

CLÁUSULAS SUELO EN PRÉSTAMOS CON NO CONSUMIDORES: CONTROL DE TRANSPARENCIA VS. BUENA FE

Beatriz Sáenz de Jubera Higuero

Doctora en Derecho. Profesora adjunta de Derecho Civil
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)
bsjubera@unir.net

TITLE: *Floor clauses in business to business loans: Transparency control vs. good faith.*

RESUMEN: En este trabajo se analiza el régimen de control de las condiciones generales, particularmente de las cláusulas suelo, en el marco de contratos de préstamo con empresarios o no consumidores. A partir del análisis de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016, se hace un estudio de la naturaleza del control de transparencia y del principio de buena fe como criterios y límites de las condiciones generales de los contratos, tratando de dar con una solución general que cubra la protección de todo adherente, sea consumidor o no consumidor.

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

PALABRAS CLAVE: cláusula suelo; préstamos entre empresarios; buena fe; control de transparencia; control de incorporación.

KEY WORDS: *floor clause; business to business loans; good faith, transparency control; incorporation control.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CLÁUSULAS SUELO Y LA CONTROVERSIA SURGIDA EN TORNO A ELLAS. 2.1. *Las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación.* 2.2. *Normativa aplicable.* 2.3. *Controles de las cláusulas suelo.* 2.3.1. *Control de las cláusulas suelo como cláusulas que definen el objeto principal del contrato.* 2.3.2. *El nuevo control de transparencia «real».* 3. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN CONTRATOS CON ADHERENTES NO CONSUMIDORES. 3.1. *Previsiones contenidas en la LCGC.* 3.2. *Control de transparencia como control de incorporación o como control de contenido.* 3.3. *La STS núm. 367/2016, de 3 de junio, y el control de cláusulas bajo el criterio de la buena fe.* 3.3.1. *Argumentos en relación a la aplicación del control de transparencia a adherentes no consumidores.* 3.3.2. *La buena fe como criterio de control, interpretación y modelación del contenido de los contratos.* 3.4. *Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo en contratos entre empresarios si vulnera la buena fe y se aprecia abuso de posición dominante.* 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los últimos años la crisis económica en nuestro país han evidenciado diversos supuestos de situaciones abusivas por parte de las entidades bancarias o que se prevenían normativamente en su favor en relación con ciertos contratos o productos financieros;

cierto es que esas prácticas ya existían con anterioridad y nadie las había discutido, ni criticado ni enjuiciado; pero ha sido cuando los problemas económicos han acuciado a especialmente las familias, autónomos y pequeños empresarios cuando su carácter abusivo e injusto se ha evidenciado o, mejor dicho, cuando se han puesto de manifiesto los graves efectos que esas prácticas causaban en familias y pymes y han surgido constantes demandas sociales que instaban a un cambio, a una protección y a una calificación esas situaciones como abusivas e injustas, abogando en la mayoría de los casos por su nulidad.

Y en estos casos los tribunales son los que han ido dando esa respuesta inmediata requerida, a veces algo titubeante y a veces con respuestas controvertidas o dispares entre los diversos juzgadores, ante un legislador más lento en su reacción, cayendo en ocasiones en un inmovilismo injustificado por alargarse en el tiempo.

Así se vio en relación con las ejecuciones hipotecarias y las demandas sobre la dación en pago o sobre la dramática situación de los deudores hipotecarios cuando se ejecutaba su vivienda y pese a ello aún tenían pendiente de pago una importante cantidad a su banco prestamista que podía dirigirse contra el resto de sus bienes presentes y futuros, en virtud de lo previsto en los arts. 105 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), 1.911 del Código Civil (en adelante CC) y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Igualmente, también como consecuencia de ciertas previsiones normativas, o más bien, de su falta de previsión, surgió la polémica por no poder alegar la existencia en el contrato de préstamo hipotecario de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria, por no haberse previsto tal circunstancia en nuestro ordenamiento como causa de oposición en este procedimiento. Se llegó en este caso hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que dictó la conocida sentencia de 14 de marzo de 2013 en el llamado «caso Aziz», que trajo como consecuencia la inclusión en nuestro ordenamiento como causa de oposición a la ejecución hipotecaria «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible» (art. 695.1.4ª LEC).

Posteriormente, fue el turno de la polémica en relación a los swaps, participaciones preferentes y subordinadas: productos financieros complejos vendidos en masa a clientes minoristas, con escasos conocimientos financieros y en muchos casos con déficits de información sobre sus efectos reales. Nuestros tribunales fueron atendiendo las distintas demandas que se plantearon en relación con estos productos, examinando el caso concreto que se les presentaba y analizando especialmente si había existido error en el consentimiento prestado respecto al producto que se les ofreció sin aportarles la debida y oportuna información para conocer el alcance de lo que realmente contrataron. En estos casos, y más concreta y especialmente en relación a los swaps o permutas financieras, la apreciación de existencia de error vicio del consentimiento y la determinación de la nulidad del contrato tuvo lugar sin diferenciar y poner el acento discriminador en la condición del adquirente del producto financiero complejo, si

consumidor o no consumidor; fueron muchas las resoluciones que ampararon también al empresario o profesional que adquirió ese producto (sobre todo swaps o permutas financieras) en el ámbito de su actividad apreciando falta de información y error vicio de consentimiento en su caso (así, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, 20 de noviembre de 2015, 9 de diciembre de 2015, 3 y 4 de febrero de 2016, 11 de marzo de 2016, 8 de abril de 2016, 14 y 20 de julio de 2016, 30 de septiembre de 2016 y 5 y 7 de octubre de 2016).

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

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

En este trabajo se tratará de exponer la situación actual en relación a las cláusulas suelo en contratos entre empresarios o no consumidores.

Pero con carácter previo veremos someramente cuál es la situación y controversia general existente en relación a estas cláusulas suelo y sus controles.

2. LAS CLÁUSULAS SUELO Y LA CONTROVERSIA SURGIDA EN TORNO A ELLAS

2. 1. Las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación

Como se ha indicado antes, estas cláusulas suelo son cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés en préstamos hipotecarios, concretamente, de limitación por abajo; cláusulas contenidas en créditos o préstamos a interés variable pero que fijan un tipo mínimo de interés para ese contrato, de modo que, pese a que los tipos de interés bajen, esa bajada no se trasladará a ese deudor, debiendo soportar ese mínimo que se convierte ya como un tipo fijo¹.

Este tipo de cláusulas saltaron al centro de la polémica y de las demandas judiciales como consecuencia de la continua bajada del euribor y de los tipos de interés desde julio de 2008, estando actualmente en mínimos históricos; bajada de la que no han podido beneficiarse todos aquellos que tenían en sus contratos bancarios una cláusula suelo, pues una vez alcanzado el límite mínimo fijado en el contrato (por ej. el 2,5 %, el 3 % ó el 4 %), ese cliente afectado ya empezaba a pagar desde entonces siempre la misma cantidad: ese límite mínimo, que, en la mayoría de los casos, se señalaba de forma unilateral por la entidad bancaria (contenido habitualmente en un apartado del contrato denominado «tipo de revisión del tipo de interés»), y en escrituras redactadas y minutadas en su mayoría directamente por la entidad remitiéndola al notario.

Respecto de estas cláusulas debemos partir de una premisa: no son ilegales ni abusivas² *per se*: así lo ha advertido el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo. Los problemas han surgido con carácter general y básicamente:

- por la falta de información previa sobre sus efectos reales;
- por la bajada de los tipos de interés, de la cual no se han podido beneficiar los deudores;
- y por la calificación de abusividad en ciertos casos, por falta de transparencia, por el desequilibrio causado en el consumidor o por el propio contenido de la cláusula ante la falta de reciprocidad con la posición del banco.

Estas cláusulas suelo están admitidas al amparo de la autonomía de la voluntad y reconocidas por:

¹ En ocasiones esas cláusulas suelo vienen acompañadas de cláusulas techo (tipos máximos de interés que deberá soportar el deudor), aunque sus efectos, a diferencia de las cláusulas suelo, no se han llegado a plantear en la práctica real, siendo tal posibilidad ínfima dado el elevado porcentaje fijado como tal techo (por ej., un 10 o 12 %).

² En todo caso, el carácter abusivo sólo sería predicable en cuanto esté inserta esa cláusula suelo en un contrato con un adherente consumidor; el concepto de abusividad de las cláusulas no cabe referirlo a contratos con no consumidores (cfr. Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación; y, entre otras, SSTS núm. 241/2013, de 9 de mayo y núm. 367/2016, de 3 de junio).

