distribución de riesgos, posible según la redacción dada a la cláusula litigiosa».
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.º, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Burgos, 28 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo a pesar de que en el contrato se advierte con claridad el carácter variable de la cláusula pero añade... «sin que el cliente fuera informado y conociera la realidad concreta de esta distribución de riesgos, posible según la redacción dada a la cláusula litigiosa».
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.^a, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP León, 2 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Salamanca, 19 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Salamanca, 15 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Coruña, Sección 4.^a, 15 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1347). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Barcelona, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3211). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Burgos, Sección 3.º, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 374). Declara la falta de transparencia y la retroactividad.
- SAP Guadalajara, Sección 1.^a, 12 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo sin analizar las causas concretas del caso.
- SAP Albacete, Sección 1.^a, 6 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo sin analizar las causas concretas del caso.
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.^a, 25 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 5.^a, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1288). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Asturias, Sección 6.^a, 18 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.

- SAP Coruña, Sección 4.^a, 20 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 20 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Coruña, Sección 4.^a, 15 de mayo de 2015. Declara la retroactividad de los efectos de la nulidad de cláusula suelo.
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3210). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades a fecha de 9 de mayo de 2013.
- SAP de Valladolid, Sección 3.^a, 16 de marzo de 2015 (RJ 2015, 58). Audiencia a favor de considerar que para evaluar el control de transparencia se ha de atender a la comprensión y características personales del demandante. *«Cláusula suelo en préstamo hipotecario: transparencia: no se ha fijado la cláusula suelo de forma aislada, sino que están todas ellas enlazadas y dentro de un contexto que las hacen transparentes máxime por un profesional inmobiliario».*
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3.^a) de 21 de marzo de 2014. Concede la nulidad de la cláusula suelo a quien no es consumidor.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.^a) núm. 340/2014 de 17 de julio de 2014. Concede la nulidad de la cláusula suelo a quien no es consumidor.
- SAP de Huelva, Sección 3.^a, 21 de marzo de 2014 (RJ 2014, 648). A favor de estimar que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia con independencia de la cualificación y formación del consumidor). *«Cláusula suelo en préstamo hipotecario, falta de transparencia, cláusula contraria a la buena fe contractual, desequilibrio entre derechos y obligaciones. Eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo de variable contenida. Efectos: retroactividad, condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas de más, por la aplicación la citada cláusula».*
- SAP de Huelva, Sección 1.^a, 18 de junio de 2013 (RJ 2013, 247830). *«Cláusula suelo. Consideración como condición general, predispuesta unilateralmente por la entidad bancaria, con ausencia de negociación individual. Condición que afecta a un elemento esencial del préstamo. Control de transparencia: ausencia de información al consumidor, cláusula de fijación de interés variable, desconectada de la cláusula suelo que lo convierte en interés fijo exclusivamente variable al alza, ausencia de información mediante simulaciones de escenarios diversos según el comportamiento del Euribor. Incumplimiento del control de transparencia. Extensión de la nulidad: no implica la devolución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula. Nulidad de condiciones abusivas».*

- SAP de Jaén, Sección 1.^a, 27 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1126). Audiencia a favor de estimar que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia con independencia de la cualificación y formación del consumidor). *«Cláusula suelo en préstamo hipotecario, cláusula que no es transparente, y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, no se determina un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés mínimo del 3,5% y un máximo del 14% no supone un reparto equilibrado del riesgo entre ambas partes; efectos: nulidad de cláusula suelo y retroactividad»*.
- SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014 (RJ 2014, 185). *«incumplimiento del deber de transparencia en una cláusula suelo en préstamo hipotecario. No aporta la entidad crediticia demandada ninguna prueba relativa a que le fuera entregado el folleto informativo con carácter previo, se observa falta de buena fe. Nulidad de la cláusula por abusividad, retroacción de la declaración de nulidad, restitución de las prestaciones derivadas de dicha cláusula»*.
- SAP Huelva, Sección 3.^a, de 21 de marzo de 2014 (RJ 2013, 151). *«Cláusula suelo en préstamo hipotecario entre empresa y entidad bancaria, falta de transparencia, cláusula contraria a la buena fe contractual, desequilibrio entre derechos y obligaciones. Eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo de variable contenida. Efectos: retroactividad, condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas de más, por la aplicación la citada cláusula»*.
- SAP Badajoz, Sección 3.^a, 17/2014, de 14 de enero: *«nulidad de cláusula suelo, falta de prueba de la real y efectiva negociación individual y falta de transparencia. Irretroactividad de la sentencia»*.
- SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, 1/2014 de 8 de enero. *«cláusula suelo inserta en préstamo hipotecario, falta de la necesaria claridad y transparencia al ser explicada a los consumidores. Irretroactividad de la sentencia»*.
- SAP de Córdoba, Sección 1.^a, 444/2014 de 21 de octubre. *«cláusula suelo en préstamo hipotecario, no supera el control de transparencia. Prestatario no consumidor. Cláusula que se predispone exclusivamente a favor de una de las partes, aprovechando su posición contractual de dominio, puesto que la prestataria no puede realmente optar por otras condiciones. Irretroactividad de la sentencia»*.
- SAP de Cáceres, Sección 1.^a, 140/2013 de 3 de junio. *«Incumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula suelo en préstamo hipotecario. Empresa como entidad demandante, con la compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles como objeto social. Inclusión de cláu-*

sulas abusivas en los contratos de préstamo a interés variable, constituyen condiciones generales de la contratación impuestas por la entidad bancaria, incumplimiento de los requisitos de transparencia, establecidos por la jurisprudencia del TS, en la negociación».

- SAP de Córdoba, Sección 3.^a, 114/2013 de 18 de junio. «*Falta de transparencia de cláusula suelo inserta en préstamo hipotecario entre empresa y entidad bancaria. Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato*».

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (RDGRN)

- RDGRN 19 de febrero de 2016.
- RDGRN 22 de julio de 2015, cuando los prestamistas son personas físicas que no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, y dicha circunstancia es constatada por el Registrador que califica la escritura de hipoteca por consulta al «Servicio de interconexión de los Registros de la Propiedad» les será denegada la condición de consumidor y la protección que dispensa la TRLGDCU.
- RDGRN 4 de febrero de 2015. Control registral de transparencia.
- DGRN 22 de julio de 2015. Control registral de transparencia.
- RDGRN 2 de septiembre de 2015. *Control registral de cláusulas abusivas (art. 579 de la LEC).*
- RDGRN 4 de febrero de 2015. *Control registral de cláusulas abusivas.*
- RDGRN 22 de enero de 2015. *Control registral de cláusulas abusivas.*
- RDGRN 3 de octubre de 2014. *Control registral de cláusulas abusivas.*
- RDGRN 25 de febrero de 2014. *Control registral de cláusulas abusivas.*
- RDGRN 5 de febrero de 2014. Control registral de transparencia.
- RDGRN 3 de octubre de 2014. *Suspensión inscripción de escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria.*
- RDGRN de 29 de septiembre de 2014. *Suspensión de la inscripción de la escritura por no incluir la expresión manuscrita de los hipotecantes.*
- RDGRN de 18 de diciembre de 2013. *Adjudicación en virtud de subasta en ejecución hipotecaria: interpretación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.*
- RDGRN de 13 de septiembre de 2013. *Denegación de inscripción de determinada cláusula de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Málaga núm. 1311/2014 de 30 de septiembre de 2014, sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm 14 de 18 de junio de 2013. Concede la nulidad de la cláusula suelo a quien no es consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2014). *Cláusula suelo, ¿se puede negociar con el banco?: anulación y retroactividad (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ed., Aranzadi.
- AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Habilitación de la DGRN a los registradores de la propiedad para ejercer un control de precios o el parto de los montes sobre la relación cuantitativa entre intereses moratorios y remuneratorios. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2015 y de 10 de febrero de 2016, *Revista CESCO*, 19 de abril de 2016 (Disponible en, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/04/Habilitacion-de-la-DGRN-a-los-registradores-de-la-propiedad-para-ejercer-un-control-de-precios.pdf>) [consultado el 19 de abril de 2016].
- (2014). Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha*, pp. 1-13.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y extranjera*, ed.: Thomson Cívitas.
- (1993). El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 618, pp. 1421-1486.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. (2016). El juez no puede suspender una acción individual para que se declare abusiva un cláusula porque se haya interpuesto una demanda colectiva. Blog, Almacén De Derecho, entrada 14 de abril de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/search?updated-min=2016-01-01T00:00:00%2B01:00&updated-max=2017-01-01T00:00:00%2B01:00&max-results=50>
- (2016). La transparencia de las cláusulas-suelo según las Audiencias Provinciales, Blog, entrada en 22 de junio de 2015. Disponible en la siguiente URL: <http://almacendederecho.org/la-transparencia-de-las-clausulas-suelo-segun-las-audiencias-provinciales/>
- (2015). La transparencia de las cláusulas-suelo según las Audiencias Provinciales, Blog, entrada en 22 de junio de 2015. Disponible en la siguiente URL: <http://almacendederecho.org/la-transparencia-de-las-clausulas-suelo-segun-las-audiencias-provinciales/>
- (2015). La más reciente sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo. Blog, Almacén De Derecho, entrada 17 de abril de 2015. Disponible en la siguiente URL: <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2015/04/la-mas-reciente-sentencia-del-tribunal.html>
- (2015). La transparencia de las cláusulas-suelo según las Audiencias Provinciales, Blog, entrada en 22 de junio de 2015.
- (2015). Blog Almacén de Derecho cláusula suelo, (entrada 4 de abril de 2016).
- (2015). El Supremo ¿aclara? su sentencia sobre cláusulas-suelo en los préstamos hipotecarios, Blog, entrada en 12 de junio de 2013. Disponible en la siguiente URL <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2013/06/el-supremo-aclara-su-sentencia-sobre.html>
- (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.
- ALONSO PÉREZ, M.^a T. (2014). *Vivienda y crisis económica: (estudio jurídico de las propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

- ÁLVAREZ OLALLA, P., No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE, 1 *Aranzadi Civil-Mercantil*, 11 (2013), pp. 51- 60.
- (2015). El Tribunal Supremo matiza su negativa a la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto en caso de adjudicación al ejecutante de inmueble hipotecado y posterior venta a tercero, a mayor precio que el importe de dicha adjudicación. *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 2, editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, pp. 1-8.
- BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2008). Combatir las cláusulas abusivas, *Notarios y Registradores* (art. electrónico), disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/combatirlasclausulasabusivas.htm>
- BARRAL VIÑAS, I. (2015). ¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)? El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril de 2015, pp. 25-69.
- (2012). *El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario. Garantías Reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, ed., Marcial Pons, 2012, pp. 473 y sigs.
- (2007). Del consumidor destinatario al consumidor —no experto— en la contratación en masa, *Revista Catalana de Dret Privat*, Revista de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics- Institut d'Estudis catalans, 2007, núm. 7.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Cláusula de reducción de plazos de garantía y de ejercicio de derechos, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. Ana Cañizares Laso, ed., Tecno, Madrid, pp. 296-297.
- (2000). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Elcano, Navarra, pp. 265-266.
- (1999). Comentarios a la Disposición adicional primera, en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999., pp. 753 y sigs.
- BLANCO GARCÍA, A. I. (2013). Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, pp. 195-217.
- CABRERA PORTILLO, E. y ABASCAL ROJAS, T. (2014). El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y análisis de la jurisprudencia dictada con posterioridad, *Revista Aranzadi Doctrinal número 5/2014 BIB 2014/304*
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias de las cláusulas abusivas, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, pp. 553-643.
- (2014). ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?, *Libro Homenaje al Prof. José María Miquel*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo, *CESCO*, 6.
- (2011). Comentarios al artículo 87 TRLGDCU, en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, Colex.
- (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor.

