

CLÁUSULAS ABUSIVAS

El control de transparencia cuando el adherente no tiene la condición legal del consumidor.

[STS, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016, recurso: 2121/2014, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. Voto particular: Francisco Javier Orduña.](#)

Control de las CGC en contratos celebrados con profesionales o empresarios – Improcedencia del control de transparencia cualificado – La buena fe como parámetro de interpretación contractual – Voto particular. (Sinopsis de Fernando Zunzunegui y Jorge Rodríguez)

Control de las CGC en contratos celebrados con profesionales o empresarios: “La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: «Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual (...)». Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, (...) los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores. (...) la *Sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo*, (...) rechazó expresamente (...) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero (...) recordó que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no (...). Esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor la han resaltado también, en similares términos, las *sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; y 688/2015, de 15 de diciembre*. (...) la *sentencia 227/2015, de 30 de abril*, estableció: «[e]n nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente» [...] «las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas (...)».

Improcedencia del control de transparencia cualificado: “Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (...). este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, (...). (...) la falta de transparencia trae consigo

un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. (...) Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «*tertium genus*» que no ha sido establecido legislativamente (...).

La buena fe como parámetro de interpretación contractual: “(...) los arts. 1.258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. (...) la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. (...) puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (...)

Voto particular: “(...) nuestra discrepancia, (...) radica en la fundamentación que la sentencia desarrolla para justificar, con carácter general, la no extensión del control de transparencia a la contratación bajo condiciones generales entre empresarios (...) que actúan como meros adherentes en dicha contratación. (...). En nuestra opinión, (...) la aplicación extensiva del control de transparencia a la contratación entre empresarios [no] es «*un tertium genus*», (...), lo que sí que lo es, tal y como propone la sentencia, es establecer un control de incorporación, escindido, es decir, no de comprensibilidad real del clausulado, sino meramente formal de carácter predispuesto de la cláusula y de su inteligibilidad, con anclaje en la legislación general, civil o mercantil, sin percatarse que dicho control, incluso con referencia al control de incorporación, parte necesariamente de la legislación especial (Directiva 93/13, TRLGDCU y LCGC), es decir, de la predisposición de la reglamentación realizada como premisa necesaria para la posible aplicación de este control por vía judicial, nunca del esquema del contrato por negociación de la legislación civil o mercantil. (...) el presupuesto ancilar, que justifica la especialidad que encierra la aplicación de este control, no es otro que la predisposición de la reglamentación efectuada y, por tanto, su carácter no negociado. (...) la interpretación e integración que se deriva del contrato por negociación, que por definición parte del acuerdo de voluntades (...) no tienen por objeto el control de legalidad y la posible ineficacia de las cláusulas acordadas, a diferencia, del control de legalidad que acompaña a las condiciones generales, bien referido a la comprensibilidad real como vertiente del control de abusividad, o bien como un elemento integrante del control de incorporación. (...) no cabe confundir conceptualmente (...) los conceptos de abusividad y transparencia. (...) el primer concepto responde al plano de la calificación de la cláusula y su correspondiente sanción como cláusula abusiva, ya derive esta (...) de la falta de transparencia (tesis del control de transparencia), o (...) del desequilibrio patrimonial que produce dicha falta de transparencia (tesis del control de incorporación). (...) el concepto de transparencia (...) responde necesariamente al objeto de dicho control y no a su calificación, es decir, al enjuiciamiento de la comprensibilidad real del clausulado predispuesto, extremo que debe realizarse cualquiera que sea la configuración del control. (...) en el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta

Sala, (...) si bien es cierto que se ha tendido a justificar el control de transparencia en el plano del control de abusividad de la cláusula, (...) se ha hecho dejando claro que dicho control de transparencia representa una vertiente diferenciada en el control de abusividad y, por tanto, distinta del juicio de abusividad por falta de contenido o desequilibrio patrimonial, supuesto que realmente queda excluido para los adherentes que no sean consumidores. (...) la doctrina jurisprudencial de esta Sala no se había pronunciado expresamente sobre la asimilación entre el control de transparencia y el concepto de abusividad a los efectos de excluir dicho control de la contratación entre empresarios bajo condiciones generales. (...) este planteamiento doctrinal resulta incorrecto y debe ser corregido. No hay razones de fundamentación técnica que objeten la interpretación extensiva de este control que aquí se propugna. Pero, sobre todo, no las hay en el plano axiológico y teleológico de (...) la LCGC que, por una parte, sienta las bases de su aplicación en la reglamentación predispuesta y en la posición de inferioridad del adherente y, por la otra, justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser injusto, (contrario a derecho) y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales. De ahí que a[1] (...) pequeño empresario, hay que darle la confianza de que, más pronto que tarde, su demanda de tutela será atendida, pues en el ideal de la transparencia la convicción social ya reconoce la textura de un auténtico principio general del derecho que, sin duda, va a mejorar la protección de todos los ciudadanos. (...) la doctrina jurisprudencial de esta Sala, relativa a la no aplicación del control de transparencia en la contratación entre empresarios o profesionales (...), desatiende el carácter informador del principio jurídico que se deriva del concepto normativo de transparencia, sin que dicha exclusión encuentre tampoco apoyo en la concreción técnica de las variantes que pueden configurar el control de legalidad de la misma (abusividad/incorporación). Por lo que dicha doctrina debe ser rectificada en el sentido de reconocer la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios.

[Texto completo de la sentencia](#)