- la normativa sectorial bancaria, concretamente y en la actualidad por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que en su art. 25 exige que se recojan las cláusulas suelo (y techo), es decir, el tipo de interés mínimo (y máximo) a aplicar, en un anexo expreso a la ficha de información personalizada, junto con la indicación de la cuota de amortización mínima (y máxima);
- así como por la Ley 1/2013, de 15 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, que en su art. 6 exige que en los contratos de préstamo con personas físicas para adquirir viviendas o que cumplan las condiciones indicadas en este precepto en su apartado 2, se incluya en la escritura pública una expresión manuscrita por el cliente deudor de que ha sido adecuadamente advertido de los riesgos del contrato, entre otros, «de las limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza».

Con carácter general, salvo que la entidad acredite que fueron negociadas individualmente, este tipo de cláusulas vienen a considerarse como condiciones generales de la contratación sujetas a las previsiones de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), al estar predispuestas por la entidad prestamista e impuestas o simplemente aceptadas por el cliente sin negociación ninguna (cfr. arts. 5 y 7 LCGC).

El art. 1 LCGC indica, al respecto, que:

«Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

Ya la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, advirtió, en su apartado 137, de cuáles eran las notas que definían las condiciones generales de la contratación:

- a. Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b. Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c. Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario–, de tal forma que el bien o servicio sobre el

que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

- d. Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Ahora bien, como se advierte en el apartado 149 de esta STS de 9 de mayo de 2013, «la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a “todos los contratos” que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Sólo que se trate de cláusulas “no negociadas individualmente”».

Concluyendo, además, el Tribunal Supremo, en la referida sentencia de 9 de mayo de 2013 (apartado 144), que:

- «a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.
- b) El conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular– es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente– no obligaría a ninguna de las partes.
- c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial».

Uno de los elementos en los que las controversias planteadas ante los tribunales inciden es en la existencia de imposición o no de las cláusulas suelo objeto de litigio. Como se ha indicado, la imposición es una de las características exigidas a las cláusulas para ser consideradas como condiciones generales; y, en el caso de la cláusula suelo, su carácter abusivo y su control se ha enmarcado precisamente en su consideración como condición general.

El art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13), a cuyo tenor «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». Esta norma también advierte de que será el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente quien asumirá plenamente la carga de la prueba de tal circunstancia.

Por su parte, y a estos efectos de determinar la efectiva existencia de imposición de la cláusula, como apunta la STS núm. 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula

contractual; una cosa es conocer la inclusión de la cláusula suelo y otra distinta es haberla podido negociar individualmente; conocimiento no supone facultad de negociación individual.

Y a este respecto resulta clarificador cómo la STS de 9 de mayo de 2013, en sus apartados 156 y 157, advierte que:

«es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como *take it or leave it* –lo tomas o lo dejas–. Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados».

Como concluye en esta cuestión sobre la imposición de las cláusulas suelo la STS de 9 de mayo de 2013, en su apartado 165:

«a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

Esta STS de 9 de mayo de 2013 se refiere, en esos fundamentos, a los consumidores como partes contratantes a los que se les ha impuesto esa cláusula; pero lo cierto es que la realidad de esas condiciones y circunstancias que rodean la imposición de condiciones y cláusulas en productos o servicios bancarios y financiero, a los que expresamente se refiere el Tribunal Supremo en la referida sentencia, no es exclusiva de la contratación con consumidores: lo es en relación con cualquier adherente a esos productos y servicios, sea consumidor o no.

2.2. Normativa aplicable

En cuanto condiciones generales de la contratación, en la problemática suscitada en torno a las cláusulas suelo, resulta esencial atender a la regulación típica de las mismas contenida en la Ley 7/1998 (LCGC), y especialmente a lo dispuesto en sus arts. 5, 7 y 8.

Antes que nada, debe advertirse que esta LCGC resulta aplicable tanto a contratos con consumidores como a contratos entre empresarios: el objeto de su regulación son las condiciones generales de la contratación, y las mismas pueden existir en ambos tipos de contratos tratándose de contratos de adhesión (cfr. exposición de motivos y arts. 1 y 2 LCGC); de hecho, es el término genérico de «adherente» el que se utiliza en esta Ley fundamentalmente.

La LCGC en su art. 5 acoge ciertos requisitos de incorporación de las condiciones generales vinculados a la información de su existencia, la entrega de un ejemplar de las mismas o facilitar su acceso a las mismas si el contrato no se hizo por escrito, su aceptación por el adherente y la expresa referencia a las mismas en el contrato. Y, especialmente debe destacarse la exigencia del art. 5.5 LCGC de que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

El art. 7 LCGC, por su parte, advierte de que no se incorporarán al contrato aquellas condiciones generales 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, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Declarándose nulas por el art. 8 LCGC aquellas que no cumplan con estas previsiones legales y las que se declaren abusivas atendiendo al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLCU).

Por otro lado, en la medida que el cliente deudor tenga la condición de consumidor, serían aplicables también las disposiciones del TRLCU; concretamente cabría atender a su vigente art. 60 (tras la redacción dada por Ley 3/2014, de 27 de marzo) que, con carácter general, ya advierte de la obligación del empresario, con carácter previo a la formalización del contrato, de facilitar al consumidor de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, siendo relevante a estos efectos la información sobre el coste real del bien o servicio.

Ya en el marco de las condiciones generales en contratos con consumidores, como estas cláusulas suelo, el art. 80 TRLCU exige que sean redactadas con concreción, claridad y sencillez, su accesibilidad y legibilidad, y buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

A este último respecto, el art. 82 TRLCU advierte de que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los

derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato; considerándose abusivas en todo caso las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

En este marco tuitivo del consumidor, el art. 83 TRLCU dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

También resulta relevante en el marco de estas cláusulas suelo atender a la normativa sectorial del ámbito bancario y financiero. Así, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente hasta el 29 de abril de 2012, al ser derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, aumentando las exigencias de transparencia) ha venido a fundamentar muchas de las resoluciones judiciales que se han venido dictando ante las reclamaciones de los prestamistas que, sorpresivamente en la mayoría de los casos, han visto cómo, pese a las bajadas de los tipos de interés, ellos debían seguir abonando un tipo de interés bastante superior por un préstamo comercializado durante la vigencia de esta norma.

La Orden de 5 de mayo de 1994 preveía su obligatoria aplicación a la actividad de las entidades de crédito, de las entidades aseguradoras y de otras entidades financieras, relacionada con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias (art. 1): 1.º Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda. 2.º Que el prestatario sea persona física. 3.º Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 150.253,03 euros, o su equivalente en divisas.

Asimismo, la Orden de 1994 preveía en su art. 5 la presentación, por la entidad al cliente, de una oferta vinculante por escrito en la que, entre otras cuestiones, se debía recoger, tal y como se detalla en el anexo II de esa norma, la expresión de los límites máximos o mínimos que se establezcan a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo. Previéndose, además, el derecho del prestatario a examinar el proyecto de escritura de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento (derecho que en la práctica, pocas veces se ejercitaba). Por último, esta Orden también hacía hincapié (art. 7.3) en el deber del notario de informar oportunamente a las partes sobre el valor y alcance del acto que se iba a firmar, comprobar que las condiciones financieras incluidas se corresponden con las que se incluían en la oferta vinculante, advirtiendo de las discrepancias que observe y, asimismo, concretaba el deber del notario de advertir expresamente al prestatario de ciertas circunstancias relativas al interés variable pactado y, específicamente, si se

preveía algún tipo de limitación en su variabilidad, como es el caso de las cláusulas suelo. Un deber de información y control que en algunos casos ha quedado en entredicho que efectivamente se haya cumplido.

Actualmente, la Orden de 28 de octubre de 2011 (que derogó la anteriormente citada Orden de 5 de mayo de 1994) también prevé su aplicación a aquellas actividades de concesión de crédito y préstamo. Y expresamente en su art. 25 prevé que, si en el préstamo se han establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la «Ficha de Información Personalizada», el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima. Igualmente se prevé el derecho de examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento (art. 30.2); y asimismo, incide en el deber de control de la legalidad y de información del notario (art. 30.3), debiendo éste comprobar si existen discrepancias entre el contrato a firmar y la oferta vinculante y que el cliente recibió oportunamente la ficha de información personalizada y, particularmente, información precisa en relación con el tipo de interés variable, debiendo advertir expresamente si se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia. ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

2.3. Controles de las cláusulas suelo

2.3.1. Control de las cláusulas suelo como cláusulas que definen el objeto principal del contrato

La STS de 9 de mayo de 2013 advirtió que las cláusulas suelo, además de ser condiciones generales de la contratación, debían considerarse como cláusulas que definen el objeto principal del contrato por cuanto afectaban al precio al ser parte inescindible del interés nominal del préstamo (apartados 189 y 196 de la STS)³.