- CANO SALLARÉS, M.^a P. (2013). La cláusulas de limitación al pago de interés (cláusula suelo). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y sus efectos jurisprudenciales, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, p. 120.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, ed., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 118 y sigs.
- CARRASCO PERERA, A. (2016). No cesan las pruebas del absurdo pensamiento único sobre las cláusulas suelo, *Revista CESCO*, fecha de publicación, 13 de mayo de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/05/No-cesan-las-pruebas-del-absurdo-pensamiento-unico-sobre-las-clausulas-suelo.pdf>
- (2015). Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que les entregaron, *Revista CESCO*, Fecha de publicación: 17 de abril de 2015.
- (2014). Cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación, *Revista CESCO*, Fecha de publicación: 3 de marzo de 2014.
- (2011). *Derecho de contratos*, Aranzadi, pp. 801 y sigs.
- (2001b). ¿Acciones de clase en el proceso civil?, *Aranzadi Civil*, núm.1, 2001, pp. 1895-1912.
- (2007). Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores, en *Las nulidades en los contratos: un sistema en evolución*, (Dir. Delgado), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- (2007b). Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores, en *Las nulidades en los contratos: un sistema en evolución* (Dir. Delgado), Aranzadi, 2007, p. 182.
- CATENA REAL, R. (2014). Las recientes reformas legislativas ante la problemática planteada por los deudores hipotecarios. ¿Son suficientes?, *Diario La Ley*, núm. 8428, Sección Doctrina, ed. La Ley, pp. 1-20.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. M.: Intereses remuneratorios, abusividad y calificación registral. *El Blog de Luis Cazorla*. Disponible en <http://luiscazorla.com/2015/10/intereses-remuneratorios-abusividad-y-calificacion-registral/> [consultado el 6 de abril de 2016].
- CLAVERÍA GOSALVEZ, L. H. (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, p. 19.
- COHEN BENCHERIT, A. (2014). Medidas cautelares en procesos relativos a Condiciones Generales de la Contratación, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, ed. El Derecho, pp. 1-8.
- CORDERO LOBATO, E. (2013). Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?, *CESCO*, 5 (2013), pp. 26-34.
- CRUZ GALLARDO, B. (2014). Principios Hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, ed., La Ley, Las Rozas (Madrid).
- DE CASTRO, F. (1975). *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, ed., Cívitas, Madrid, 1975.
- DE TORRES PEREA, J. M. (2014). Nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación, *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 2, pp. 23-62.
- DEL REY BARBA, S. (2014). La calificación registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema*

- legal, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete, M. (Dir.), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 227-265.
- DÍAZ FRAILE, J. M. (2013). El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley Unión Europea*, núm. 5, ed. La Ley, pp. 1-20.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1996). *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Dir. Nieto Carol) Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 485-486.
- DURANY PICH, S., Comentario al artículo 5 LCGC, en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Menéndez, A., Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro, J. (coord.), Madrid: Civitas, 2002.
- ESTEBAN-HANZA NAVARRO, E. (2014). El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal*, (Dir., Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete, M.), ed. Tirant lo Blanch, pp. 677-697.
- FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. (2015). Cláusulas suelo y control de transparencia: ¿también cuando el prestatario es empresario?, blog 4 de febrero de 2015, disponible en <http://hayderecho.com/2015/02/04/clausulas-suelo-y-control-de-transparencia-tambien-cuando-el-prestatario-es-empresario/>.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a (2013). *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*, ed., Bosch, 2013.
- GARCÍA ABURUZA, M.^a P. (2015). Enriquecimiento injusto y ejecución hipotecaria: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, ed. Aranzadi, SA, Pamplona, pp. 1-10.
- GARCÍA AMEZCUA, A. J. (2014). La reforma de la venta extrajudicial de los bienes hipotecados, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal.*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete, M. (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 799-829.
- GARCÍA- VILLARRUBIA, M. (2014). La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17, pp. 1 y sigs.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. (2014). El control de oficio de las cláusulas abusivas. el Juez nacional como Garante de la protección del consumidor, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid ISSN 1695-1085, núm. 26, enero-junio, p. 324.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del 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), *Revista CESCO*, fecha de publicación, 6 de noviembre de 2014.
- (2014b). Cláusula Suelo: la falta de transparencia es causa de nulidad distinta de la abusividad alegada y su eventual apreciación de oficio existe una vía que garantice la contradicción de las partes (STS de 13 de noviembre de 2014), MP SR. SANCHO GARRARDO, *Revista CESCO*, fecha de publicación, 21 de noviembre de 2014.

- GONZÁLEZ PACANOSWCA, I. (1999). Comentario al artículo 7. No incorporación en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999, pp. 235 y sigs.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013). La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, pp. 4253-4279.
- JIMÉNEZ DE LUCAS, I. (2015). *Productos tóxicos bancarios*, ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- LÓPEZ CÁNOVAS, Á. (2015). La sentencia del Tribunal Supremo núm. 139/2015, de 25 de marzo, denegatoria del efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, pp. 1-6.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2014). Lo que oculta el debate sobre las cláusulas abusivas en la hipoteca: el producto insuficiente del artículo 579 LEC, *Diario La Ley*, núm. 8315, Sección Tribuna, ed. La Ley, pp. 1-13.
- MARTÍN EBERS (2012). El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *InDret* 1/2012, pp. 1-46.
- MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord., Jesús Alfaro Águila Real) (2012). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Cívitas, S.L., Madrid, 2002.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2002). Comentario al artículo 8 LCGC, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (Dir. Aurelio Méndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed., Cívitas, S.L., Madrid, pp. 428 y sigs.
- Reflexiones sobre las condiciones generales, en *Estudio Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV.
 - (2000). Comentarios al artículo 8 LCGC, en Menéndez, A., Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Civitas, 2002), p. 911.
 - Comentarios a la DA 1a de la LCGC, en Menéndez, A., Díez-Picazo, L. (dirs.).
 - Comentarios al artículo 7.1 del Código Civil, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
 - La nulidad de las condiciones generales, en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 193-223.
 - Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios, *RJUAM*, núm. 27, 2013-I, pp. 223-252.
 - Comentario al artículo 82 TR-LGDCU, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. Cámara (Dir.), Madrid, 2011, pp. 768-788.
 - La transmisión de la propiedad y la autonomía privada, *Diario La Ley*, núm. 7765, 2011.
- MORENO GARCÍA, L. (2015). *Cláusulas suelo y control de transparencia: tratamiento sustantivo y procesal*, ed., Marcial Pons.
- OLAIZOLA MARTÍNEZ, F. (2013). El necesario control extrajudicial de las cláusulas abusivas, *El notario del siglo XXI*, núm. 49.
- ORDUÑA MORENO, Fco. J. (2013). Control de transparencia y cláusulas suelo, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871, 2013, BIB 2013/2108.
- ORDUÑA MORENO, Fco. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R. (2016). *Control de Transparencia y contratación Bancaria*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- PASQUAU LIAÑO, M. (1999). Comentario a los artículo 9 y 10 de la LCGC, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Dir., Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) ed., Aranzadi, Madrid, 1999, pp. 284 y sigs.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2015). La información precontractual en la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 2, pp. 1-11.
- (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamos hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista La Ley*, 5138/2013, Diario la Ley núm. 8154, 23 de septiembre de 2013, pp. 5 y sigs.
- (2004). *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- (2011). Comentario al artículo 80, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (Dir. Cámara, Colex, 2011, pp. 696 y sigs.
- (2012). Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, *Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 9/2012.
- (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, *InDret*, 2013.
- (2013). La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, en *Diario La Ley*, núm. 8154, 2013.
- PLAZA PENADÉS, J. (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, *Diario La Ley*, núm. 8112, 2013.
- PUIG MATEU, J. (2013). El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre de 2013, pp. 157-162.
- RALUCA STROIRE, J. (2016). Algunos Tribunales consideran con razón que las cláusulas suelo son transparentes como el agua, *Revista CESCO*, Fecha de Publicación, 15 de febrero de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/02/Algunos-tribunales-consideran-con-razón-que-las-cláusulas-suelo-son-transparentes.pdf>
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L. (2014). El papel del notario en la información al consumidor. Especial referencia a las cláusulas de los préstamos hipotecarios, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete, M. (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 267-276.
- ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. (2014). Cláusula suelo y diseño gráfico notarial, *Notario Francisco Rosales de Salamanca Rodríguez* (art. electrónico), disponible en <http://www.notariofranciscorosaes.com/clausula-suelo-y-diseno-grafico-notarial/> pp. 1-4.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. (2015). Comentarios a las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 24 y 25 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.pgprocuradores.com/blog/comentarios-ultimas-sentencias-ts-clausulas-suelo/>
- Comentarios a la sentencia de la Sala 1a del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, *Revista de Derecho vLex*, núm. 141, febrero de 2016 (ed. digital).

- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2014). La «contratación bajo condiciones generales de la contratación» frente a la «contratación por negociación. Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad: análisis doctrinal al hilo de la STS de 11 de marzo de 2014, referida al contrato de mantenimiento de ascensores, Diario La Ley, núm. 8333.
- (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas: su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», Diario La Ley, núm. 8112.
 - (2013). Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, Diario La Ley, ISSN 1138-9907, núm. 8081.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia tras las SSTS de 25 de marzo y 29 de abril de 2015 (¿Hay que «repensar» el régimen de ineficacias del control de transparencia»), *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8 (agosto).
- (2016). El Sistema de Remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia, *Revista Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 7 (julio).
 - (2016). Algunas «opacidades» y «transparencias» en el control de transparencia e ineficacia de la cláusula suelo (también en la contratación entre empresarios), *RCDI*, núm. 755, mayo-junio.
 - (2016). Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015), *CCJC*, núm. 100.
 - (2016). La reforma del contrato de compraventa a través de la unificación y articulación del concepto de incumplimiento, *Estudios del Contrato de Compraventa (Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán)* Thomson Reuters Aranzadi, S.A., pp. 171-210. ISBN: 978-84-9098-889-3.
 - (2015). Crisis económica y Mercado Único hipotecario: transparencia, ineficacia, y segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as (autónomos, microempresas y PYMES), en *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete (Dir.), ed.: Thomson Reuters, Aranzadi, S.L., pp. 41-80.
 - (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, pp. 681-732.
 - (2015). Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015), *CCJC*, núm. 100, pp. 133-168.
 - (2015). Mercado Hipotecario y protección al ciudadano: el presente y futuro del mercado hipotecario, *Revista Colegio Registradores*, núm. 72, abril-junio de 2015, ed., V época, pp. 52-54.
 - (2014). Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores. También en las empresas (PYMES, emprendedores y trabajadores autónomos), en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal.*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 57-79.
 - (2013). ¿Europa pone en jaque nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria?, *Libro en Homenaje a José María Miquel González*, ed., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 3192-3221.

- (2000). La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 662, pp. 3097-3142.
- (2013). Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos, *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2329-2352.
- (2000). La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, *RCDI*, núm. 662, pp. 3097-3142.
- (1999). *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización y edificación*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (1998). El Estatuto jurídico de la propiedad urbana y sus repercusiones sobre la financiación con crédito hipotecario del proceso urbanístico, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (RFDU)*, pp. 63-118.
- (1996). *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, editorial McGraw-Hill.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M. (2015). *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, ed. Thomson Reuters, Aranzadi.
- (2014). *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2015). Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario: una visión notarial para la transposición de la Directiva 2014/17/UE, en *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, ed., Thomson Reuters, Aranzadi.
- SERRANO NICOLÁS, A. y SANCHEZ GARCÍA, J. (2016). Una imprescindible revisión de la doctrina del TS sobre los controles de incorporación y transparencia en la contratación seriada con condiciones generales, *Revista de Derecho vLex*, núm. 143. Disponible en la URL: <http://vlex.com/vid/imprescindible-revision-pymes-doctrina-632310529>.
- SERRERA CONTRERAS, P. L. (2013). Algunas reflexiones en torno a la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, pp. 191-202.
- TORRES PEREA, J. DE (2014). Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación. *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 2, pp. 23-62.
- YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada: especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos bancarios, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 8419, 2014.
- ZUGASTI CABRILLO, P. (2015). Cláusulas suelo en hipotecas de empresas, blog 16 de marzo de 2015, disponible en <http://zugastiabogados.es/clausulas-suelo-en-hipotecas-de-empresas-2/>.

NOTAS

¹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Enriquecimiento injusto..., *cit.*, pp. 133 y sigs.

² BENAVIDES FERNÁNDEZ, M. (2014). Cláusulas suelo y control de transparencia ¿también cuando el prestatario es empresario?, 4 de febrero de 2015, Blog Jurídico ¿Hay Derecho?, advierte, sumándose al Auto citado, diciendo que, «creo que esta es la interpretación más acertada. Desde el punto de vista del adherente, no resulta coherente que el ordenado empresario (art. 224 de la LSC), a quién el ordenamiento jurídico exige una diligencia superior a la del buen padre de familia, pueda actuar en el tráfico mercantil cobijándose bajo el «paraguas» de protección del consumidor. Y desde la perspectiva de las entidades bancarias, no parece razonable exigirles que actúen del mismo modo (siguiendo los mismos estándares informativos), cuando conceden financiación a una familia para la adquisición de vivienda, que cuando suscriben un préstamo con una sociedad mercantil para financiar la compra de un nuevo local o ampliar su negocio»... y concluye el autor... «En definitiva: cuando el deudor hipotecario es un empresario (y el préstamo fue suscrito en el ámbito de su actividad comercial) la cláusula suelo no puede ser declarada nula en aplicación de los estrictos parámetros del doble control de transparencia, sin perjuicio de que la nulidad pueda derivarse de las reglas generales sobre consentimiento contractual, al igual que ocurriría con cualquier otro pacto privado entre particulares».

³ Varias ocasiones ya hemos mostrado nuestra preocupación por la contratación entre empresas y la grave situación de exclusión social a que están condenados. La más reciente, al hilo de nuestro trabajo en la obra colectiva fruto del que constituyó el I Congreso Nacional sobre desahucios y ejecuciones hipotecarias que celebramos en Granada, los días 13, 14 y 15 de mayo de 2013 (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2014). Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores. También en las empresas (PYMES, emprendedores y trabajadores autónomos), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal* (Dirs. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 57-79. De hecho, en la presentación pública de dicha obra hicimos pública nuestra intención de dedicar el que constituirá el II Congreso Nacional sobre «Presente y Futuro del Mercado Hipotecario, La Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresas», organizado por la Facultad de Derecho y la Cátedra de Derecho Registral, que se celebrará en Facultad los días 8, 9 y 10 de abril de 2015, *vid.*, también nuestro trabajo, «¿Europa pone en jaque el procedimiento de ejecución hipotecaria español?», en *Homenaje a José María Miquel González*, coordinados por D. José Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, S.A., Madrid, 2014, pp. 3192-3221 y Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores, *RCDI*, núm. 738, julio-agosto de 2013, pp. 2329-2352.

⁴ Pocos son quienes públicamente han mostrado su preocupación por las PYMES. Magistralmente lo hace, J., ALMAGRO NOSETTE, J. (2013). Un auto “pionero”, abierto a grandes horizontes (Ejecución hipotecaria inmobiliaria), *Diario La Ley*, núm. 8088, Sección Columna, 22 de mayo de 2013, pp. 1-8.

⁵ Que según los datos emitidos por el Banco de España y visto que el importe total al que asciende el crédito hipotecario a los hogares españoles para la adquisición y rehabilitación de viviendas representa el 65% del PIB.

⁶ MAROTO ACÍN, J. A. (2015). Rasgos (preocupantes) de la financiación bancaria a las empresas industriales, *Registradores*, núm. 72, abril-junio de 2015.

⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M. (2015). *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, ed., Thomson Reus Aranzadi, S.A.

⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2013). Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos, *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2329-2352.

⁹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). La cláusula suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresarios (autónomos, microempresas y pymes), (titulado en la

versión digital Hay que repensar la contratación, con condiciones generales, entre empresarios, *RCDI*, núm. 748, marzo-abril de 2015, pp. 681-732 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Crisis económica y Mercado Único hipotecario: transparencia, ineficacia, y segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as (autónomos, microempresas y PYMES), *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad* (Dir. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE), ed. Thomson Reuters, Aranzadi, S.A., pp. 41-80. ISBN:978-84-9098-0507.

¹⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2014). El Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario, *REDES*, núm. 4, pp. 212-239.

¹¹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015), Mercado Hipotecario y protección al ciudadano: el Presente y futuro del mercado hipotecario, *Revista Colegio Registradores*, núm. 72, abril-junio de 2015, ed., V época, pp. 52-54.

¹² SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015), *CCJC*, núm. 100, pp. 133-168.

¹³ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia tras las SSTs de 25 de marzo y 29 de abril de 2015 (¿Hay que «repensar» el régimen de ineficacias del control de transparencia), *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, agosto y, El Sistema de Remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, julio.

¹⁴ En dicho estudio analizaremos las ocho cuestiones prejudiciales que han planteado ya los jueces de primera instancia y que se encuentran en espera de que el y en la espera de que el TJUE se pronuncie sobre la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva y la restitución de los intereses indebidamente cobrados, con lo que dice el Derecho UE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. La primera cuestión prejudicial fue planteada, en nuestra ciudad, Granada, por el Juzgado de lo mercantil, número 1, en virtud del Auto de 25 de marzo de 2015 en juicio ordinario 56/2014, que dio lugar al asunto de referencia en la actualidad, el C-154/15, las dos siguientes se plantearon en Alicante (AP Alicante, Secc. 8.ª, 10 de junio de 2015, rec. 52/2015, y 14 de junio de 2015), que han dado lugar a los asuntos C-307/15 y C-308/15), otra en Castellón (AP Castellón, Sección 3.ª, 14 de septiembre de 2015 como C-349/15)—, otra en Zamora (Audiencia Provincial de Zamora, Secc. 1.ª, 13 de julio de 2015, publicado en DOUE de 14 de septiembre de 2015 como C-381/15), (5) otra en Cantabria (AAP Santander, Secc. 4.ª, 17 de julio de 2015 como C-431/15), otra en Álava (en virtud del Auto de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava de 22 de septiembre de 2015) y la última, hasta la fecha, en la Coruña (en particular, en la AAP A Coruña, Secc. 6.ª, 4 de enero de 2016 —que en la actualidad está pendiente de admisión por el TJUE, en términos muy semejantes a las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Alicante—. Sobre el particular, *vid.*, RODRÍGUEZ ACÚTEGUI, E. (2016). Las cuestiones prejudiciales sobre cláusulas suelo en enero de 2016, blog, enero de 2016, disponible en <https://veronicadelcarpio.wordpress.com/2016/01/28/tjue/>

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 172 y sigs.

¹⁶ BARRAL VÍÑALS, I. (2015). ¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)? el control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecario, *RDP*, ISSN 0034-7922, Año núm. 99, Mes 3-4, 2015, pp. 25-70 y CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias..., *cit.*, p. 608, quien a nota a pie de página en la número 180 nos remite a la doctrina que parece compartir esta tesis (entre la que nos cita al conocer nuestro trabajo en fase de revisión de pruebas. También, ZUGASTI CABRILLO, P. (2015). Cláusulas suelo en hipotecas de empresas, blog 16 de marzo de 2015, disponible en <http://zugastiabogados.es/clausulas-suelo-en-hipotecas-de-empresas-2/>.

¹⁷ SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas

suelo en préstamos con garantía hipotecaria, *Actualidad Civil*, 29 de mayo, Editorial LA LEY. Diario La Ley, núm. 8092. Desde hace tiempo ya este último hacía públicas sus dudas sobre el particular, advirtiendo que, «... a la vista del planteamiento que hasta ahora ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, será necesario precisar si este control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo esta condiciones, con independencia de la condición de consumidor del adherente, o si, por el contrario, como parece deducirse de la sentencia dictada por el Pleno el 9 de mayo, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores... Recordemos que la falta de transparencia que se le reprocha a las entidades financieras en relación a la inclusión de la cláusula suelo no se refiere a la transparencia interna de la cláusula, es decir, a su claridad o comprensibilidad, sino a la «transparencia real» (incidencia que ha podido tener al incluirla defraudando la expectativa legítima el adherente (insistimos, persona física o jurídica, consumidor o empresarios) sobre la oferta, siendo «contraria a la buena fe»... «a la vista del planteamiento que hasta ahora ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, será necesario precisar si este control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo esta condiciones, con independencia de la condición de consumidor del adherente, o si, por el contrario, como parece deducirse de la sentencia dictada por el Pleno el 9 de mayo, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores»

¹⁸ SERRANO NICOLÁS, A. y SANCHEZ GARCÍA, J. (2016). Una imprescindible revisión de la doctrina del TS sobre los controles de incorporación y transparencia en la contratación seriada con condiciones generales, *Revista de Derecho vLex*, núm. 143. Disponible en la URL: <http://vlex.com/vid/imprescindible-revision-pymes-doctrina-632310529>. ORDUÑA MORENO, Fco. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R. (2016). *Control de Transparencia y contratación Bancaria*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 172-189.