Sobre el control de este tipo de cláusulas debe partirse de lo previsto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la

³ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV (2015), p. 560: «Esta calificación parece haberse convertido en axioma para evitar entrar a argumentar sobre su equilibrio desde el punto de vista del control sustantivo, pero acaso merecería la pena reflexionar más si, en la interpretación restrictiva que debe hacerse de la norma comunitaria (excepcional), el «objeto principal del contrato» comprende realmente cualquier aspecto referido al precio: si la cláusula suelo fuese verdaderamente un elemento esencial del contrato, eliminada aquélla éste no puede subsistir, cosa que no sucede, al quedar operativo el interés variable». Asimismo, *vid.* esta misma obra, p. 625.

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». En esta norma se advierte de que no podrá controlarse el contenido de este tipo de cláusulas y calificarse como abusivas, siempre y cuando esas cláusulas se redacten de forma clara y comprensible.

Pero es un hecho a destacar, y que la doctrina ha advertido de modo constante⁴, el que en nuestro ordenamiento no se llegó a transponer ese art. 4.2. Ahora bien, aunque por la vía legal ese precepto no se haya introducido en el Derecho español, nuestro Tribunal Supremo ha venido a incorporarlo de hecho a través de sus resoluciones, ratificando su aplicación y la imposibilidad de controlar el contenido de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y el equilibrio de las contraprestaciones: así se puso de manifiesto en las SSTs de 18 de junio de 2012⁵ y de 9 de mayo de 2013 (refrendada esta última por SSTs posteriores de 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015), viniendo el Tribunal Supremo a señalar, con ello, que no es posible un control sustantivo de estas cláusulas ni su calificación a través de él como abusivas, sino sólo un control de transparencia⁶.

Y es precisamente en ese control de transparencia en el que la STS de 9 de mayo de 2013 puso toda la atención, para tratar de afrontar la polémica surgida con las cláusulas suelo. Y dado que, tal y como se acaba de exponer, no era posible sujetarlas a un control de

⁴ Vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias...», op. cit., pp. 557-559, y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», 2016, disponible en <http://almacendederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>; CAÑIZARES LASO, ANA, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 3 (2015), disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>, pp. 78-83; así como, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret*, (2013), núm. 3, disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>, p. 8. Acerca de esta falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13 surgieron distintas interpretaciones claramente expuestas en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5 (2013), núm. 2, octubre, pp. 217-220.

⁵ En esta STS núm. 406/2012, de 18 de junio, se advirtió que la cláusula suelo, como reguladora del interés remuneratorio y, con ello, definidora del objeto principal del contrato de préstamo, no podía ser declarada como abusiva por no serle aplicable el control de contenido, pero sí debía superar el control de transparencia en cuanto a la oportuna comprensibilidad de la cláusula por el prestatario.

⁶ Ahora bien, la diferencia de esta doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de junio de 2012 y en la sentencia de 9 de mayo de 2013 radica en el ámbito subjetivo al que respectivamente parecen vincular ese control de transparencia: mientras en la sentencia de 2012 se refiere a cualquier adherente (sea consumidor o no), en el caso de la sentencia de mayo de 2013 el control de transparencia viene más vinculado al control de abusividad, y por ello su ámbito subjetivo se centra en los consumidores. Vid., al respecto, PLAZA PENADÉS, Javier, «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* (2013), núm. 8112, 25 de junio.

contenido sustantivo, revisó los criterios y controles tradicionales y acuñó un nuevo y moderno control de transparencia que sin duda supuso inicialmente cierta inseguridad en cuanto a su naturaleza y alcance y que ha dado lugar a un amplio debate doctrinal.

2.3.2. El nuevo control de transparencia «real»

La STS de 9 de mayo de 2013 ha incidido especialmente en los controles a los que pueden verse sujetos las cláusulas suelo.

En principio y en general, a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, puede distinguirse entre los siguientes controles a aplicar sobre cláusulas no negociadas⁷:

- a. Un control de inclusión o incorporación, al que se somete toda condición general, que vendría determinado por la exigencia de cumplir con los requisitos de incorporación previstos en los arts. 5 y 7 LCGC (transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de la cláusula y efectiva aportación o puesta a disposición de tal cláusula, al igual que el resto de condiciones generales, al adherente), así como los requisitos de la normativa sectorial bancaria (anteriormente Orden de 5 de mayo de 1994 y actual Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que imponen a las entidades bancarias unos deberes informativos tendentes a advertir al cliente de la existencia de esa cláusula suelo; exigencias informativas que son más amplias en esta Orden de 2011). Este control se supera con la acreditación de cumplimiento de estos deberes formales, con independencia de que el adherente efectivamente tenga conocimiento o no de su contenido y/o lo comprenda.
- b. Un control de transparencia que, tal y como afirma esta STS de 9 de mayo de 2013, es un control separado y diferente del control de inclusión⁸; no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación antes referidos, ni en el cumplimiento de las obligaciones formales impuestas por la normativa de transparencia bancaria, ni en la redacción clara, comprensible y sin ambigüedades de la cláusula (lo que podría denominarse como transparencia interna de la cláusula), sino que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de la cláusula suelo en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta, esto es, en este caso, sobre el tipo de interés que se creía estar contratando (un interés

⁷ Vid., entre otros, PLAZA PENADÉS, Javier, «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo», *Diario La Ley* (2015), núm. 8547, 26 de mayo; y CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación...», op. cit., pp. 73 y ss.

⁸ Control de inclusión que puede considerarse como el tradicional o clásico control de transparencia formal o documental, vinculado a la redacción clara, sencilla y comprensible para el adherente: cfr. arts. 5 y 7 LCGC. En este sentido, el Tribunal Supremo con esta STS de 9 de mayo de 2013 vendría a prever un doble control de transparencia: uno general, apto para cualquier condición general de la contratación, con encaje en esos arts. 5 y 7 LCGC y ese control formal de incorporación, y otro especial reforzado, diferenciado del anterior, que afectaría a cláusulas que definen el objeto principal del contrato (vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias...», op. cit., p. 560 y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia...», op. cit., pp. 12 y 13).

variable que sorpresivamente en un determinado momento se convierte en fijo sin que pueda beneficiarse de la bajada sucesiva del Euribor). Se trata, en definitiva, con este control de comprobar que el deudor adherente conoce efectiva y realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su posición jurídica y los riesgos asumidos); de modo que, en este concreto caso, se debe comprobar si, a partir de la información suministrada, el adherente conoce y es consciente de que esa cláusula suelo existe y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato; se busca comprobar que el prestatario tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto⁹.

- c. Un control de contenido y abusividad de la cláusula, que viene ligado en general a comprobar la existencia de un perjuicio y desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, de modo que de concurrir estas circunstancias la cláusula sería nula. Ahora bien, como hemos señalado, este control de contenido no puede realizarse en relación a las cláusulas suelo por ser cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Por otro lado, también cabe advertir que la abusividad es un concepto que sólo se vincula a los contratos con consumidores (cfr. Directiva 93/13, y exposición de motivos de la LCGC).

La STS de 9 de mayo de 2013, partiendo de la consideración de la cláusula suelo como cláusula relativa al objeto principal del contrato (elemento esencial y concretamente, en este caso, el precio) y no como cláusula de mero contenido normativo (determinador de los derechos y obligaciones de las partes), considera que, como tal, además del control de inclusión debe realizarse un control de transparencia, y así lo hace en el caso concreto.

Pero en cuanto a la calificación de abusividad no atiende a un control de contenido analizando la posible falta de reciprocidad de las prestaciones y obligaciones asumidas por ambas partes (esto es, a la existencia de un equilibrio objetivo de prestaciones), sino que, comprobada la falta de transparencia efectiva en relación con esa cláusula y, por tanto, en relación con el precio y contraprestación, declara que esa cláusula suelo es abusiva precisamente porque con esa falta de transparencia se ha causado un perjuicio al consumidor consistente en una alteración sorpresiva de la carga económica del contrato¹⁰; entiende que, aunque esas cláusulas sean gramaticalmente comprensibles y

⁹ SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «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», *Diario La Ley*, (2013), núm. 8112, 25 de junio.

¹⁰ Concretamente el Tribunal Supremo en su valoración del carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de transparencia tuvo en cuenta en esa sentencia de 9 de mayo de 2013 las siguientes circunstancias: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación, en uno de los casos considerados (BBVA), entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. e) La ausencia de simulaciones

estén redactadas de forma legible, si implican una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico subjetivo sobre el precio y contraprestación (tal y como se lo pudo representar el adherente consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en ese contrato) de forma que pase inadvertida al adherente, debe entenderse que tal cláusula no es transparente y, por ello, es abusiva. Es decir, el Tribunal Supremo vinculó la calificación de abusividad con el control de transparencia especial que se acuña en esta resolución¹¹. Y, como consecuencia, calificada una cláusula como abusiva por esa falta de transparencia, el Tribunal Supremo determina la nulidad directa de la cláusula, aunque con efectos *ex nunc*, y no *ex tunc*, como prevé el art. 1303 CC¹² como efecto típico de la nulidad¹³.

de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

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

¹¹ Cuestión criticada por CÁMARA LAPUENTE, que entiende que «esta moderna comprensibilidad material y no solo formal diseñada tanto por el TJUE como por el TS, no sólo puede aplicarse a todo tipo de cláusulas no negociadas (TJUE *dixit*), sino que puede perfectamente adornar al control de *incorporación* de todas estas cláusulas (art. 80.1 TR-LGDCU y LCGC)», advirtiendo que la tesis que sostiene es «mantener la falta de transparencia dentro del control de incorporación, sin que las cláusulas con ese defecto sean consideradas abusivas, sino simplemente no puestas, no incorporadas» (CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias...», op. cit., pp. 602 y 608). En sentido similar, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, que en un análisis crítico de la STS de 9 de mayo de 2013 concluye: «Siendo plausible el esfuerzo del Alto Tribunal y su contribución al fin de la polémica, consideramos que, a lo mejor, tal vez, es excesivo considerar que la falta de transparencia es causa de la abusividad de la cláusula, y por tanto, determinante de su nulidad. Puede que hubiera bastado con determinar su no inclusión en el contrato, o que se interpretara favorablemente al consumidor, como son las consecuencias normales de la falta de transparencia» (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2013), núm. 739, septiembre, p. 3453). Cfr. asimismo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ que critica que se fundamente el deber de transparencia cualificado en el art. 80.1 TR-LGDCU, considerando que debe residenciarse en el art. 60 TR-LGDCU (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia...», op. cit., pp. 17-18); y, asimismo, señala este autor que «se echa en falta en la STS de 9.5.2013 (Ar. 3088) una correcta argumentación que conecte la falta de transparencia de la cláusula suelo con el reproche de abusividad. Es preciso incardinar la abusividad por un defecto de transparencia en el supuesto de hecho del art. 82 TR-LGDCU» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia...», op. cit., p. 23).

¹² Art. 1303 CC: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

¹³ Cuestión que ha sido sin duda la más polémica y criticada de esta STS de 9 de mayo de 2013. A este respecto se han suscitado diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE estando a fecha de redacción del presente trabajo aún pendiente de resolverse, aunque el Abogado General encargado del asunto

En definitiva, la virtualidad de este nuevo control de transparencia reside en poder calificar como abusiva una cláusula predispuesta, pese a estar redactada de forma clara y comprensible, y sin tener que entrar a valorar si hay un desequilibrio de derechos y prestaciones, cuando a partir de esa cláusula el prestatario no ha podido comprender el alcance real de la carga económica y jurídica de lo que contrataba en relación con las prestaciones o elementos básicos del contrato¹⁴; es decir, cuando su comprensibilidad de la cláusula se veía afectada en relación a las prestaciones económicas que se derivaban del contrato y sobre la posición jurídica que él asumía dentro de ese contrato en cuanto a aspectos referidos al objeto y ejecución de ese contrato. Esta STS de 9 de mayo de 2013 supera el concepto clásico de transparencia vinculado a los aspectos formales y documentales de redacción clara y comprensible (art. 5 LCGC), y lo centra en los aspectos jurídicos y económicos básicos del contrato, lo que vino respaldado posteriormente por la STJUE de 23 de febrero de 2015¹⁵.

manifestó en su informe previo no vinculante que esa limitación en la eficacia de la nulidad no es contraria al ordenamiento comunitario. Asimismo, gran parte de la doctrina y también diversos juzgados y tribunales han discrepado de ese aspecto del fallo de la STS de 9 de mayo de 2013, que vino matizado por la STS de 25 de marzo de 2015. Así, entre otros, cfr., el voto particular a la STS de 25 de marzo de 2015 del Magistrado Excmo. Sr. D. ORDUÑA MORENO y, asimismo, de este mismo Magistrado «Control de transparencia y cláusulas suelo», *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2013), núm. 871; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias...», op. cit., pp. 628 y ss; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre le particular», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2016), núm. 8; CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación...», op. cit., pp. 96-102; CORDERO LOBATO, Encarna, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley* (2013), núm. 8088, de 22 de mayo, y de esta misma autora, «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278>, pp. 131-133; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», *Diario La Ley* (2013), núm. 8154, 23 de septiembre; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2013-I), núm. 27, disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/663188/RJ_27_11.pdf?sequence=1, pp. 248-251; y de este mismo último autor, MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios. Análisis crítico y propuestas alternativas*, Junta de Andalucía, 2015, disponible en https://ws147.juntadeandalucia.es/obraspublicasyvivienda/publicaciones/01%20ARQUITECTURA%20Y%20VIVIENDA/estudios_juridicos_sobre_vivienda_y_desahucios/texto_completo.pdf, pp. 44-46.

¹⁴ Como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, el control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato tras esta STS de 9 de mayo de 2013 debe ser un control de transparencia, y este control de transparencia no se limita ni agota en el cumplimiento de los requisitos formales previstos en la normativa administrativa sobre transparencia bancaria ni los requisitos de incorporación señalados en la LCGC (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia...», op. cit., pp. 8-14).

¹⁵ Vid. PLAZA PENADÉS, Javier, «Del moderno control...», op. cit.

En concreto, en relación con el supuesto objeto de litigio, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, la referida STS de 9 mayo 2013 afirma que debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible (de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas), en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como «variable». Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

Así, como advierte el Tribunal Supremo, estas cláusulas pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, pasan a ser préstamos a interés mínimo fijo, beneficiándose difícilmente de las bajadas del tipo de referencia. En la práctica se dio a estas cláusulas un tratamiento secundario en el contrato, de modo que no era percibida por los prestatarios como una cláusula relevante para el objeto principal del contrato. De ahí que, ante la falta de información oportuna, como advierte el Tribunal Supremo, esa oferta como interés variable, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.

Tras la STS de 9 de mayo de 2013, el propio Tribunal Supremo ha dictado diversas sentencias que han venido a aclarar, matizar, complementar o reiterar su doctrina en relación con el control de transparencia al que somete las cláusulas suelo, en cuanto cláusula reguladora de un elemento esencial del contrato cual es el precio.

Así, nos encontramos con la STS de 8 de septiembre de 2014¹⁶ (que precisó que este control y deber de transparencia se ubica en el ámbito de las condiciones predispuestas, ajena a la reglamentación sobre el consentimiento y por ello al error vicio, requiriendo «un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo del contrato») y las SSTs de 3 de noviembre y 2 de diciembre de 2014.

Y asimismo, cabe citar las SSTs de 24 y 25 de marzo de 2015¹⁷, debiendo resaltarse el pronunciamiento de esta última en relación con la retroactividad parcial de los efectos de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo desde el 9 de mayo de 2013

¹⁶ Vid. el comentario de esta STS de 8 de septiembre de 2014 en SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica», *Diario La Ley* (2015), núm. 8491, 2 de marzo.

¹⁷ Vid. el comentario de esta STS de 25 de marzo de 2015 en PLAZA PENADÉS, «Del moderno control...», op. cit.; y CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación...», op. cit., pp. 96-102.

(con el voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Orduña Moreno), así como las SSTs de 30 de abril de 2015 y la de 23 de diciembre de 2015, entre otras.

También la doctrina se ha volcado con este tema y han sido múltiples los comentarios e interpretaciones que se han realizado en torno a este nuevo control de transparencia acuñado por el Tribunal Supremo, su naturaleza y alcance¹⁸.

Un aspecto muy relevante y discutido, especialmente hasta la STS núm. 367/2016, de 3 de junio, es el ámbito subjetivo en el que debe aplicarse este control de transparencia: ¿cabe aplicarse a no consumidores o debe limitarse su aplicación a los consumidores en cuanto que determina la consecuencia de abusividad, y el control propio de ésta se limita al ámbito de los consumidores y usuarios? Precisamente para dar respuesta a esta cuestión debemos atender al aspecto clave en el que se centran los partidarios de una y otra postura: ¿dónde debe residenciarse ese control de transparencia o con qué control debe vincularse: con un control de incorporación, aunque sea reforzado, o bien con un control de contenido?

3. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN CONTRATOS CON ADHERENTES NO CONSUMIDORES

3.1. Previsiones contenidas en la LCGC

La LCGC se aplica tanto a consumidores como a no consumidores. Esta Ley pone el centro de su ámbito subjetivo en el concepto de «adherente»: parte del contrato que se adhiere, acepta sin ningún tipo de negociación, una serie de condiciones generales en un contrato, impuestas por la otra parte contratante (cfr. art. 2 LCGC¹⁹).