¹⁹ *Vid.*, también, CLAVERÍA GOSALVEZ, L. H. (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, p. 19 e, YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada: especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos bancarios, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 8419, 2014. ZUGASTI CABRILLO, P. (2015). Cláusulas suelo en hipotecas de empresas, blog 16 de marzo de 2015, disponible en <http://zugastibogados.es/clausulas-suelo-en-hipotecas-de-empresas-2/>.

²⁰ El pasado 18 de mayo de 2016 el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona nos invitó a participar, junto a otros compañeros/as de civil y mercantil, en una mesa redonda junto al Letrado Asesor del Gabinete técnico del Tribunal Supremo, Carlos MARTÍN SÁNCHEZ. Con nuestro sincero agradecimiento a Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, abogado de Barcelona, director de FAMILIX y moderador del debate, y felicitándole por la iniciativa que contó con la participación activa en el debate de más de 200 abogados/as asistentes al acto, *vid.*, <http://www.icab.cat/?go=ef9d1a0ec5f1dc58757ad6cfffdb1a58854a600312cc2d373401687f1ddf3b1f7fdf398c8842>.

²¹ CÁMARA LAPUENTE, S. (2015): *Transparencias, desequilibrios e ineficacias de las cláusulas abusivas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, p. 608, quien a nota a pie de página en la número 180 se remite a la doctrina que viene abriéndose paso en esta tesis (en la que cita a varios trabajos que han sido publicados en marzo de 2015 —entre el que se encuentra nuestro tercer trabajo que no es sino un desarrollo y profundización de dos anteriores publicados en (2013). ¿Europa pone en jaque nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria?, *Libro en Homenaje a José María Miquel González*, ed., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 3192-3221 y (2014): «Alternativas...», pp. 57-79.

²² CARRASCO PERERA, A (2016). No cesan las pruebas del absurdo pensamiento único sobre las cláusulas suelo, *Revista CESCO*, fecha de publicación, 13 de mayo de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/05/No-cesan-las-pruebas-del-absurdo-pensamiento-unico-sobre-las-clausulas-suelo.pdf>

²³ Sobre el particular, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). El Sistema de Remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7 (julio). Respecto a la unificación del sistema de remedios en los textos europeos de referencia, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La reforma del contrato de compraventa a través de la unificación y articulación del concepto de incumplimiento, *Estudios del Contrato de Compraventa* (Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán) Thomson Reuters Aranzadi, S.A., pp. 171-210. ISBN: 978-84-9098-889-3.

²⁴ Acerca de la triple tesis doctrinal defendida, tradicionalmente, en nuestra doctrina acerca del control de contenido no remitimos a lo dicho en otro lugar SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusula suelo..., *cit.*, p. 700.

²⁵ En opinión de MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2002). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed., Cívitas, S.L., Madrid, pp. 56 y sigs., «donde no debe haber control de contenido, mayor es la exigencia de control de inclusión y adquiere importancia la transparencia», Comparten esta opinión, ALFARO AGUILA DEL REAL, J. (2000). El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas, *RJC*, pp. 14 y sigs.

²⁶ En este sentido, ORDUÑA MORENO, *op. cit.*, 19.

²⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Cívitas, 2009, pp. 10 y sigs.

²⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). «Hay que repensar...», *cit.*, p. 700, siguiendo la opinión de BERCOVITZ. Y es que, tal y como decía ALFARO AGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, p. 81: «Hablar de régimen jurídico de las condiciones generales es hablar de control de contenido». Una ley de condiciones generales que eluda este control es un cascarón vacío.

²⁹ A favor de considerar que en la contratación entre empresarios la protección que dispensan las normas generales es, en principio, suficiente, se muestra en nuestra doctrina, Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2009), *La protección jurídica...*, *cit.*, pp. 177 y sigs.

³⁰ Según José María Miquel González, *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, 2011, p. 1882, este control específico de las condiciones generales en contratos con adherentes empresas se residencia en el deber de buena fe como fuente de integración del contrato, en virtud del artículo 1258 del Código Civil. Así, se ha observado que la buena fe es una norma objetiva que incorpora contenidos contractuales que se sobreponen incluso a la voluntad de una de las partes y a partir de ahí se llega con toda lógica a la conclusión de que «no hay una gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes» (el predisponente). Se convierte así la buena fe del artículo 1258 del Código Civil en una norma modeladora del contenido del contrato, capaz no solo de integrar el contrato con contenidos no pactados, sino de expulsar del mismo cláusulas no negociadas que sean injustas, también en contratos entre empresas. En opinión de PERTIÑEZ VILCHEZ, F. (2013), *Tratado de Contratos*, Valencia, p. 1881, en esta hipótesis, en la contratación entre empresas, se sujetará a las normas generales de nulidad contractual.

³¹ Tradicionalmente este principio proyecta sus efectos sobre el principio de integración del contrato, conforme al artículo 1258 del Código Civil, la *interpretación contra stipulatorem*, del artículo 1288 del Código Civil y la interpretación contractual, conforme al artículo 1289 del Código Civil para saber si existe mayor o menor reciprocidad de intereses.

³² ORDUÑA MORENO, Fco. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R. (2016). *Control de Transparencia y contratación Bancaria*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 33-34.

³³ Dictada en sesión plenaria cuando era presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (hoy magistrado del Tribunal Constitucional) D. Juan Antonio Xiol Ríos.

³⁴ *RJ* 2012, 5966. También en las SSTs, Sala 1.^a, 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010.

³⁵ Desde la llamada de atención que desde Europa se hizo a España, el Supremo recoge en buena medida gran parte de la jurisprudencia comunitaria. Sobre las novedades y la revolución que ocasionó en el panorama judicial la referida sentencia, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2014). ¿Europa pone en jaque nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria?, *Libro en Homenaje a José María Miquel González*, ed., Thomson Reurs Aranzadi, S.L. pp. 3192-3221.

³⁶ En préstamos concertados por consumidores en el marco de ocho acciones de nulidad individuales de contratos de préstamos hipotecario concertados y que alude al control de transparencia real. Ponente Excmo D. Francisco Javier ORDUNA MORENO.

³⁷ La primera de las sentencias resuelve negativamente un recurso de casación que solicitaba del TS que revocara su propia doctrina sobre el control de transparencia de las cláusulas abusivas. En esta sentencia, el TS nos insiste en determinar que el control de transparencia cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica, tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

³⁸ *RJ* 2015, 1279.

³⁹ *RJ* 2015, 1280.

⁴⁰ Publicadas ambas, pese a la fecha del fallo, el 17 de abril de 2015.

⁴¹ *RJ* 2014, 5771.

⁴² A través de esta sentencia el Supremo recuerda que la abusividad ha de ser objeto de contradicción entre las partes. En concreto, resulta enormemente ilustrativo el FD Tercero, apartado 3 *in fine*, la metodología que debe seguirse para analizar si estamos ante una cláusula abusiva o no.

⁴³ *RJ* 2014, 677.

⁴⁴ *RJ* 2015, 138.

⁴⁵ *RJ* 2015, 5618. En la que realiza un pormenorizado estudio en su Fundamento de Derecho cuarto de la jurisprudencia dictada por la propia Sala del TS y por el TJUE, recordando la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales de los contratos, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación.

⁴⁶ Sobre el particular, *vid.*, ALFARO AGUILA-REAL, J. (2016). La transparencia de las cláusulas-suelo según las Audiencias Provinciales, Blog, entrada en 22 de junio de 2015. Disponible en la siguiente URL: <http://almacendederecho.org/la-transparencia-de-las-clausulas-suelo-segun-las-audiencias-provinciales/> y RALUCA STROIRE, J. (2016). Algunos Tribunales consideran con razón que las cláusulas suelo son transparentes como el agua, *Revista CESCO*, Fecha de Publicación, 15 de febrero de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/02/Algunos-tribunales-consideran-con-razon-que-las-clausulas-suelo-son-transparentes.pdf>

⁴⁷ Sobre la licitud de la cláusula, *vid.*, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., Requisitos sobre la validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 6, 2013, p. 120.

⁴⁸ Informe del Banco de España, BOCG núm. 457, de 7 de mayo de 2010, p. 13. Conforme a la Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, derogadora de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y por la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

⁴⁹ STJUE, Sala Primera, 14 de abril de 2016, en los asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas con

arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, mediante autos de 27 de junio de 2014, recibidos en el Tribunal de Justicia los días 11 y 12 de agosto de 2014, declara que: «El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva».

⁵⁰ Y es que, siguiendo el criterio de la jurisprudencia del TS, el examen de la abusividad de las cláusulas impugnadas se ha realizado con carácter general (partiendo de su carácter sorpresivo para el cliente por la forma en que las entidades bancarias incluyeron la cláusula en el contrato —entre las condiciones generales, prestando una importancia secundaria a la misma y sin completar la misma con la información adecuada—) y con independencia de las concretas circunstancias que rodearon a la celebración de los contratos, por lo que el mismo tiene perfecto encaje en la regla del control abstracto. En este sentido y como advirtió el Supremo en la sentencia 24 de marzo de 2015 (FD Quinto, punto 7), el control de transparencia solo puede realizarse caso por caso es incompatible con la regulación que hacen de la acción colectiva tanto el derecho interno como el derecho comunitario. Advierte, las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los artículo 12 y siguientes LCGC y 53 y siguientes TRLCU, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución, que responden a las exigencias de artículo 7 de la ya citada Directiva 93/13/CEE, y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y con anclaje constitucional en el artículo 51.1 de la Constitución. De lo contrario nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería.

⁵¹ También se muestran a favor del control de transparencia en la contratación, con condiciones generales, con consumidores, entre otras, las SSAP, Sección 4.^a, de Las Palmas, de 26 de noviembre de 2014, SAP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014, SAP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2014, SAP Burgos, Sección 2.^a, de 28 de enero de 2014, SAP Badajoz, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2014, SAP Zaragoza, Sección 5.^a, de 8 de enero de 2014, SAP Granada, Sección 3.^a, de 18 de octubre de 2013, SAP Cáceres, Sección 1.^a, de 2 de octubre, 20 de junio, 18 de junio y 22 de mayo de 2013, SAP Madrid, Sección 25.^a, de 18 de septiembre de 2013, SAP Murcia, Sección 4.^a, de 12 de septiembre de 2013, SAP Cuenca, Sección 1.^a, de 30 de julio de 2013, SAP Alicante, Sección 8.^a, de 12 de julio de 2013, SAP Álava, Sección 1.^a, de 9 de julio de 2013, SAP Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio de 2013, SAP Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de mayo de 2013.

⁵² Compartimos la opinión de ALFARO AGUILA-REAL, J. (2015). La transparencia..., *cit.*, 1 y sigs.

⁵³ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que «repensar»..., *cit.*, pp. 693 y sigs.

⁵⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2015), La información precontractual..., *cit.*, pp. 2-4, se refiere este autor a los elevados niveles del umbral de transparencia establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, al considerar insuficiente para determinar la validez de una cláusula que incida en el coste de un préstamo hipotecario su inclusión en la Escritura de Préstamo con una redacción clara y comprensible, así como su inclusión en la documentación precontractual aportada al consumidor. Además de todo eso, debe aportarse con la suficiente antelación una información adecuada sobre la existencia de dicha cláusula y sobre su incidencia en el coste real del crédito, para que el consumidor adopte su decisión con pleno conocimiento de causa.

⁵⁵ Este deber de información precontractual lo hallamos en las Órdenes Ministeriales de 5 de mayo de 1994 y la de 28 de octubre de 2011, donde debe especificarse, entre otros extremos, la existencia de límites a la baja o al alza (cláusulas suelo o techo) o de cualquier instrumento limitativo de la variabilidad del tipo de interés; y ejemplos numéricos donde se haga constar la repercusión de los cambios en el tipo de interés en el importe de las cuotas.

⁵⁶ El artículo 14 de la Directiva establece que la FEIN se aportará con la suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por el contrato, para que pueda evaluar la oferta y comparar los créditos disponibles en el mercado, a fin de que el consumidor pueda comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito.

⁵⁷ SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2015). «Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario: una visión notarial para la transposición de la Directiva 2014/17/UE», en *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M., (Dir.), ed. Aranzadi, SA, pp. 332-333.

⁵⁸ Por su parte, el STJUE de 1 de octubre de 2015, Asto.: C-32/14, § 47, que remite a su vez a los §§ 65-67 y 72 de las Conclusiones del Abogado General, apoyándose en las Conclusiones del Abogado General en el Asunto 32/14, considera que «la Directiva 93/13 no impone a los Estados una modificación de su legislación en la función notarial que permita al Notario promover un incidente contradictorio entre las partes, a cuyo término se pronunciará sobre el carácter abusivo de la cláusula de que se trate, declarando así su nulidad».

⁵⁹ Véase artículo 147 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con el Reglamento de la organización y el régimen del Notariado (en adelante, RN): «*Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios*».

⁶⁰ Tal y como propone CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias..., *cit.*, p. 612 nota número. 191, «Cabe presumir que el legislador, al tanto del nuevo control de transparencia diseñado por el TS precisamente en el contexto de este tipo de estipulaciones bancarias que determinan la cantidad exigible e en la ejecución, ha querido establecer que la falta de transparencia judicialmente declarada también es causa de oposición en la venta extrajudicial». Sobre el control notarial, *vid.*, también, GARCÍA AMEZCUA, A. J. (2014). La reforma de la venta extrajudicial de los bienes hipotecados, en Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social... *cit.*, p. 822 y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2015). «Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario: una visión notarial para la transposición de la Directiva 2014/17/UE», en *Presente y Futuro...* *cit.*, pp. 345 y sigs., y SEDA HERMOSÍN, M. A. (2015). «Cláusulas abusivas y control notarial», en *Presente y futuro...* *cit.*, pp. 185 y sigs.

⁶¹ Dice la STJUE de 27 de junio del año 2000, Asto.: C-240/98, citando a su vez la STJUE de 26 de octubre del año 2006, Asto.: C-168/05: «*queda excluido que el artículo 6.1 de la*

Directiva 93/13 pueda interpretarse en el sentido de que el consumidor únicamente puede considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva si ha presentado una demanda explícita; por su parte, señala la STJUE de 14 de junio de 2012, Asto.: C-618/10: «la depuración por el Juez de la cláusula abusiva debe realizarse incluso de oficio. Asimismo, la jurisprudencia comunitaria no permite que pueda entenderse que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria deroga el mandato del artículo 84 de la Ley de Consumidores y Usuarios».

⁶² Sobre el particular, *vid.*, AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Habilitación de la DGRN a los registradores de la propiedad para ejercer un control de precios o el parto de los montes sobre la relación cuantitativa entre intereses moratorios y remuneratorios. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2015 y de 10 de febrero de 2016, *Revista CESCO*, 19 de abril de 2016 (Disponible en, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/04/Habilitacion-de-la-DGRN-a-los-registradores-de-la-propiedad-para-ejercer-un-control-de-precios.pdf>) [consultado el 19 de abril de 2016] y CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, L. M.: Intereses remuneratorios, abusividad y calificación registral. El Blog de Luis Cazorla. Disponible en <http://luiscazorla.com/2015/10/intereses-remuneratorios-abusividad-y-calificación-registral/> [consultado el 6 de abril de 2016].

⁶³ CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). «Transparencias...», *cit.*, p. 641, refiriéndose, a su vez, a ALMENAR BERENGUER, *op cit.*, p. 54, propuesta final 3.^a: «la actuación preventiva de la autoridad económica y de los Notarios y Registradores es fundamental, por lo que han de ampliarse sus facultades en orden al control de las cláusulas, con posibilidad de elevar consultas a la DGRN».

⁶⁴ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F. (2013). «El necesario control extrajudicial de las cláusulas abusivas», *El notario del siglo XXI*, núm. 49.

⁶⁵ Propuesta de CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). «Transparencias...», *cit.*, pp. 641-642, tomando como base la regulación de diversas autoridades existentes en nuestro país, así como los modelos de Derecho comparado.

⁶⁶ Ver artículo 40.1 de la Propuesta de Directiva sobre protección de los consumidores de 25 de octubre de 2008: «La Comisión estará asistida por el Comité sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores».

⁶⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.: Cláusula suelo..., *cit.*, pp. 689 y sigs.

⁶⁸ La Audiencia Provincial además de declarar que la cláusula suelo era clara y comprensible, al constar esta de forma aislada y separada del resto de cláusulas contractuales, concluye que «quien aconseja a sus clientes no podrá aducir ignorancia cuando es ella misma quien tiene la condición de prestataria en el contrato».

⁶⁹ A favor de estimar FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. A., Y ARROYO MARÍN, A. (2015). *Cláusulas suelo: no hay café para todos*, 5 de mayo de 2015.

⁷⁰ En este sentido, CÁMARA LAPUENTE S. (2015). *Transparencias...*, *cit.*, p. 614.

⁷¹ Opinión que compartimos (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusula..., *cit.*, 689 y 698) junto a CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). El control de las cláusulas..., *cit.*, p. 123.

⁷² Advierte, con acierto, Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Comentario al artículo 9, en *Comentarios a las condiciones...*, *cit.*, p. 490, que, «Qué debe entenderse por adherente viene definido en el artículo 3, que tiene por rúbrica «ámbito subjetivo», según el cual tiene la condición de adherente toda persona física o jurídica, sea profesional o no, resultando indiferente en el caso de profesiones que actúen en el marco de la actividad profesional o empresarial, pública o privada. De este modo, es adherente toda persona que haya celebrado un contrato que contenga condiciones generales predisuestas por la contraparte. La consecuencia más importante del artículo 9.1 LCGC radica, como ya se ha adelantado, en excluir la legitimación activa del predisponente para solicitar la declaración judicial de nulidad o no incorporación al contrato de las condiciones generales impuestas por él mismo». La autora advierte, con acierto, que también podría ser legitimado activo «...el fiador, a quien el artículo 1853 del Código Civil expresamente autoriza para oponer «todas las excepciones que competan a deudor principal y sean inherente a la deuda (principal)».

⁷³ SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015): Cláusula suelo..., *cit.*, pp. 688 y sigs.

⁷⁴ La SJMerc de Córdoba, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 2014, se posiciona a favor de los empresas, advirtiendo que, «En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresas y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC ->[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» -, 7 LCGC...» (FD Primero).

⁷⁵ El artículo 70 quáter LMV fue introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Conforme a su originaria redacción, vigente al tiempo en que fueron concertados los contratos de swap objeto de litigio, este precepto, bajo la rúbrica «Conflicto de interés», disponía lo siguiente: «1. De conformidad con lo dispuesto en la letra d), apartado 1, del artículo 70 ter, las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, incluidos sus directivos, empleados, agentes o personas vinculadas con ella, directa o indirectamente, por una relación de control; o entre los diferentes intereses de dos o más de sus clientes, frente a cada uno de los cuales la empresa mantenga obligaciones» A tales efectos no se considerará suficiente que la empresa pueda obtener un beneficio, si no existe también un posible perjuicio para un cliente; o que un cliente pueda obtener una ganancia o evitar una pérdida, si no existe la posibilidad de pérdida concomitante de un cliente. »Igualmente deberán aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización, destinada a impedir que los conflictos de interés perjudiquen los intereses de sus clientes» 2. Cuando las medidas organizativas o administrativas adoptadas para gestionar el conflicto de interés no sean suficientes para garantizar, con razonable certeza, que se prevendrán los riesgos de perjuicio para los intereses del cliente, la empresa de servicios de inversión deberá revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto al cliente antes de actuar por cuenta del mismo» 3. Reglamentariamente se establecerán las reglas para la identificación y registro de los conflictos de interés, y las medidas, requisitos organizativos y políticas que deban adoptarse para garantizar la independencia del personal que ejerce actividades que impliquen riesgo de conflicto de interés, así como la información que deba suministrarse a los clientes afectados o al público en general». Este precepto se halla ubicado, en la Ley del Mercado de Valores, dentro el Título III (Empresas de servicios de inversión) y el capítulo III (Condiciones de ejercicio), distinto del Título VII (Normas de conducta), en el que se encuentra el artículo 79 bis relativo a las obligaciones de información. El artículo 70 quáter impone a las empresas que prestan servicios de inversión, como la caja demandada, el deber de organizarse y adoptar las medidas necesarias para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o grupo. Además, deben aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización. Los conflictos de interés potencialmente perjudiciales para los clientes aparecen descritos en el artículo 44 del RD 217/2008, de 15 de febrero:

⁷⁶ *Vid.*, SERRANO NICOLÁS, A. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2016). Una imprescindible..., *cit.*, pp. 1 y sigs.