¹⁸ Cfr., entre otros, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias...», op. cit., pp. 551-643; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia...», op. cit.; PLAZA PENADÉS, Javier, «Delimitación del control de transparencia...», op. cit.; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Una revisión jurisprudencial...», op. cit., pp. 3452-3454; CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación...», op. cit., pp. 87-96; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/314/277>, pp. 116-128; CORDERO LOBATO, Encarna, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios...», op. cit. y «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes...», op. cit., pp. 129-133; DE CASTRO VÍTORES, Germán, «Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 746, noviembre, pp. 2841-2846; DE TORRES PEREA, José Manuel, «Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario», *Revista Jurídica Valenciana* (2014), núm. 2, pp. 23-62.

¹⁹ El art. 2 LCGC advierte en este sentido que «La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad». Para el concepto de qué es consumidor debemos atender a lo que prevé el art. 3 TRLCU: «son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas».

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

Y en cuanto el adherente sea consumidor, en este caso sí que se exige que, además, esas condiciones generales no sean abusivas; es decir, ya en la exposición de motivos de la LCGC se advierte que el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores, pudiendo darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse (en definitiva, siempre que no haya existido negociación individual). Tal afirmación debe vincularse a su vez con la modificación introducida con esta LCGC, al transponer la Directiva 93/13, en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios entonces vigente (Ley 26/1984, de 19 de julio) incorporando un nuevo art. 10 bis y un listado de cláusulas abusivas para consumidores.

Entonces, ¿qué sucede en caso de adherentes no consumidores? ¿No cabe apreciar en ningún caso una situación de abuso en cláusulas predispuestas en contratos a los que simplemente se han adherido? La exposición de motivos de la LCGC señala que sí podría apreciarse en las condiciones generales entre profesionales alguna situación de abuso de una posición dominante, pero advierte que en estos casos habría que atender 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. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas».

La redacción de esta exposición de motivos (con la alusión al control de un abuso de posición dominante) a priori podría dar pie a plantearse la posibilidad de un control por abusividad también en la contratación entre empresarios, pero lo cierto es que en el articulado de la LCGC no se desarrolla tal idea ni se ve apoyada de ningún modo; podría plantearse acudir como apoyo al Código Civil como norma general y así poder amparar ese control de las cláusulas generales entre empresarios en los arts. 1255, 1256 y 1258

y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial». Una definición que, como puede observarse, excluye de la aplicación y protección del TRLCU a profesionales o empresarios que contratan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial.

CC²⁰, aunque se trata de normas vinculadas a la contratación negociada, y lo ideal es que hubiera una norma expresa en la LCGC o en otra norma que desarrollara esa idea de la exposición de motivos de la LCGC en relación directa con la contratación con condiciones generales entre empresarios.

La LCGC en el marco del control de las condiciones generales predispuestas, dentro de una contratación no negociada sea con consumidores o con no consumidores, como acabamos de señalar, exige ciertos requisitos para poder considerar que dichas cláusulas se entiendan incorporadas a los contratos (art. 5 LCGC): en primer lugar, debe existir referencia a esas condiciones generales en el propio contrato, haberse puesto a disposición del adherente y que éste conozca su existencia y contenido y que el adherente las acepte; pero además exige que tales cláusulas generales sean redactadas de forma que se ajusten «a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez».

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

Como puede apreciarse, las previsiones de la LCGC se centran en el control de incorporación o inclusión y en reglas de interpretación de las cláusulas generales predispuestas.

La sanción prevista por la LCGC ante condiciones generales que incumplan lo previsto en esa norma, en cuanto a los requisitos de forma y conocimiento del adherente de su existencia, y los requisitos de redacción expresados en el art. 5 LCGC es el de la no incorporación de la cláusula (cfr. art. 7 LCGC); mientras que se sanciona con la nulidad a aquellas cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y las cláusulas que vulneren normas imperativas o prohibitivas o que contravengan la LCGC en perjuicio del adherente (art. 8 LCGC); como se puede observar también aquí en el art. 8 LCGC se vincula la abusividad sólo a los contratos con consumidores anudándose la consecuencia de nulidad²¹.

²⁰ En cierta medida, puede entenderse que así lo ha hecho el Tribunal Supremo en su STS núm. 367/2016, de 3 de junio. Y, de hecho, la propia LCGC remite al art. 1258 CC en el art. 10 LCGC.

²¹ Como advierte CÁMARA LAPUENTE, «el artículo capital en la separación de los distintos controles (material o de contenido por el TR-LGDCU y formal o de incorporación en la LCGC) en función si se trata de un contrato de consumo o no es el art. 8 LCGC “titulado nulidad” –que sigue al art. 7, titulado “no incorporación” cuando no se cumplen los requisitos de “incorporación”» (CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predispuestas...», op. cit.).

Esa no incorporación o esa nulidad no determinará la ineficacia de todo el contrato si éste puede subsistir sin esa cláusula general; y «la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo» (art. 10 LCGC).

3.2. Control de transparencia como control de incorporación o como control de contenido

Como se ha indicado anteriormente, a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 y el control de transparencia que instauró, se ha discutido sobre si ese control de transparencia puede aplicarse también a contratos en los que son adherentes no consumidores, o debe limitarse su aplicación a los consumidores. Y ello por cuanto, aunque esa STS núm. 241/2013 rechazaba que el control de abusividad se aplicase a contratos con empresarios o profesionales (fundamento jurídico 233), también advertía en su fundamento jurídico 201 de que el control de incorporación de las condiciones generales se aplicaba a cualquier cláusula general predispuesta, cualquiera que fuera el adherente (consumidor o no)²². Al acuñar un nuevo tipo de control, la controversia surgió en si ese nuevo control de transparencia, más que vinculado al control de contenido o abusividad, bien podría integrarse en el control de incorporación.

Han sido múltiples las demandas planteadas por empresarios y profesionales en relación con cláusulas suelo que han instado un tratamiento y respuestas similares a la proporcionada para los consumidores, fundamentalmente por considerar que las circunstancias concurrentes en uno y otro caso eran idénticas, en cuanto a la actuación de las entidades bancarias al introducir esa cláusula suelo, la falta de comprensibilidad real de la carga económica y jurídica que suponía esa cláusula suelo para el empresario adherente, la alteración sorpresiva respecto al objeto del contrato que para ese adherente suponía la aplicación de esa cláusula suelo...

Y ante tal situación la jurisprudencia menor y la doctrina se ha mostrado dividida en cuanto a la respuesta a dar²³:

²² En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ indicó que «se echa en falta en la STS de 9.5.2013 (Ar. 3088) una correcta argumentación que conecte la falta de transparencia de la cláusula suelo con el reproche de abusividad. Es preciso incardinar la abusividad por un defecto de transparencia en el supuesto de hecho del art. 82 TR-LGDCU» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia...», op. cit., p. 23).

²³ Cfr. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2015), núm. 748, marzo, pp. 700-701; y de la misma autora «Retroactividad, transparencia...», op. cit.; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predispuestas...», op. cit., y de este mismo autor «Transparencias, desequilibrios e ineficacias...», op. cit., pp. 601 y ss; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», *Indret* (2016), núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf, y de este mismo autor *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 106 y ss, y «Falta de transparencia...», op. cit., pp. 23 y 24; CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación...», op. cit., pp. 92-96; y voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. ORDUÑA MORENO a la STS núm. 367/2016, de 3 de junio. Cfr.

- i. Hay quienes propugnan que no puede aplicarse el control de transparencia ni el control de contenido (abusividad) a los contratos entre empresarios, pues no hay una previsión legislativa ni jurisprudencial expresa y clara en ese sentido.
- ii. Otros entienden que cabe aplicar de modo analógico ese control de transparencia y de contenido o abusividad previsto para consumidores a la contratación entre empresarios. El problema de esta postura es que realmente no hay laguna legal que deba cubrirse por medio de analogía.
- iii. También se ha sostenido que en estas situaciones se apliquen o bien las reglas generales de la buena fe *ex arts.* 1258 CC y 57 CCom o bien la misma doctrina sobre el error vicio de consentimiento aplicada jurisprudencialmente de forma consolidada en el caso de la contratación de productos financieros complejos (como los swaps).
- iv. Y, por último, cabe mencionar la postura de quienes consideran que debe vincularse el control de transparencia con el control de incorporación (y no con el control de contenido) de forma que sea susceptible de aplicación sea cual fuere la condición del adherente (consumidor o no)²⁴, postura que se ha visto respaldada por el voto particular de la STS núm. 367/2016, de 3 de junio, del Magistrado Excmo. Sr. D. Orduña Moreno.

Conforme a esta última postura, no habría ningún obstáculo para poder vincular el control de transparencia de las cláusulas generales con el control de incorporación previsto en sede de la LCGC: no sería preciso ningún cambio legislativo; tan sólo sería necesario que el Tribunal Supremo cambie su apreciación en relación con la naturaleza del contrato de transparencia reforzado que previó en la STS de 9 de mayo de 2013 y, en lugar de vincularlo a un control de contenido, lo haga residir en sede de control de incorporación en el marco de la LCGC, que resulta aplicable a cualquier adherente, sea o no consumidor.