⁷⁷ Tesis que hemos defendido en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). La cláusula suelo..., pp. 681 y sigs. y sobre la que hemos insistido, en Crisis económica..., *cit.*, pp. 41-80. (en particular, en la p. 61, al referirme a algunas opacidad del control de transparencia. 2.1. El ámbito subjetivo de dicho control), a la que se suma de manera explícita SERRANO NICOLÁS, A. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2016). Una imprescindible..., *cit.*, pp. 1 y sigs. Por su parte, CÁMARA LAPUENTE, S. (2015): Transparencias..., *cit.*, pp. 608, confiesa que cada día son mas los que se suman a defender el control de transparencia en la contratación entre empresarios, remitiéndonos en la nota núm. 180 a quienes venimos defendiendo esta opinión y confesando, también, que en fase de revisión de pruebas tuvo conocimiento de nuestro trabajo. También sostienen este criterio, entre otros, BARRAL VIÑAS, I. (2015). ¿Abusivas..., *cit.*, pp. 25 y sigs. En opinión de PLAZA PENADÉS, (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base

de la STS de 9 de mayo de 2013, *Diario la Ley*, a raíz de la extensa y prolija STS de 9 de mayo de 2013, de Pleno, hay que delimitar y distinguir el control de transparencia con los controles de inclusión y contenido o abusividad; cuestión que en la citada sentencia no queda clara. Por ello se integra con lo ya señalado inicialmente en la STS de 18 de junio de 2012. La correcta delimitación del control de transparencia, en fase de elaboración jurisprudencial, puede proyectarse además a otros supuestos donde también se acredite la falta de información clara y comprensible sobre la posición contractual y la carga económica del (consumidor) adherente, como en el caso de «las participaciones preferentes».

⁷⁸ En opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2002). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez Picazo y Ponce de León), ed., Cívitas, S.L., Madrid, pp. 56 y sigs., «donde no debe haber control de contenido, mayor es la exigencia de control de inclusión y adquiere importancia la transparencia». Comparten esta opinión, ALFARO ÁGUILA REAL, J. (2000). «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», *RJC*, pp. 14 y sigs.

⁷⁹ A juicio del magistrado, en el presente supuesto, «la referida cláusula, difícilmente podría cumplir los requisitos de incorporación, y su control, pues curiosamente se observa en el contrato concertado, que en un primer momento, y bajo el epígrafe de «datos financieros de contrato», se aludía a que «el margen diferencial constante era del 1%». Para luego, volver a insistir en este punto en la cláusula 9, de las condiciones particulares, donde quedaba fijado literalmente que «el tipo de interés para el saldo pendiente de recuperación del bien del primer periodo será el inicialmente pactado, para los sucesivos periodos el tipo de interés a aplicar al saldo pendiente de la recuperación del coste del bien, será el resultante de sumar un punto porcentual al último tipo básico de referencia que estuviera vigente en el segundo día hábil anterior a la fecha de revisión». Es decir, volvía a incidir de nuevo, claramente, en el tipo de interés aplicable. Y sorprendentemente en las hojas últimas de la póliza de contrato, y bajo el epígrafe «hoja anexa», y «explicación», es decir, complemento de lo ya pactado, y no modificación, se estableció la cláusula 6.4, donde se fijaba 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%». Es decir, en un contrato, aparece en dos ocasiones el tipo del 1%, para luego, sin motivo alguno, en la hoja final, en un anexo, se modifica lo pactado expresamente, para establecer un tipo contradictorio con el anterior, y sensiblemente superior, del 4%. Es evidente que estas cláusulas, y en concreto la 6.4 aludida, no podría superar el control de incorporación por estar redactada en términos oscuros y difusos. No comprensibles en un plano formal. Por lo cual, esta cláusula ya no superaría el primero de los filtros, siendo indiferente a estos efectos que la parte actora, sea empresario o no. Es decir, solo por este motivo, ya sería bastante para dar lugar a la desestimación del recurso».

⁸⁰ Sobre el particular, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que «repensar»..., *cit.*, pp. 689 y sigs. y las referencias a los juzgados de primera instancia que se suman a esta lucha a favor de las empresas.

⁸¹ PLAZA PENADÉS, J. (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales e la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, *Diario la Ley*, núm. 81 y Del moderno control de transparencia de la doctrina del Tribunal Supremo sobre irretroactividad de las cláusulas suelo, *Diario la Ley*, núm. 8547, mayo de 2015, p. 8. En contra SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015): Cláusula..., *cit.*, 689 y 698 y CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias ... *cit.*, p. 605, nota núm. 177.

⁸² En opinión de FRANGA MANDIAN, A (2014). Transparencia y abusividad. Competencia objetiva en las cláusulas suelo, SP/DOCT/2014, p. 1, «La STS de 9 de mayo de 2013 no declara la nulidad de las cláusulas por falta de transparencia sino por desequilibrio, esto es, aplica el concepto legal de cláusulas abusivas contenido en el artículo 82 de la LGDCU (que toma como fuente el artículo 3.1 de la Directiva 83/13) cuando establece como tales aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». En opinión de este

autor, «El consumidor, y esta es una reflexión personal, es acreedor de una protección adicional pero no es un incapaz. Llegados a este punto, y toda vez que las «cláusulas suelo» son condiciones generales (esto ni se discute) la pretensión de nulidad por abusividad se sustenta en la LCG, concretamente en el artículo 8.2 cuando establece que «En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disp. adicional 1.ª L 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores u Usuarios». Es decir, la LCG establece además de la nulidad de cláusulas por infracción de la propia Ley (art. 8.1) la nulidad de las condiciones generales abusivas, para lo cual se remite a la normativa de consumidores (remisión que pese a su literalidad ha de entenderse referida a la vigente LGDCU)».

⁸³ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que repensar..., *cit.*, 689 y 698 y CÁ-MARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias..., *cit.*, pp. 602, nota número 165 y 604 y sigs.

⁸⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). La transparencia..., *cit.*, pp. 3 y sigs.

⁸⁵ A favor de esta tesis, *vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1999). Comentarios a la Disposición adicional primera, en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999, pp. 753 y sigs.; GONZÁLEZ PACANOSWCA, I. Comentario al artículo 7. No incorporación en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999, pp. 235 y sigs., y PAGADOR LOPEZ, J. (1998). *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid 1998, pp. 53 y sigs.

⁸⁶ A diferencia del Código de Consumo Catalán en el que, recientemente, se ha dado cabida dentro del concepto de «persona consumidora» a los trabajadores autónomos y las empresas prestadores de servicios básicos y servicios de trato continuado y a las que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE. Otra diferencia importante en la legislación catalana radica en la reciente aprobada Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. Una Ley respecto de la cual en el Consejo de Ministros celebrado el pasado 29 de abril de 2016 se acordó en el la interposición de recurso de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos de la (en particular, se recurren los artículos 2, 3, 4, 5, 7, y las disposiciones adicional, transitoria segunda y final tercera de la mencionada Ley, interesando la suspensión de los artículos recurridos).

⁸⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que «repensar»..., *cit.*, p. 689.

⁸⁸ *Vid.*, la RDGRN 22 de julio de 2015, en virtud de la cual se ha advertido que cuando los prestamistas son personas físicas que no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, y dicha circunstancia es constatada por el Registrador que califica la escritura de hipoteca por consulta al «Servicio de interconexión de los Registros de la Propiedad», en los términos que resultan de la resolución de 4 de febrero de 2015, se debe excluir la aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios LA LEY 11922/2007) y paralelamente de la Ley 2/2009, de 31 de marzo (LA LEY 5465/2009) y de la Orden EHA 2899/2011.

⁸⁹ En este sentido se expresan, entre otras, las SSAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 21 de octubre y 17 de julio de 2014, el SJMerc de Córdoba, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 2014, También el Auto de la AP Huelva, Sección 2.ª, de octubre de 2014.

⁹⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que repensar..., *cit.*, pp. 685 y sigs.

⁹¹ Roj STS 2820/2014.

⁹² «... debe señalarse que la parte actora, y aquí recurrida, no ostenta la condición de consumidor pues, pesa a la interpretación de la Audiencia, no cabe duda de que el destino del local adquirido queda integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios (despacho de abogados)». En esta ocasión, la parte recurrente alegó, en el motivo primero del recurso de casación, que había una aplicación indebida de la legislación de consumidores y usuarios al atribuir la condición de consumidores a los recurridos, motivo que estimó el Tribunal Supremo en esta sentencia, determinando que no puede ostentar la condición de consumidor el profesional, pues según su juicio no queda duda de que el

local adquirido (objeto del litigio), está integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios. Sin embargo, el Supremo se opuso al considerar al comprador del inmueble, pese a ser una persona física, como consumidor, pues tiene en cuenta el destino al que se dirige el bien, siendo este un destino profesional: un despacho de abogados, lo que le hace merecedor de la negativa no solo de la LGDCU sino de la LCGC. Cfr. En el mismo sentido, las SSTs de 24 de septiembre de 2013 y 10 de marzo de 2014.

⁹³ Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. En esta sentencia se le niega la condición de consumidor a la *Pyme* que realiza un contrato de prestación de servicios de gestión en aspectos urbanísticos: legales, fiscales y cualquiera relacionados con la promoción *no ostenta la condición de consumidor* quedando, por tanto, sujeto al régimen general del contrato por negociación. En esta ocasión el Supremo se planteó, como cuestión de fondo, si pese a la indicada naturaleza del contrato el juez puede tener en cuenta el desequilibrio contractual, propio del contrato bajo condiciones generales, a la hora de decidir sobre la *posible moderación de una cláusula penal configurada como «pena de arrepentimiento»*, en el caso de resolución unilateral y anticipada del contrato (en rigor, facultad de desistimiento unilateral del contrato celebrado), llegando a la conclusión de estimar que *no por no tratarse de un consumidor*. A continuación, se remite el Supremo a la STS de 18 de junio de 2002 en la que ya se recordó que la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar especialmente el ámbito contractual predispuesto y, con ello, de incidir en la regulación del tráfico patrimonial sujeto a estas características de contratación, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico «modo de contratar» diferenciable de la contratación tradicional por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.

⁹⁴ En esta sentencia se le negó la condición de consumidor a la Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas contra TRAYSER GESTIÓN INTEGRAL, S. L., alegando que «el control de abusividad solo es posible para la contratación por un profesional en relación con los consumidores, de cuyo entendimiento quedan excluidas las personas jurídicas». En la STS de 23 de julio de 2013, recuerda el supremo que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales».