No se trataría, por otro lado, de aplicar analógicamente las reglas de protección de consumidores a los empresarios puesto que acogiendo esta tesis de un control de

asimismo, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea)*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 221 y ss.

²⁴ Firme defensor de esta tesis es Sergio CÁMARA LAPUENTE como ha manifestado en diversos trabajos: entre otros, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias...», *op. cit.* y «Control de cláusulas predispuestas...», *op. cit.* Por su parte, PERTÍÑEZ VILCHEZ se muestra contrario a esta tesis y a la incardinación de un control de transparencia en sede de requisitos de incorporación en contratos con adherentes no consumidores por cuanto estos requisitos «no pueden ir más allá de las exigencias de entrega y claridad y comprensibilidad en la redacción de las condiciones generales en los estrictos términos del art. 5 LCGC y, por lo tanto, no se puede fundamentar en ellos, ni siquiera en los contratos de préstamo con empresarios, la ineficacia de una cláusula que no supere el más exigente «segundo filtro de transparencia» exigido por la STS, Sala 1ª, 9.5.2013», aportando varias razones como apoyo a esta postura discrepante (*vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Buena fe *ex art.* 1.258 CC...», *op. cit.*).

transparencia reforzado en el ámbito de los requisitos de incorporación se hace residir el mismo en la regulación que de tales requisitos se recoge en el art. 5 LCGC (aplicable a consumidores y no consumidores) que es muy similar a la prevista en el art. 80 TRLCU (aplicable sólo a consumidores); no sería necesaria ninguna analogía.

Asimismo, cabe destacar en esta teoría cómo, de ubicar el control de transparencia en sede de control de incorporación, la consecuencia de que la cláusula no supere ese control de transparencia no sería su nulidad, sino su no incorporación al contrato ex art. 7 LCGC²⁵. Ello supondría, en consecuencia, como expone Cámara Lapuente²⁶, que:

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

En mi opinión, esta postura aporta una solución bien argumentada al problema existente en el marco de las cláusulas suelo con empresarios, que puede tener una perfecta acogida en nuestro ordenamiento.

El hacer residir el control de transparencia como comprensibilidad «real» de las cláusulas en sede de control de contenido o abusividad limita su potencial aplicación subjetiva de modo incomprensible, cuando nos encontramos ante dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos caracterizados por la adhesión a un contrato, predisposición de la cláusula (no negociada individualmente) y falta de comprensibilidad real de la cláusula por el adherente, y cuando precisamente contamos con el hecho de que les resulta aplicable una misma norma, cual es la LCGC²⁷.

²⁵ En este sentido, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias...», *op. cit.*, pp. 605-606 y «Control de cláusulas predispuestas...», *op. cit.*; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Una revisión jurisprudencial...», *op. cit.*, p. 3453, entre otros.

²⁶ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predispuestas...», *op. cit.*

²⁷ Por otro lado, tampoco resultan extrañas en nuestro ordenamiento previsiones tuitivas de consumidores y empresarios de forma conjunta: así, al margen de la LCGC, cabe destacar cómo la normativa MiFid califica como clientes minoristas tanto a consumidores como a autónomos y pymes (*vid.* arts. 204 y 205 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores).

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

Entiendo que en la aplicación de ese control de transparencia debe ponerse el inciso en el hecho de que se trate de un sujeto adherente, que no ha podido negociar la cláusula suelo y al que no se le ha informado oportunamente de la misma, sus efectos y carga económica y jurídica, de modo que no ha podido comprender el contenido y efectos reales de esa cláusula. Y en esa situación se pueden encontrar afectados tanto consumidores como no consumidores. Esa transparencia exigida en las condiciones generales de la contratación debe ser hoy día un principio jurídico en el que se pueda amparar la protección de cualquier adherente en el marco de la contratación seriada, no negociada individualmente²⁸.

²⁸ A este respecto, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA señala: «No es menos cierto sin embargo que el Tribunal Supremo ha creado un novedoso control de transparencia que puede encontrar perfecto anclaje legal en la LCGC y, supletoriamente en el Código Civil. Tengamos en cuenta que los controles de incorporación, transparencia y contenido deben informados, interpretados y aplicados en virtud de los (1) *principios de buena fe contractual (ex art. 1258 CC)* —que constituye el eje sobre el que pivota el principio de orden público económico y que contrabalancea el principio de libertad contractual (*pacta sunt servanda*) lo que casa mejor con la contratación negociada que con la predispuesta que es la que es objeto de nuestra atención para hallar su solución en la contratación hipotecaria entre empresarios— (2) el *principio de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones* —que supone una proyección de la directriz de conmutatividad del comercio jurídico el eje sobre el que pivota el principio del orden público económico—, y (3) el *principio de conservación del contrato*. Y que estos principios modernamente, tal y como ha advertido la doctrina ya no actúan como meros «criterios interpretativos» del contrato (lo que sucedía tradicionalmente en la contratación entre particulares pensada y prevista en el código civil en el que predomina la contratación por negociación y en el que se pone el énfasis a la existencia o no del consentimiento por parte del contratante), sino como “criterios valorativos” a los efectos de determinar la justicia contractual de la condición predispuesta a los efectos de que pueda operar su eficacia obligacional entre las partes o no. En ese sentido, lo justo y lo razonable, la buena fe y las buenas costumbres van de la mano y dependen del contexto histórico, social y económico en el que el Principio de Buena fe cuyo protagonismo ha recobrado el Tribunal Supremo esté llamado a apelarse» (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia...», op. cit.).

3.3. *La STS núm. 367/2016, de 3 de junio, y el control de cláusulas bajo el criterio de la buena fe*

3.3.1. Argumentos en relación a la aplicación del control de transparencia a adherentes no consumidores

En la STS núm. 367/2016, de 3 de junio, nuestro Alto Tribunal ha determinado que el control de transparencia especial y reforzado que instauró con su STS de 9 de mayo de 2013 no resulta aplicable a los contratos con cláusulas suelo celebrados con no consumidores.

Esta diferencia de tratamiento entre adherentes consumidores y adherentes profesionales o empresarios también se ha recogido en sentencias de este mismo Tribunal posteriores a 2013: así, SSTs de 10 de marzo de 2014, 7 de abril de 2014, 28 de mayo de 2014, 30 de abril de 2015 y 15 de diciembre de 2015, entre otras.

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

Pero esta STS de 3 de junio de 2016 cuenta con un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Orduña Moreno que discrepa de las apreciaciones de la Sala en cuanto a esa aplicabilidad del control de transparencia en el caso de adherentes empresarios, el cual considera que puede y debe realizarse:

«La jurisprudencia, en su innegable función de decantación y aplicación de estos nuevos principios informadores, puede y debe proceder a la interpretación extensiva del control de transparencia en la contratación entre empresarios; sin que la ausencia de un reconocimiento expreso de la normativa al respecto sea excusa para su no aplicación. Lo contrario es, una vez más, como decía don Federico de Castro, quedarse en la «corteza»

de las palabras de la norma y no atender a la «médula» o razón de ser que la vivifica y orienta su aplicación con relación a los valores y principios que la informan».

Se indica en ese voto particular que ese control de transparencia:

«responde directamente al anterior ideal de lo justo encarnado en los derechos del ciudadano, claramente imbricado en la posición del adherente, sea consumidor o no, y su aspiración a la toma de decisiones conforme a una comprensión real de la reglamentación predispuesta de cara al acceso a bienes y servicios que le van a ser necesarios, es decir, a su aspiración, basada en la razonable confianza, de que la reglamentación predispuesta resulta transparente en orden a facilitarle una correcta evaluación de las consecuencias que, a su cargo, se deriven de la ejecución o cumplimiento de dicha reglamentación».

Afirma, asimismo, la conexión del criterio de transparencia con el plano axiológico de las directrices del orden público económico, como ya se ha reconocido en la doctrina jurisprudencial española (entre otras, STS de 8 de septiembre de 2014) y del TJUE (entre otras, SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011).

Tal y como se advierte en ese voto particular, en estos casos no puede darse un control de incorporación de la cláusula escindido, como mero control formal, sin atender a la comprensibilidad real por el adherente, cuando de la normativa especial (LCGC) cabe fundamentar la aplicación de ese control completo cualitativo por los tribunales en atención a que nos encontramos ante una contratación seriada, no negociada, y precisamente el fundamento de ese control es el carácter predispuesto del clausulado y la posición de inferioridad contractual del adherente. Existe normativa que permite fundamentar ese control de transparencia por comprensibilidad real también en el caso de los adherentes no consumidores, vinculado a los requisitos de incorporación de la condición general en el contrato (arts. 5.5 y 7 LCGC).