⁹⁵ Advierte en el FD Tercero que no estamos ante una contratación con consumidores; lo que le lleva a excluir de plano la aplicación extensiva de la doctrina jurisprudencial del control de transparencia y en añade en el FD Cuarto, que «... debe diferenciarse este supuesto (cláusula suelo) de todos aquellos en los que nos encontramos ante productos financieros complejos, en los que una falta de información complementaria es imprescindible para comprender las consecuencias jurídico y económicas de la contratación, porque en este caso la cláusula de la que tratamos es sencilla y de fácil comprensión, por lo que su aceptación no exige otros conocimientos que su propio contenido y por la demandante no puede alegarse la concurrencia de vicio de consentimiento en tanto en cuanto nos encontramos ante una persona que actúa mediante su Administrador que lo es o lo ha sido de otras sociedades y que está habituado a la negociación y suscripción de contratos de préstamo para la realización de las actividades empresariales».

⁹⁶ *Vid.*, FD Segundo, según el cual, «Dicha entidad, que como se ha dicho es una sociedad de capital, solicitó el préstamo en el ámbito de su actividad empresarial y por ello carece de la condición de consumidor o usuario de conformidad con el Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por lo que la posición de la entidad demandante se produce en plano de igualdad con la entidad demandada sin poder acogerse a dicha legislación, en materia de protección de consumidores y usuarios. Por otro lado, resulta acreditado en autos, que la escritura que se impugna es la cuarta escritura de constitución de préstamo hipotecario suscrita entre la actora y la demandada y la tercera de refinanciación, de modo que el Banco propuso dicho crédito como solución a varios impagos de los recibos del primer préstamo que estuvo a punto de entrar en mora, tratándose de un préstamo de carencia intermedia y como se dice en el informe de solicitud de novación redactado por al Directora de la Oficina gestora, se concertó para tener circulante para actividad de la sociedad, esto es, la explotación del Hotel».

⁹⁷ Cfr. SOLER SOLÉ, G., SERRA RODRÍGUEZ, A., IZQUIERDO BLANCO, P., FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. (2014). *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Ed. Bosch. Barcelona. 2014, pp. 30 y 35, quienes consideran que no se puede considerar consumidor/a a la persona física que se vale de su condición de empresario o profesional para contratar bienes o servicios para su uso particular.

⁹⁸ «Es en la cláusula decimoctava de la escritura denominada «cláusula de afianzamiento» cuando los actores intervienen como fiadores de la operación, garantizando solidariamente al Banco el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte prestataria y como venimos diciendo en otras resoluciones, el fiador de un prestatario no consumidor carece de la protección «ad hoc» de las leyes a él dirigidas. Así en el auto dictado por esta misma Sección de la Audiencia Provincial de 21 de febrero de 2014 (rec. 64/2014), reiterando el criterio expresado en muchos otros (auto de 25 de octubre de 2013, 5 de abril de 2013, rec. núm. 14/13; de 17 de abril de 2013, rec. núm. 34/13), donde excluimos la condición de consumidor al fiador o avalista cuando el prestatario es una sociedad y se le ha concedido el préstamo en el ejercicio de su actividad empresarial».

⁹⁹ No le resulta de aplicación la LCGC. Resulta, por tanto, improcedente declarar la nulidad ya que la cláusula suelo fue conocida por la parte actora, o cuando menos debió conocerla, y, en consecuencia, valorada a la hora de prestar su conformidad para obtener financiación, sin que pueda observarse en la conducta de la demandada la existencia de mala fe o ánimo de ocultación.

¹⁰⁰ Sentencia que se remite, en su argumentación a la SAP Barcelona, sección 15.^a, de 26 de enero de 2012, según la cual debe existir, como premisa fundamental, que el contrato haya sido celebrado con un «consumidor», pues en caso contrario, la demanda carecería de fundamento. En este sentido, concluye el Juzgado, no resulta de aplicación la LCGC. Resulta, por tanto, improcedente declarar la nulidad porque la cláusula suelo fue conocida por la parte actora, o cuando menos debió conocerla, y, en consecuencia, valorada a la hora de prestar su conformidad para obtener financiación, sin que pueda observarse en la conducta de la demandada la existencia de mala fe o ánimo de ocultación.

¹⁰¹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015) *Crisis...*, cit., pp. 61 y sigs.

¹⁰² «Es en la cláusula decimoctava de la escritura denominada «cláusula de afianzamiento» cuando los actores intervienen como fiadores de la operación, garantizando solidariamente al Banco el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte prestataria y como venimos diciendo en otras resoluciones, el fiador de un prestatario no consumidor carece de la protección «ad hoc» de las leyes a él dirigidas. Así en el auto dictado por esta misma Sección de la Audiencia Provincial de 21 de febrero de 2014 (rec. 64/2014), reiterando el criterio expresado en muchos otros (auto de 25 de octubre de 2013, 5 de abril de 2013, rec. núm. 14/13; de 17 de abril de 2013, rec. núm. 34/13), donde excluimos la condición de consumidor al fiador o avalista cuando el prestatario es una sociedad y se le ha concedido el préstamo en el ejercicio de su actividad empresarial».

¹⁰³ Ponente Sr. Pérez Benítez.

¹⁰⁴ ALFARO ÁGUILA REAL, J. (1999), *Las condiciones generales de la contratación*, ed., Civitas, Madrid, p. 81.

¹⁰⁵ Según el artículo 8,2 LCGC, «En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» —remisión se entiende hoy hecha al artículo 83 TRLCU y 85 de 2014.

¹⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1999), «Comentario...», cit., p. 265.

¹⁰⁷ Vid., el estudio elaborado por César Martín Machuca y Cristina Rodríguez Llorens, sobre «La participación de las Pymes y de las grandes empresas europeas en el comercio internacional de Bienes», <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/Informes-BoletinesRevistas/BoletinEconomico/14/Jul/Fich/be1407-art2.pdf>.

¹⁰⁸ En opinión de MARTÍN EBERS, El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *Indret* 1/2012, pp. 29-30 «La restricción del ámbito de aplicación del instrumento

opcional a las Pymes es incomprensible. ¿Por qué las grandes empresas no pueden tener, en general, la posibilidad de basar sus contratos en el instrumento opcional?» El mismo autor se responde, justificando, en cierta medida la opción del Reglamento Europeo, diciendo «Por otro lado, la restricción del control de cláusulas a los contratos con las Pymes tiene sentido si se piensa que las pequeñas o medianas empresas precisan protección, mientras que las grandes empresas siempre tienen la posibilidad de chequear los clausulados por sus departamentos jurídicos».

¹⁰⁹ En el artículo 83 de la Propuesta de Reglamento de Compraventa, se ofrece una definición de «abusivo» aplicable a los contratos entre comerciantes y consumidores. En este sentido, se dice en dicho precepto que una cláusula contractual incorporada por aquel que no haya sido negociada individualmente será abusiva, «si causa, en contra de las exigencias de la buena fe contractual y en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo en los derechos y las obligaciones de las partes derivados del contrato». El artículo 84 NCCE contiene una lista negra de 11 cláusulas contractuales que se consideraran siempre abusivas; y el artículo 85 NCCE contempla una lista gris de 23 cláusulas presuntamente abusivas. Compartimos la opinión de Martín Ebers («El control...», *cit.*, pp. 32-33), para quien «La Propuesta va más allá de los ACQP y el DCFR. En ambos cuerpos de reglas, la lista negra contiene una única cláusula (la que otorga jurisdicción exclusiva. La normativa común producirá un aumento del nivel de protección del consumidor en muchos Estados. Los consumidores de países en los que el Anexo de cláusulas solo tenga carácter ilustrativo, serán protegidos por las listas negra y gris».

¹¹⁰ MARTÍN EBERS (2012), El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *Indret* 1/2012, pp. 1-46, disponible en www.indret.com/pdf/881_es.pdf, pp. 34 y sigs., «Según el DCFR el control de contenido solo se refiere a las condiciones generales de contratación, es decir, a las cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes. Al amparo de la normativa Común, el control de contenido del artículo 86 NCCE rige en general para las cláusulas no negociadas individualmente, por tanto, para las cláusulas que han sido previamente formuladas para una sola transacción».

¹¹¹ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de PECL.

¹¹² Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de Principios ACQUIS.

¹¹³ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de Marco Común de Referencia (DCFR).

¹¹⁴ *Vid.*, María Amalia BLANDINO GARRIDO, Comentario al artículo II.- 904 DCFR, en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* /Dir. Antonio Vaquer Vaquer Aloy, ed., Esteve Bosch Capdevila, 2009, p. 662, nota p. 536.

¹¹⁵ Antonio VAQUER ALOY, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, ed., Esteve Bosch Capdevila, 2009, pp. 665 y sigs.

¹¹⁶ En este sentido, MARTÍN EBERS (2012), El control de cláusulas abusivas..., *cit.*, pp. 36 y sigs., quien advierte, además, que «En la Unión Europea, al menos 14 Estados miembros han renunciado a establecer normas de carácter general que se dirijan específicamente al control de las condiciones practicadas en las relaciones entre comerciantes».

¹¹⁷ Opinión que compartimos junto a Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013), «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia», Revista Cesco 2013, disponible en blg.uclm.es/cesco/files/2013/05/NO-PUEDEN-CALIFICARSE-COMO-CLAUSULA-ABUSIVA-A-QUE-DEFINE-EL-OBJETO-PRINCIPAL-DEL-CONTRATO.pdf.

¹¹⁸ Dice el artículo 86, ter, apartado 2 LOPJ, a «Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia».

¹¹⁹ *Vid.*, las SSAP, Sección 28.º, de Madrid de 16 de noviembre de 2012 que se remite a la de 12 de febrero de 2010 de esta misma audiencia y sección, en la SAP de La Coruña de 31 de julio de 2012, Auto de la AP Huelva de 20 de abril de 2012 y en la SAP de Huelva de 4 de mayo de 2012.

¹²⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que repensar..., *cit.*, pp. 696-698, en el que analizamos las tres posturas que hoy dividen a la jurisprudencia menor en torno a determinar la competencia de uno u otro juzgado para conocer de la acción de nulidad de la cláusula suelo.

¹²¹ Advierte el Auto de la AP Barcelona, Sección 17.^a, 21 de enero de 2015 que, «Examinada la demanda se aprecia que la causa de pedir determinante de la nulidad se asienta en la existencia de cláusula abusiva de conformidad con la normativa protectora de consumidores y usuarios. Este es el fundamento normativo primordial que da cobertura a la pretendida nulidad de la cláusula contractual por más que también se invoque en el cuerpo de la demanda, en cita aislada, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación...».

¹²² Se pronuncia a favor de atribuir la competencia a los Juzgados de Primera Instancia cuando se ejercitan acciones como la presente, que, «Esta Sala comparte el mismo criterio de que las acciones de nulidad contractual de una condición general basada en vicios del consentimiento o en el carácter abusivo de la misma no constituyen, en rigor, «acciones típicas» de la legislación sobre condiciones generales de la contratación, y que, aunque estén previstas en la misma, realmente ocurre por remisión a otros textos legales».

¹²³ *Vid.*, el razonamiento jurídico segundo, *in fine*, en el que se advierte que, «A fin de resolver las dudas que puedan plantearse en la materia que nos ocupa, debemos estar al caso concreto teniendo cuidado de examinar las acciones que se ejercitan en un determinado litigio, para de esta manera determinar la competencia... no por aquella mención a la LCGC, son en cualquier caso competencia de los Juzgados de lo mercantil».

¹²⁴ Advierte «Pues bien, la lectura del escrito de demanda pone de manifiesto que la parte actora invoca para defender el carácter abusivo de la cláusula controvertida tanto la Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 10 bis —vigente a la firma del contrato— contenía una enumeración de cláusula abusivas, como hace el artículo 82 del actual texto refundido de la misma norma (Real Decreto Legislativo 1/2007), que tiene el mismo objeto. Esto es, la base jurídica de la reclamación de cantidad está constituida por la pretendida abusividad de la cláusula suelo, con fundamento en la legislación protectora de consumidores, sin que el hecho de que se trate de una condición general (al igual que tantas en diferentes campos de la contratación, como seguros, telefonía o suministros) le dote de singularidad tal que determine la competencia de los juzgados de lo mercantil».

¹²⁵ *Vid.*, los apartados cuarto al sexto del FD Tercero.

¹²⁶ Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, *Revista Derecho Vlex-* núm. 131, abril de 2015, pp. 6 y 7.

¹²⁷ http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_542_3607.PDF.

¹²⁸ Al amparo del artículo 71, en relación con el artículo 400, se acumulan a través del presente pleito como acción principal la nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario, por existir un vicio en el consentimiento otorgado y, subsidiariamente, la nulidad de dicha cláusula por ser la misma abusiva, conforme a la normativa tuitiva de consumidores y, concretamente, por infringir lo dispuesto en la LGCYU y, como consecuencia lógica y legal de prosperar cualquiera de las acciones ejercitadas, la restitución de las recíprocas prestaciones, conforme lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, con devolución por parte de la entidad demandada de las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

¹²⁹ Pues, aún estando en un supuesto de acumulación de acciones que están íntimamente relacionadas entre sí de manera que la acumulación debe aceptarse en aras de superiores principios con amparo constitucional y de economía procesal y evitación de sentencias contradictorias [...]. En este sentido, la SAP de Almería de 11 de marzo de 2009.

¹³⁰ Tal y como reconoce el Auto AP, Sección 2.^a, núm. 4, de 1 de octubre de 2014, la SAP de Santander, Sección 4.^a, de 4 de febrero de 2015.

¹³¹ En este sentido, entre otras, las SSTs de 10 de septiembre de 2012 y 23 de mayo de 2013.

¹³² *Vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015), *CCJC*, núm. 100, pp. 133-168.

¹³³ Sobre el particular, y sin ánimo exhaustivo, *vid.*, NÚÑEZ LAGOS, R. (1934). El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español, Ed. Reus, S.A, quien dedica este estudio a su maestro el Magistrado CASTÁN TOBENAS; LACRUZ BERDEJO, J. L. (1969). Notas sobre el enriquecimiento sin causa, *RCDI*, mayo-junio, pp. 569-603; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (1974) El enriquecimiento sin causa en el Derecho Civil español, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, Año CXXIII, abril, p. 415, Tomo LXVIII, ed., REUS, pp. 415 y sigs.; (1980). Notas sobre el enriquecimiento sin causa, *RGLJ*, pp. 263 y sigs.) y en 1984 elaboró un tercer, pero no último trabajo (El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto, *RCDI*, núm. 564, Año LX, septiembre-octubre, ed., Centro de Estudios Registrales p. 1183 y; (1993), *op. cit.*, pp. 6 y sigs.); Díez-PICAZO, eligió esta institución para pronunciar su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia Díez-PICAZO, L. (1987) con respuesta de Manuel DE LA CÁMARA (1988). Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa, ed., Cívitas, Madrid; CARRASCO PERERA, A. (1987). La restitución de los provechos, *ADC*, 1987, pp. 1055 y sigs., y II, *ADC*, 1988, pp. 5 y sigs.; DE LOS MOZOS, J. L. (1988). Pago o cobro de lo indebido, *RDP*, pp. 651-656; CORDERO LOBATO, E. (2012). Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución, *Diario La Ley*, núm. 7953, 29 de octubre de 2012, Ref. D-375, Editorial LA LEY, pp. 5-7 y; OROZCO MUÑOZ, M. (coord.) (2015). El enriquecimiento Injustificado. Thomson Reuters Aranzadi, S.A.

¹³⁴ Sobre el particular, *vid.*, CORDERO LOBATO, E. (2012). Enriquecimientos..., *cit.*, pp. 5-7.

¹³⁵ Materia a la que nos referimos en nuestro trabajo, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (1996). *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, editorial McGraw-Hill.

¹³⁶ Sobre el particular, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2000). La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, *RCDI*, núm. 662, pp. 3097-3142; *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización y edificación*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999 y, (1998). El Estatuto jurídico de la propiedad urbana y sus repercusiones sobre la financiación con crédito hipotecario del proceso urbanístico, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (RFDU)*, pp. 63-118.

¹³⁷ Se trataba de una sociedad mercantil adjudicataria que adquiere, por título de cesión de remate, la susodicha finca registral con todo lo que hay en ella, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 353 del Código Civil, respecto de la adquisición por derecho de cesión, en esta sentencia no se cuestiona la legalidad de la adquisición resultante para la mercantil adjudicataria, tanto respeto del solar objeto de la subasta judicial, como de lo construido en el mismo, conforme a la legalidad, sino el enriquecimiento injusto que le ha reportado. En dicha hipótesis tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideran aplicable al presente caso la doctrina del enriquecimiento injusto. La sociedad adjudicataria reconoce el enriquecimiento producido y señala que este no tiene causa en los incumplimientos de la promotora, sino en el procedimiento de subasta judicial seguido en donde se adjudica la finca en cesión de remate por el valor de tasación solo del solar, sin tener en cuenta el valor de lo edificado en el mismo. Por lo que la mercantil adjudicataria adquiere la totalidad de la finca «sin pagar nada de lo edificado», cuyo valor es varias veces superior al valor del solar. Demostrada la sensibilidad del ponente a cerca de las dudas y opacidades que plantea el régimen jurídico del control de transparencia y la doctrina del enriquecimiento injusto, confiamos que de futuro anime a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo a valorar su propia doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias cuando se produzca una plusvalía de la que no haga partícipe al deudor hipotecario, sea o no consumidor y sea o no relevante, tal y como en su día planteamos al hilo del comentario que sobre el particular realizamos en otro trabajo de investigación.

¹³⁸ Sobre el particular, *vid.*, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A (1993). *El Enriquecimiento sin causa*, ed., Comares, 2.ª edición, Granada, pp. 82 y 83.

¹³⁹ Que resuelve un caso se inició con la ejecución hipotecaria de una finca que estaba tasada a efectos de ejecución hipotecaria, en el tipo de 40.123,57 euros. En el momento de inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, los deudores tenían pendientes pagos al banco por importe de 27.074,85 euros. El 29 de enero de 2010 se celebró la subasta de la finca hipotecada, que quedó desierta. Por tanto, y al amparo de la normativa vigente en aquel momento, el acreedor hipotecario se adjudicó la finca por el 50% del valor de tasación, esto es, por 20.061,76 euros (recordemos que tras las sucesivas modificaciones legislativas, en la actualidad dicha adjudicación se haría por el 60% del valor de tasación, o incluso por el 70%, en determinados casos). Por tanto, tras la adjudicación al banco, quedaba un importe no cubierto por el inmueble de 7.013,09 euros. Siguiendo el principio de responsabilidad universal del deudor recogido en el artículo 1911 del Código Civil, el banco inició un juicio declarativo contra los prestatarios y sus fiadores, para reclamar el importe pendiente de pago y que no había sido cubierto con la adjudicación de la finca. Los deudores se opusieron a dicha reclamación alegando que podría haber un enriquecimiento injusto por parte del banco, ya que se había adjudicado ya una finca tasada en su momento en poco más de 40.000 euros, cuando las deudas pendientes no alcanzaban los 30.000 euros. Tras un procedimiento judicial que duró, prácticamente 5 años desde la ejecución de la finca hasta la sentencia del Tribunal Supremo, El Supremo concluye que no cabe apreciar la existencia de enriquecimiento injusto, ya que la adjudicación se hizo por el 50% del valor de tasación en cumplimiento de la normativa vigente en ese momento, condenando a los deudores a abonar las cantidades debidas.

¹⁴⁰ Vid., OROZCO MUÑOZ, M. (coord.) (2015). *El enriquecimiento Injustificado*. Thomson Reuters Aranzadi, S.A.

¹⁴¹ NÚÑEZ LAGOS, R. (1934). *Op. cit.*, pp. 6 y sigs.; PUIG BRUTAU, J. (1983). Fundamentos del Derecho Civil, ed., Bosch, Barcelona, pp. 43 y sigs.; DE LA CÁMARA, M. y DíEZ-PICAZO, L. (1988). *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ed., Cívitas, Madrid; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A (1993). El Enriquecimiento... *cit.*, pp. 40 y sigs.

¹⁴² Riesgo del que fueron conscientes y del que huyeron, DíEZ-PICAZO, L. (1988). *Op. cit.*, pp. 71 y sigs. y la doctrina italiana en ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A (1993). *Op. cit.*, p. 35.

¹⁴³ Tras este fallo judicial, la SAP Madrid, Sección 11.^a, 26 de noviembre de 2015 (*RJ* 2011, 347) deniega la pretensión de enriquecimiento injusto en un supuesto similar.

¹⁴⁴ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia (Un debate judicial y doctrinal que ha suscitado ya numerosas cuestiones prejudiciales tras las SSTs de 25 de marzo y 29 de abril de 2015), *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8.

¹⁴⁵ Tesis mayoritariamente defendida, entre otros, por ALFARO ÁGUILA REAL, CÁMARA LAPUENTE y MIQUEL GONZÁLEZ.

¹⁴⁶ Tesis minoritariamente defendida, entre otros, por CARRASCO PERERA y LYCZKOWSKA, K. (1989). La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato: la cláusula de service fee o cargo por emisión, *CCJC*, 89 (2012), p. 561.

¹⁴⁷ Vid., CÁMARA LAPUENTE, S. (2015): Transparencias, desequilibrios e ineficacias de las cláusulas abusivas, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, pp. 640 y sigs.

(Trabajo recibido el 17-12-2014 y aceptado
para su publicación el 5-1-2015)