En palabras contenidas en ese voto particular formulado a esa STS de 3 de junio de 2016:

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

Tal y como se indica en el referido voto particular (con cita del Prof. Cámara Lapuente), cabe fundamentar en estos casos una reconducción del control de transparencia hacia el control de incorporación (que no control de abusividad) con sede natural en la LCGC, no existiendo

«razones de fundamentación técnica que objetan la interpretación extensiva de este control que aquí se propugna. Pero, sobre todo, no las hay en el plano axiológico y teleológico de la normativa objeto de la aplicación, esto es, la LCGC que, por una parte, sienta las bases de su aplicación en la reglamentación predisuelta y en la posición de inferioridad del adherente y, por la otra, justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser injusto, (contrario a derecho) y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales».

Asume, por tanto, este Magistrado en este voto particular la tesis antes expuesta de que debería entenderse vinculado o residenciado este control de transparencia «real» (referido a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica que implica la cláusula suelo) en el control de incorporación²⁹.

Sin embargo, ésta no es la postura del Tribunal Supremo, que dictó esa sentencia en Pleno, y, como tal, vincula a los tribunales de instancias inferiores.

3.3.2. La buena fe como criterio de control, interpretación y modelación del contenido de los contratos

La Sala del Tribunal Supremo en Pleno (con el voto particular indicado del Magistrado Excmo. Sr. D. Orduña Moreno), en esa sentencia de 3 de junio de 2016, tras negar la aplicación del control de transparencia en las cláusulas suelo que afecten a empresarios o no consumidores en general, en su fundamento jurídico quinto concreta la posibilidad de acudir a lo previsto en el régimen general de la contratación y a la buena fe (*ex arts. 1258³⁰ CC y 57 CCom*) como principio informador de nuestro ordenamiento en general y del régimen de contratos en particular, para poder considerar nulas aquellas cláusulas que supongan un abuso de la posición contractual dominante y generen un desequilibrio en la posición del adherente al modificar «subrepticamente» aquello que el adherente se representó como que había sido pactado y que deriva de la propia naturaleza y finalidad del contrato; es decir, una cláusula que venga a alterar sorpresivamente la legítima expectativa que tenía el adherente sobre lo que contrataba pero que, por razón de esa predisposición, imposición y falta de negociación e información clara al respecto, no pudo representarse ni conocer realmente sus consecuencias y efectos en la relación contractual consentida.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo pone el acento del recurso a la buena fe, como criterio de control de cláusulas generales (particularmente cláusulas suelo) en contratos

²⁹ *Vid.* lo indicado *ut supra* con respecto a esta postura doctrinal, cuyo firme defensor es el prof. CÁMARA LAPUENTE, entre otros.

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

con empresarios, en el carácter sorpresivo del contenido y efectos reales de tales cláusulas, generando un desequilibrio de la posición contractual del adherente; para ello parte de que aprovecharse de la predisposición de cláusulas en el contrato para introducir un contenido con el que el adherente no contaba o no podía razonablemente contar en atención a la naturaleza del contrato (lo que lleva a que sus expectativas sobre lo que el contrato le iba a suponer y afectar se vean frustradas), supone una vulneración de la buena fe contractual; una buena fe acogida en los arts. 1258 CC y 57 CCom en sede de normas contractuales generales a las que la exposición de motivos de la LCGC se remite para el control de las condiciones generales entre empresarios³¹.

Según señala Pertíñez Vilchez, el criterio de buena fe acogido en estos casos por el Tribunal Supremo viene a ser el recurso que permite resolver la pugna entre el contenido que realmente se deriva de las cláusulas del contrato y el contenido que el adherente se había representado como real y sobre el que efectivamente había consentido bajo la buena fe³²; esta buena fe del art. 1258 CC vendría a establecer la preferencia de esas legítimas expectativas del adherente (contenido que conforme a la buena fe creía que era el consentido) frente al contenido incorporado en el contrato por la vía de las cláusulas generales predisuestas³³.

³¹ Crítico con esta STS de 3 de junio de 2016, CÁMARA LAPUENTE se muestra escéptico en utilizar la buena fe como criterio de control de este tipo de cláusulas generales, advirtiendo de la dificultad de «obtener un control parecido a partir de un sistema legal que parte de la negociación (Código civil) y cuya cláusula general de buena fe contractual (1258) no estaba diseñada para estos menesteres (más que para “desintegrar” parte del contrato, su función se ha acotado a “integrarlo”; por más que por vía jurisprudencial podría ampliarse ese cometido inicial)» (CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predisuestas...», op. cit.).

³² Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Buena fe ex art. 1.258 CC...», op. cit. Según este autor, en la STS de 3 de junio de 2016 se realiza una aplicación de la llamada regla de las “cláusulas sorprendentes” «según la cual, no son válidas las cláusulas que resulten tan insólitas de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del contrato que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia. Esta norma se contenía en el Proyecto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art. 5.c, que resultaba de aplicación tanto a las condiciones generales en contratos con consumidores como en contratos entre empresarios), pero finalmente fue suprimida del texto definitivo de la Ley. Pese a ello la doctrina había considerado que la referida regla podía incardinarse en contratos con consumidores en la cláusula general del art. 82 TR-LGDCU como un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia y en contratos con adherentes empresarios en el principio general de buena fe del art. 1.258 CC, tal y como justamente hace ahora la meritada STS 3.6.2016» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Buena fe ex art. 1.258 CC...», op. cit.).

³³ Por otro lado, como advierte PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «la primacía de lo que legítimamente se creía haber consentido, frente a una condición general, se puede deducir también de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales consagrada en el art. 6.1 de la LCCG que en cuanto que incluida en la LCGC resulta de aplicación a cualquier adherente con independencia de su condición de consumidor o empresario. El fundamento de esta regla, según ha expresado la doctrina al respecto, es el respeto al principio de autonomía de la voluntad, conforme al cual las estipulaciones contractuales que han sido acordadas y consentidas por las partes, tienen preferencia sobre las condiciones generales que han sido predisuestas por una de ellas e impuestas a la otra, porque aquéllas reflejan la voluntad común de los contratantes» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Buena fe ex art. 1.258 CC...», op. cit.).

A la vista de este pronunciamiento del Tribunal Supremo, cabe considerar que *de facto* se da una respuesta similar a las cláusulas suelo contraídas por empresarios o profesionales respecto a las contraídas por consumidores: la nulidad de las mismas con base en un desequilibrio surgido por el carácter sorpresivo de los efectos de la cláusulas suelo y la carga que ello supone para el adherente, respecto de lo que éste pensaba haber contratado y consentido. En el caso de los consumidores se hace con base en un control de transparencia que atiende a si el consumidor comprendía realmente lo que suponía esa cláusula; y en el caso de los empresarios atiende a una buena fe contractual y a una alteración subrepticia de lo que el adherente se representó como objeto del contrato. Como puede observarse, en el fondo la idea que subyace es la de proteger a aquel adherente que por la actuación del predisponente no llegó a conocer realmente lo que contrataba, de forma que el objeto del contrato se vio alterado sorpresivamente para ese adherente.

Cabe entender que la idea de la buena fe contractual está incluida en el control de transparencia previsto en la STS de 9 de mayo de 2013. Y, asimismo, se puede afirmar que la actuación del predisponente en cuanto a la información aportada al adherente (o no aportada) resulta relevante de cara a determinar si ha habido o no vulneración de ese control de transparencia o de esa buena fe, de forma que si se acredita que se informó oportunamente y al completo de la existencia y carga de la cláusula suelo no puede afirmarse que haya vulneración del control de transparencia (caso consumidores) ni de la buena fe contractual (caso empresarios³⁴), no provocando desequilibrios ni alteración del objeto del contrato según se había concebido o representado por el adherente.

Por tanto, se trata de una protección muy similar, que aunque tengan distintos criterios de control, el funcionamiento de ambos es parejo, atendiendo a los mismos factores y causas subjetivas (de comprensibilidad) concurrentes en los casos, sea el adherente consumidor o empresario³⁵.

³⁴ Eso es lo que precisamente entendió el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de junio de 2016 en el caso concreto objeto de controversia: dado que se acreditó que hubo negociaciones e información oportuna a la adherente de la existencia, funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo, no consideró en ese caso que pudiera apreciarse la situación de abuso contractual dominante y un desequilibrio contrario a la buena fe.

³⁵ Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Buena fe ex art. 1.258 CC...», op. cit. Este autor advierte de que «a través de una aplicación excesiva de la ineficacia ex buena fe de cláusulas sorpresivas no se puede pretender extender sin más el control de transparencia definido por la STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar. 3088) en relación a las cláusulas suelo en contratos con consumidores a los contratos con adherentes empresarios». Considera que no puede pretenderse valorar igual la posible frustración de las legítimas expectativas de un empresario que las de un consumidor, debiendo exigirse al empresario una diligencia mayor, partiendo de la existencia de unos conocimientos previos, de modo que, así como en el caso de los consumidores la información (y falta de ella) puesta a disposición por el predisponente es lo relevante en el control y valoración de la cláusula suelo o condición general incluida en contratos celebrados con ellos, en el caso de contratos con empresarios tan relevante es la información suministrada y la no suministrada al empresario por el predisponente, como la diligencia que empleó el empresario adherente en conocer realmente las condiciones financieras de su contrato. Y sobre la diligencia exigible señala este autor: «La diligencia exigible al empresario adherente en el conocimiento de una cláusula suelo dependerá de sus

Y a este respecto, podemos plantearnos si no hubiera sido más lógico que se hubiera acuñado un control de transparencia de tal naturaleza que pudiera aplicarse tanto a consumidores como empresarios. Porque el fundamento de protección y las circunstancias concurrentes son las mismas: adhesión a un contrato, condiciones generales y cláusulas predispuestas, falta de información suficiente que permita comprender lo que realmente asumes con el contrato...

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

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

3.4. Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo en contratos entre empresarios si vulnera la buena fe y se aprecia abuso de posición dominante

circunstancias subjetivas, entre las que revisten una especial importancia su volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. En este sentido, es obvio que cuanto más se aproximen las circunstancias personales del empresario a las de un consumidor –por ejemplo, autónomo, sin experiencia financiera, que solicita un crédito hipotecario para poner en marcha su negocio- mayor información necesitará para poder prestar un consentimiento sobre el coste del crédito con pleno conocimiento de causa y más posibilidades de éxito puede tener una demanda fundada en el carácter sorpresivo de la inclusión de una cláusula suelo en el contrato de préstamo por ausencia de una información precontractual adecuada» (PERTIÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO, «Buena fe ex art. 1.258 CC...», op. cit). Al respecto de esta opinión, entiendo que el control de transparencia al evocar a una situación subjetiva de comprensibilidad real también permite acoger un análisis de si la falta de comprensión real de la carga económica y jurídica derivada de esa cláusula es fruto de una falta de diligencia del adherente. No creo que el control de transparencia excluya tal valoración. De modo que no considero que tal criterio implique un criterio definidor y diferenciador del control que deba hacerse entre empresario y consumidores, en el sentido de descartar que pueda hablarse de un control de transparencia aplicable a empresarios.

Dado que el Tribunal Supremo en esa sentencia de 3 de junio de 2016 a la que nos hemos referido no entendió que en el caso concreto objeto de enjuiciamiento hubiera abuso de posición contractual dominante, por cuanto se declaró ya probado en la sentencia recurrida que hubo negociaciones e información a la adherente de la existencia, funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo, en esta STS no existe un pronunciamiento relativo a las consecuencias de la eventual nulidad que se declare de aquellas cláusulas que impliquen una vulneración del principio general de buena fe y con ello una vulneración de la legítima expectativa del adherente y la existencia de un desequilibrio en la posición contractual de éste, por haberse modificado el contenido que se había representado el adherente, tratado el predisponente de sacar una ventaja de la imposición y falta de negociación de la cláusula.

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

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

Cierto es que tal consecuencia choca con la que el Tribunal Supremo ha dado para el caso de cláusulas suelo en préstamos con consumidores, pero lo cierto es que ha sido este Tribunal el que ha determinado la diferenciación del régimen aplicable a cada adherente según su condición de consumidor o no: mientras que a consumidores acuña un nuevo régimen de control especial, para los empresarios se remite a las normas generales de contratación; por tanto, si respecto de los consumidores crea también un nuevo efecto especial de la nulidad por falta de transparencia que se decide no es aplicable a empresarios, no hay razón alguna que nos lleve a determinar que ese efecto especial de

retroactividad parcial (con el que, dicho sea de paso, no estoy de acuerdo) deba ser aplicable a los empresarios en virtud de analogías o interpretaciones extensivas.

Respecto a los empresarios el Tribunal Supremo ha sido claro: hay que acudir a las reglas generales de la contratación; por tanto, también habrá que acudir a ellas en cuanto a los efectos de la nulidad, y con ello al art. 1303 CC. En este sentido, resulta singular el que en este aspecto los consumidores queden en una posición peor que la de los empresarios en situaciones tan similares, si bien a ello conduce la propia doctrina del Tribunal Supremo.

4. CONCLUSIONES

Primera.- El control de transparencia acuñado por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, se ha vinculado por este Alto Tribunal con el control de contenido de las condiciones generales quedando sujeto al ámbito de la abusividad propia de los consumidores, lo que ha determinado que posteriormente al resolver sobre el control de las cláusulas suelo existentes en contratos de préstamos a empresarios o no consumidores este mismo Tribunal haya determinado que no es aplicable el control de transparencia (STS de 3 de junio de 2016).

Segunda.- Para el control de las cláusulas suelo en el marco de contratos con empresarios el Tribunal Supremo ha acudido al principio de buena fe como parámetro de interpretación del contrato y límite a las condiciones generales que puedan llevar a una situación de abuso de posición dominante por el predisponente y a una situación de desequilibrio en perjuicio del empresario adherente.

Tercera.- En ambos casos se proporciona una protección muy similar. Aunque se acojan distintos criterios de control, el funcionamiento de del control en ambos casos es parejo, atendiendo a los mismos factores y causas subjetivas (de comprensibilidad) concurrentes en los casos, sea el adherente consumidor o empresario.

Cuarta.- El fundamento de protección y las circunstancias concurrentes son las mismas: adhesión a un contrato, condiciones generales y cláusulas predispuestas, falta de información suficiente que permita comprender lo que realmente se asume con el contrato... De modo que hubiera sido más lógico y oportuno que se hubiera acuñado un control de transparencia de tal naturaleza que pudiera aplicarse tanto a consumidores como a no consumidores.

Quinta.- Es en la condición de adherente y no en la condición de consumidor o empresario donde entiendo debía haberse centrado el Tribunal Supremo a la hora de sentar su doctrina acerca del control de las cláusulas suelo. Y a esa condición de adherente (sea consumidor o no) atiende una norma concreta, cual es la LCGC, quien ya en su exposición de motivos advierte de que las cláusulas generales en contratos con empresarios también pueden (y deben) ser objeto de control para evitar situaciones

abusivas. En consecuencia, tanto consumidores como empresarios deben ser objeto de protección como parte «débil» del contrato de adhesión en el que se produzcan desequilibrios prestacionales y frustración de las legítimas expectativas representadas al prestar el consentimiento y firmar el contrato.

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

Séptima.- Ante la falta de pronunciamiento expreso en la STS de 3 de junio de 2016 acerca de las consecuencias de la nulidad de la cláusula suelo que conste en contratos de préstamo con empresarios que vulnere la buena fe cuando se aprecie una situación de abuso de posición dominante y un desequilibrio con alteración y frustración de las legítimas expectativas del empresario adherente, dado que el Alto Tribunal ha remitido para el control de estas cláusulas a las normas generales de los contratos, no hay razón para no acudir a las consecuencias plenas del art. 1303 CC y acordarse la restitución por el predisponente de todas las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula desde el comienzo de la vigencia del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea)*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», 2016, disponible en <http://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5 (2013), núm. 2, octubre, pp. 217-220.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV (2015), pp. 551-643.

CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm.

3 (2015), disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>, pp. 67-105.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley* (2013), núm. 8088, 22 de mayo.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278>, pp. 129-133.

DE CASTRO VÍTORES, Germán, «Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 746, noviembre, pp. 2841-2846.

DE TORRES PEREA, José Manuel, «Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario», *Revista Jurídica Valenciana* (2014), núm. 2, pp. 23-62.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/314/277>, pp. 116-128.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2013), núm. 739, septiembre, pp. 3440-3456.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2013-I), núm. 27, disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/663188/RJ_27_11.pdf?sequence=1, pp. 223-252.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios. Análisis crítico y propuestas alternativas*, Junta de Andalucía, 2015, disponible en https://ws147.juntadeandalucia.es/obraspublicasyvivienda/publicaciones/01%20ARQUITECTURA%20Y%20VIVIENDA/estudios_juridicos_sobre_vivienda_y_desahucios/texto_completo.pdf, pp. 17-47.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Control de transparencia y cláusulas suelo», *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2013), núm. 871.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», *InDret* (2016), núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret* (2013), núm. 3, disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», *Diario La Ley* (2013), núm. 8154, 23 de septiembre.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PLAZA PENADÉS, Javier, «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* (2013), núm. 8112, 25 de junio.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo», *Diario La Ley* (2015), núm. 8547, 26 de mayo.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «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», *Diario La Ley* (2013), núm. 8112, 25 de junio.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predisuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica», *Diario La Ley* (2015), núm. 8491, 2 de marzo.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2015), núm. 748, marzo, pp. 681-732.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2016), núm. 8.

Fecha de recepción: 02.12.2016

Fecha de aceptación: 23.12.2016

